

Expédition

Numéro du répertoire 2019/4882
Date du prononcé 12 juin 2019
Numéro du rôle 2019/AR/113

Délivrée à	Délivrée à	Délivrée à
le € CIV	le € CIV	le € CIV

Non communicable au receveur

Cour d'appel Bruxelles

Section Cour des marchés
19^e chambre A
Chambre des marchés

Arrêt

Présenté le
Non enregistrable

COVER 01-00001427619-0001-0054-05-01-1



3STARSNET S.A., dont le siège social est établi à Gulledele 92 à 1200 Bruxelles, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0440.985.457,

Partie requérante,

représentée par Me LOVENIERS Marc, avocat à 1200 BRUXELLES, Boulevard Brand Whitlock,132

contre

L'Institut Belge des Services Postaux et des Télécommunications (en abrégé «**I.B.P.T.**»), dont le siège social est établi à 1030 BRUXELLES, boulevard du Roi Albert II 35 Ellipse Building, - Bâtiment C,

Partie défenderesse,

représentée par Maître DEPPE Sébastien et Maître Vernet Philippe avocats à 1050 BRUXELLES, Place Eugène Flagey 7,

En présence de :

ORANGE BELGIUM SA dont le siège social est établi à 1140 BRUXELLES, Avenue du Bourget 3, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0456.810.810,

Partie intervenante volontaire,

représentée par Me TATON Xavier, avocat à 1000 Bruxelles Rue Brederode 13,

Vu les pièces de la procédure, et notamment :

- la requête déposée le 21 janvier 2019 par 3STARSNET S.A. ;
- les conclusions sur la recevabilité et les mesures avant dire droit déposées le 11 février 2019 pour L'IBPT ;
- les conclusions déposées le 18 février pour 3STARSNET S.A. ;
- les deuxième conclusions sur la recevabilité et les mesures avant dire droit déposées le 25 février 2019 pour l'IBPT ;
- la requête en intervention volontaire déposée le 25 février 2019 pour Orange Belgium ;
- le dossier administratif déposée par l'IBPT et les dossiers déposés par les parties.
- Entendu les conseils des parties aux audiences publiques du 30 janvier et du 06 février 2019 ;
- L'arrêt interlocutoire du 06 mars 2019 ;
- Entendu les conseils des parties à l'audiences publiques du 15 mai 2019 ;



I. Saisine de la Cour des marchés:

La Cour des marchés renvoie à l'arrêt du 6 mars 2019 sur la recevabilité et la demande de suspension.

Par l'arrêt du 6 mars 2019, le recours de la SA 3STARSNET et l'intervention volontaire de la SA ORANGE BELGIUM ont été déclarés recevables.

Il est rappelé, pour la compréhension du présent arrêt, que le recours de la 3STARSNET vise l'annulation de la décision du Conseil de l'IBPT du 20 novembre 2018¹ (ci-après « la Décision » ou « la Décision attaquée »)

II. Les faits :

La SA 3STARSNET donne le résumé suivant des faits.

a. Présentation de la S.A. 3STARSNET

- 1. La concluante est un opérateur de télécommunications alternatif belge, spécialisé dans le service à la clientèle des grandes entreprises, des grossistes, des PME et des consommateurs.

La concluante ne dispose que d'un réseau fixe, qui utilise notamment la téléphonie IP/Cloud (« VoIP »). Le réseau de la concluante repose sur une technologie de pointe qui a été développée en interne ainsi que sur une solution haut de gamme développée en partenariat unique avec un leader mondial en communications unifiées. Les services offerts par la concluante sont des « *services de communications électroniques* » au sens de l'article 2.c de la Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un

¹ Conformément à la Recommandation du 7 mai 2009, l'IBPT a entrepris d'analyser les marchés de terminaison d'appels, fixes et mobiles. Sur le marché de la terminaison d'appel mobile, l'IBPT est intervenu à diverses reprises, notamment par ses décisions du 29 juin 2010 et 26 mai 2017. Sur le marché de la terminaison d'appels fixe, l'IBPT est intervenu à trois reprises, en adoptant trois décisions les 2 mars 2012, 25 août 2016 et 20 novembre 2018. Le 2 mars 2012, suite à la Recommandation du 7 mai 2009 adoptée par la Commission européenne, l'IBPT a adopté une première décision concernant la terminaison d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée. Ce marché de la terminaison d'appel a été inclus en tant que « marché 3 » dans la liste de la Recommandation de la Commission européenne du 11 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et services dans le secteur des communications électroniques. Les tarifs de terminaison sur les réseaux fixes sont les tarifs de gros qu'un opérateur de téléphonie fixe facture à d'autres opérateurs (fixes, mobiles, étrangers) lorsque ces derniers font aboutir un appel téléphonique sur le réseau fixe de l'opérateur en question. Dans cette décision, la SA 3STARSNET a été désignée comme opérateur disposant d'une puissance significative pour la fourniture en gros de terminaison d'appel sur le réseau téléphonique public fixe.

Le 25 août 2016, l'IBPT a adopté une deuxième décision fixant les tarifs de gros des services de terminaison d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée. Cette décision est entrée en vigueur le 1er novembre 2016. Dans son arrêt du 15 mars 2017, la Cour des Marchés estime que l'absence de notification et de consultation de l'Autorité belge de la Concurrence constitue une formalité substantielle dont le non-respect entraîne la nullité de la Décision du 25 août 2016. Suite à l'annulation de la Décision du 25 août 2016, l'IBPT a décidé de reprendre l'ensemble des points abordés par la Décision du 2 mars 2012, en vue de procéder à une nouvelle analyse du marché de la terminaison d'appel sur le réseau téléphonique en position déterminée, de déterminer les opérateurs disposant d'une puissance significative sur ce marché et de leur imposer diverses obligations, dont une obligation tarifaire..



cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (la « Directive Cadre ») et de l'article 2, 5°, de la loi belge du 13 juin 2005 sur les communications électroniques (la « LCE »).

La concluante ne dispose d'aucun réseau mobile et n'est en mesure d'offrir, en direct, qu'une formule « *stand alone* » (formule de téléphonie fixe) et non une formule « *double* », « *triple play* » ou « *quadruple play* » (formules incluant plusieurs services de communications électroniques distincts : téléphonie fixe, téléphone mobile, internet et télévision).

La concluante propose, pour le reste, en qualité d'intermédiaire de sa société-sœur, la S.A. MAC TELECOM, un service internet. Cette dernière activité est toutefois très marginale et représente moins de 1% de son chiffre d'affaires global². Ces services internet ne s'intègrent pas dans des formules « double play ».

La concluante est également le deuxième fournisseur de numéros de services à valeur ajoutée aux fournisseurs de contenu et aux agrégateurs de contenu en Belgique.

La concluante et ses filiales emploient 15 personnes en Belgique (en interne et en externe). La concluante peut être qualifiée de petite entreprise.

2. La clientèle de la concluante est essentiellement une clientèle B2B, composée d'entreprises (principales des PME) et des pouvoirs publics. Elle n'a que très peu de clients B2C (consommateurs).
3. Au cours des dix dernières années la concluante s'est attachée à offrir et a systématiquement offert les prix de détail les plus bas pour la téléphonie fixe en Belgique, offrant un avantage direct aux utilisateurs finaux (utilisateurs professionnels et consommateurs).

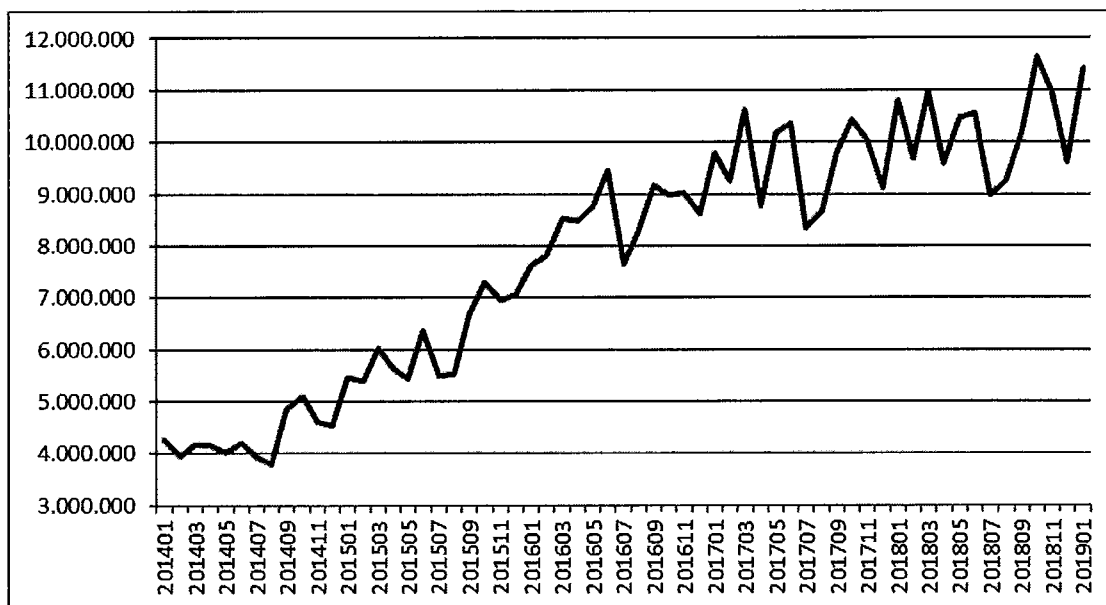
Les activités et les services offerts par la concluante exercent dès lors une pression concurrentielle tant sur le marché géographique belge (lequel est caractérisé par un très haut niveau de concentration) que sur le marché pour le traitement des appels vers des numéros de service à valeur ajoutée.

Le trafic généré par ses activités de téléphonie fixe a connu une croissance très importante, comme le tableau ci-dessous l'illustre

(...)



Statistiques de trafic en minutes d'appel



La concluante s'attend à une croissance encore plus forte à partir du deuxième trimestre 2019, y compris le trafic d'interconnexion vocale entrant (généralisé par les clients des autres opérateurs appelant les clients de la concluante).

Toutefois, depuis l'application des nouveaux tarifs d'interconnexion imposés par la Décision Attaquée, au 1^{er} janvier 2019 (voir infra), la concluante a déjà dû réduire considérablement ses prévisions de croissance.

b. Présentation des caractéristiques de la terminaison d'appel fixe – le cas de la concluante

• B.1. Caractéristiques du marché de la terminaison d'appel (fixe)

4. Le marché dont question dans le présent litige est le marché de la terminaison d'appels de téléphonie fixe.

Très schématiquement, un appel fixe (ou mobile) est composé :

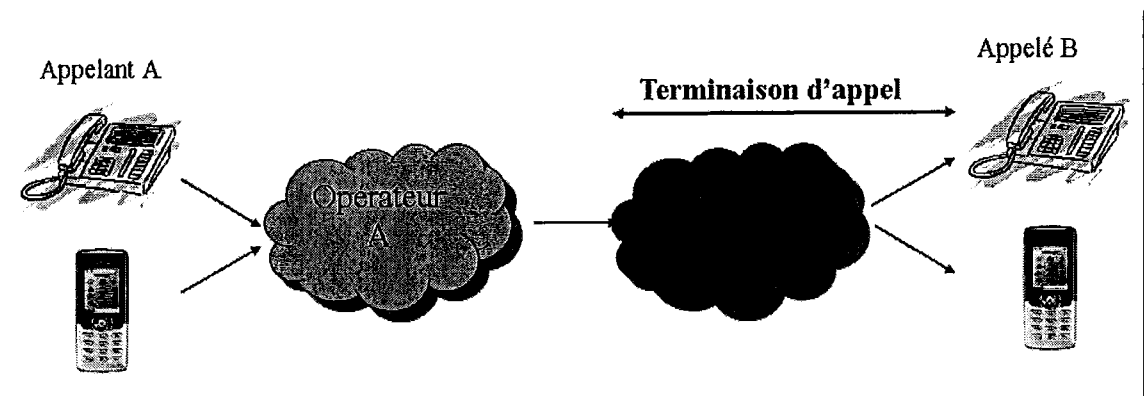
- d'un départ d'appel, assuré par l'opérateur de l'appelant (opérateur A), et
- d'une terminaison d'appel, assurée par l'opérateur de l'appelé (opérateur B), chargé de délivrer l'appel.



Pour la terminaison de l'appel, l'opérateur B peut percevoir une rémunération particulière, que l'on dénomme les frais ou le tarif de terminaison. Dans le cas d'un appel fixe, il s'agit des « FTR » (« Fixed Termination Rate »). Dans le cas d'un appel mobile, il s'agit des « MTR » (Mobile Termination Rate) Dans ce schéma, le tarif de terminaison d'appel fixe est payé par l'opérateur A à l'opérateur B, quand un client de l'opérateur A appelle un client de l'opérateur B. Il rémunère l'acheminement de l'appel par l'opérateur B sur son réseau. L'opérateur A perçoit la rémunération due pour les FTR (ou MTR) auprès de son abonné, l'appelant. Ce système est appelé « régime CPP » ou « Calling Party Pays » : l'appelant supporte le coût des FTR (ou MTR) sur sa facture finale.

Le marché de la terminaison d'appel fixe est un **marché à double face**. L'appelant de l'opérateur A peut être appelé par un client de l'opérateur B, de sorte que la situation décrite ci-dessus s'inverse : le tarif de terminaison fixe peut être, dans ce cas, payé par l'opérateur B à l'opérateur A. Chaque opérateur peut à la fois payer et recevoir un tarif de terminaison d'appel fixe. Le tarif généré pour les appels entrants vers son réseau (« IN ») peut être identique, plus important ou moins important que le tarif de terminaison d'appel fixe qu'il supporte pour les appels sortants de son réseau (« OUT »).

Le marché de la terminaison d'appel fixe (ou mobile) est par ailleurs un **marché lié au marché de départ d'appel**. Le marché de terminaison d'appel n'existe que parce qu'existe le marché de départ d'appel. Autrement dit, l'opérateur A, dans le schéma ci-dessous, ne peut terminer, sur son propre réseau, un appel provenant de l'opérateur B que parce que cet appel est formé au départ du réseau (fixe ou mobile) de l'opérateur B. Le marché de départ d'appel intègre diverses formes d'appels : les appels fixes mais également les appels mobiles.



(source : ARCEP)³

³ Projet de décision du 27 octobre 2017, « La détermination des marchés pertinents relatifs à la terminaison d'appel vocal sur les réseaux fixes en France et à la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles en France, la désignation d'opérateur exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre sur la période 2017-2020 », p. 7, https://archives.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/projdec-ADM-TAF-TAM-notifCE-oct17.pdf (pièce 12)



Ce schéma simple ne se rencontre toutefois que dans la situation où le réseau de l'opérateur A et le réseau de l'opérateur B sont connectés entre eux (« interconnectés »), c'est-à-dire qu'ils ont réalisé une connexion technique permettant de faire transiter et d'acheminer les appels du réseau de l'opérateur A vers l'opérateur B et vice-versa. Dans la pratique, l'interconnexion entre les réseaux des opérateurs A et B n'est pas forcément réalisée. Dans un tel cas de figure, l'opérateur A et l'opérateur B sont alors contraints d'acheminer leurs communications par le réseau d'un troisième opérateur, l'opérateur C (voire même de plusieurs autres opérateurs). Dans un tel cas de figure, l'opérateur C perçoit, en contrepartie de son service de transit des appels du réseau de l'opérateur A vers le réseau de l'opérateur B, une rémunération appelée frais de transit. **Le marché de la terminaison d'appel fixe est donc lié, également, au marché de transit d'appel.**

En Belgique, **le tarif de terminaison d'appel fixe est régulé**. L'IBPT a en effet déterminé, dans plusieurs décisions successives, **un tarif maximal** pour la terminaison d'appel fixe. Dans les points suivants, la concluyente décrira la teneur de ces décisions. Les tarifs de départ d'appel et les tarifs de transit ne sont, quant à eux, plus (entièrement) régulés. Chaque opérateur de départ d'appel et de transit d'appel peut, en principe, fixer librement son tarif pour ces services de départ d'appel et de transit.

5. A ce stade, l'on peut donc constater qu'il existe une différence manifeste entre les opérateurs qui sont directement connectés et les opérateurs qui sont contraints de se connecter à un opérateur de transit (opérateurs mono-connectés à un opérateur de transit).

La deuxième figure reprise ci-dessous illustre les coûts supportés par les opérateurs placés dans chacune des situations pour le trafic entrant (« IN ») et le trafic sortant (« OUT »). La concluyente fait référence aux quatre principaux opérateurs de téléphonie, mobiles et fixes, actifs sur le territoire belge.

Un opérateur fixe mono-connecté à un opérateur de transit supporte davantage de coûts par minute d'appel.

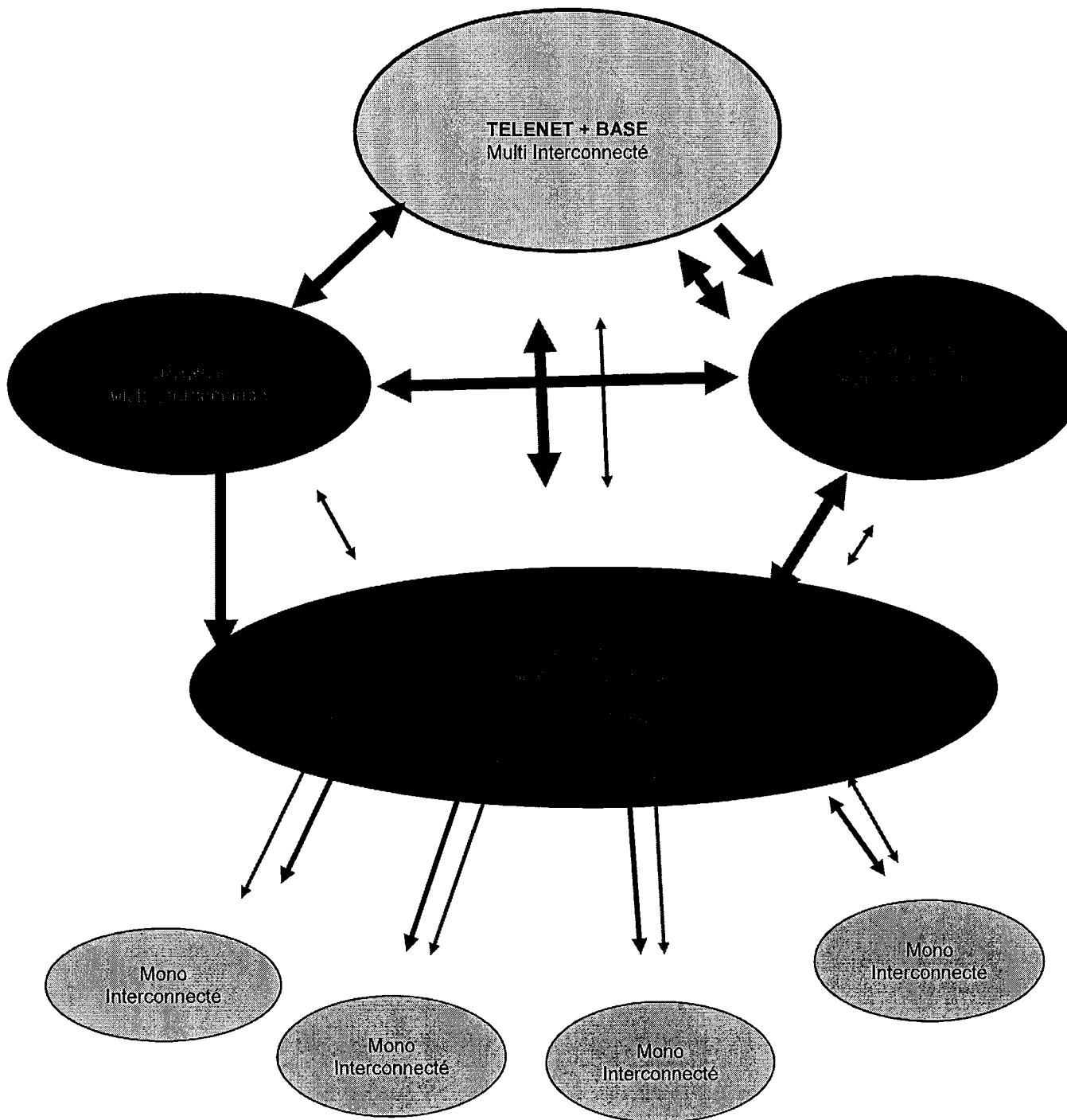




Trafic direct entre opérateurs : coût 0,116 c€/minute - revenu 0,116 c€/minute



Trafic de transit entre opérateurs : coût 0,476 c€/minute - revenu 0.116 c€/minute



- **B.2. Caractéristiques du réseau de la concluante**

6. La situation de la concluante.

la concluante ne dispose que d'un réseau de téléphonie fixe.

Au moyen de son réseau, elle intervient à la fois pour proposer à ses clients des services de départ d'appel fixe ainsi que des services terminaison d'appel fixe.

Le réseau fixe de la concluante est caractérisé par les éléments suivants :

- *Interconnexion :*

Pour acheminer le trafic d'appels vocaux fixes de ses propres abonnés vers les abonnés des autres opérateurs actifs sur le marché de la téléphonie vocale fixe, la concluante n'avait que deux options théoriques : soit se connecter directement avec tous ces opérateurs soit se connecter à un opérateur intermédiaire de transit (l'opérateur C dans l'exemple ci-dessus).

La concluante a opté pour cette dernière solution. Elle a opté pour une seule connexion au réseau fixe de la S.A. PROXIMUS. Les appels réalisés depuis le réseau de la concluante vers le réseau d'un autre opérateur que PROXIMUS transitent par le réseau de PROXIMUS.

Cette « *mono-connexion* » au réseau de PROXIMUS est justifiée par des raisons historiques, stratégiques et économiques. Historiquement, le réseau fixe de la S.A. PROXIMUS était le plus étendu sur le territoire belge. Cela demeure d'ailleurs le cas, actuellement. Stratégiquement, le réseau fixe de PROXIMUS offre plus d'avantages que le réseau d'autres opérateurs de transit. Compte tenu de sa position historique, le réseau de la S.A. PROXIMUS fut le premier réseau à réaliser l'interconnexion avec les réseaux des autres opérateurs. Le choix de la concluante, en matière d'interconnexion, s'est donc logiquement porté, à l'origine, vers le seul réseau de PROXIMUS.

Economiquement, la « *mono-connexion* » constitue également un choix plus rationnel. Les connexions multiples aux réseaux de différents opérateurs nécessitent d'engager d'importants moyens financiers et humains suffisants (pour supporter les charges d'interconnexion et réaliser le placement de l'infrastructure d'interconnexion). A titre purement informatif, les frais de réalisation d'une interconnexion avec le réseau de PROXIMUS, suivant sa dernière offre, sont de l'ordre de 30.000,00 €. Ces frais ne comprennent pas les frais internes que l'opérateur qui veut s'interconnecter avec PROXIMUS doit également supporter.

L'option de la concluante a comme conséquence que la concluante est tenue de rémunérer PROXIMUS pour son service de transit d'appel.



Cette option est aussi celle d'autres petits opérateurs, qui ne proposent que des services de téléphonie fixe (opérateurs « *stand alone* »). Ces autres opérateurs ont également été contraints d'opter pour une interconnexion unique. Dans ses conclusions, ORANGE confirme cette observation⁴.

- *Technologie d'interconnexion :*

La technologie « historique » qui est encore utilisée par PROXIMUS pour réaliser cette interconnexion est basée sur la technologie TDM. Cette technologie doit être à terme remplacée par une technologie dite de nouvelle génération (« *NGN* »), fondée sur la technologie IP.

Le passage de l'infrastructure TDM vers l'infrastructure IP nécessite pour la concluante d'organiser une phase de transition et de réaliser des investissements importants. La phase de transition implique de conserver les deux infrastructures – TDM et IP - pendant un certain laps de temps, afin, notamment, que l'infrastructure TDM serve de « back-up » à l'infrastructure IP. Cette phase de transition et le passage définitif vers l'infrastructure IP entraîne en outre d'importants coûts d'investissements (frais de personnel, rémunération des entreprises tierces réalisant le placement de cette infrastructure, etc.).

- *Structure du trafic d'appels vocaux :*

Le réseau fixe de la concluante reçoit davantage d'appels entrants (« *IN* ») qu'il n'achemine d'appels fixes sortants (« *OUT* ») vers les réseaux des autres opérateurs.

D'après ses affirmations, non vérifiables, ORANGE serait, quant à elle, placée dans une situation inverse : elle traiterait un volume plus important d'appels, fixes ou mobiles, sortants (« *OUT* ») que d'appels fixes entrants (« *IN* »). ORANGE devrait, selon elle, supporter davantage de coûts liés à la terminaison d'appel.»

III. Les demandes formulées en termes de conclusions :

III.1.

En conclusions, déposées le 8 avril 2019, la SA 3STARSNET demande :

« - *Déclarer la demande recevable et fondée ;*

- *Ce fait :*

- *A titre principal : annuler la Décision Attaquée en toutes ses dispositions ;*
- *A titre subsidiaire : annuler la Décision Attaquée en ce qu'elle impose un tarif maximal pour les frais de terminaison fixe ;*

⁴ Conclusions principales d'ORANGE, point 15.



- *En tout état de cause : condamner l'IBPT aux frais et aux dépens de l'instance, en ce compris l'indemnité de procédure égale à 1.440,00 € ; »*

La Décision attaquée est la décision du Conseil de l'IBPT du 20 novembre 2018 portant sur l'analyse du marché de la terminaison d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée. Cette Décision est entrée en vigueur le premier jour du deuxième mois qui a suivi sa publication, soit le 1^{er} janvier 2019.

III.2.

En conclusions de synthèse, déposées en date du 3 mai 2019, l'IBPT demande :

«A titre principal, déclarer le recours de 3SN non fondé ;

A titre subsidiaire, limiter l'annulation aux seules dispositions de la décision contestée traitant des aspects jugés illégaux ;

A titre subsidiaire et complémentaire, maintenir dans le temps les effets des dispositions annulées jusqu'à l'adoption d'une décision de l'IBPT corrigée sur le(s) point(s) litigieux ou, s'agissant du contrôle tarifaire spécifiquement, de l'acte délégué de la Commission européenne visé par le nouveau Code ;

A titre infiniment subsidiaire, limiter l'annulation des dispositions litigieuses de la décision contestée uniquement à l'égard de 3SN ;

Condamner 3SN aux dépens, en ce compris l'indemnité de procédure de 1.440 euros. »

III.3.

En conclusions de synthèse, déposées en date du 3 mai 2019, la SA ORANGE BELGIUM demande :

«A titre principal :

- *déclarer la demande d'annulation de la Décision Attaquée non fondée ;*

A titre subsidiaire :

- *en cas d'accueil d'un moyen de 3StarsNet, prononcer une annulation partielle de la Décision Attaquée, limitée à l'imposition de nouveaux tarifs maximaux de terminaison fixe aux opérateurs mono-service et mono-connectés ;*
- *dire pour droit que la Décision Attaquée subsiste à l'égard de tous les autres opérateurs de téléphonie fixe ;*

A titre encore plus subsidiaire :

- *en cas d'annulation totale de la Décision Attaquée, maintenir les effets de la Décision Attaquée pendant une période d'un an à compter du prononcé de l'arrêt à intervenir ;*



En toute hypothèse :

- condamner 3StarsNet aux entiers frais et dépens de l'instance, en ce compris l'indemnité de procédure liquidée à son montant de base, soit 1.440 €. »

IV. Examen du cadre légal et de la Décision attaquée

- Le cadre légal européen applicable

En 2002, le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne ont adopté cinq directives qui constituent l'essentiel du cadre réglementaire pour la fourniture des réseaux et services de communications électroniques :

- la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, partiellement modifiée par la directive 2009/140/CE du Parlement et du Conseil (ci-après « directive Cadre »)⁵ ;
- la directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques, partiellement modifiée par la directive 2009/140/CE du Parlement et du Conseil (ci-après « directive Autorisation »)⁶ ;
- la directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (ci-après « directive Accès »)⁷ ;
- la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, partiellement modifiée par la directive 2009/136 CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 (ci-après « directive Service universel »)⁸ ;
- La directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, partiellement modifiée par la directive 2009/136 CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 (ci-après « directive Vie privée et communications électroniques »)⁹ ;

⁵ J.O. L 108 du 24/04/2002, p. 33.

⁶ J.O. L 108 du 24/04/2002, p. 21.

⁷ J.O. L 108 du 24/04/2002, p. 7.

⁸ J.O. L 108 du 24/04/2002, p. 51.

⁹ J.O. L 201 du 31/07/2002, p. 37.



L'article 15 de la directive Cadre (tel que modifié) stipule :

« Article 15 - Procédure de définition du marché

1.

Après consultation publique, y compris celle des autorités réglementaires nationales et en tenant le plus grand compte de l'avis de l'ORECE, la Commission adopte, conformément à la procédure de consultation visée à l'article 22, paragraphe 2, une recommandation sur les marchés pertinents de produits et de services ("la recommandation"). La recommandation recense les marchés de produits et de services dans le secteur des communications électroniques dont les caractéristiques peuvent justifier l'imposition d'obligations réglementaires fixées dans les directives particulières, sans préjudice des marchés qui peuvent être définis dans le cadre d'affaires spécifiques en droit de la concurrence. La Commission définit les marchés en accord avec les principes du droit de la concurrence.

La Commission réexamine régulièrement la recommandation.

2

La Commission publie au plus tard à la date d'entrée en vigueur de la présente directive des lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché (ci-après dénommées "lignes directrices") qui sont conformes aux principes du droit de la concurrence.

3

Les autorités réglementaires nationales tiennent le plus grand compte de la recommandation et des lignes directrices pour définir les marchés pertinents correspondant aux circonstances nationales, en particulier les marchés géographiques pertinents sur leur territoire, conformément aux principes du droit de la concurrence. Les autorités réglementaires nationales suivent les procédures prévues aux articles 6 et 7 avant de définir des marchés qui diffèrent de ceux recensés dans la recommandation.

4

Après consultation, y compris celle des autorités réglementaires nationales, la Commission peut, en tenant le plus grand compte de l'avis de l'ORECE, adopter une décision recensant les marchés transnationaux, en statuant conformément à la procédure de réglementation avec contrôle visée à l'article 22, paragraphe 3.



L'article 16 de la directive Cadre stipule :

« 1. Les autorités réglementaires nationales effectuent une analyse des marchés pertinents en prenant en considération les marchés recensés dans la recommandation et en tenant le plus grand compte des lignes directrices. Les États membres veillent à ce que cette analyse soit effectuée, le cas échéant, en coopération avec les autorités nationales chargées de la concurrence.

2. Lorsque, conformément à l'article 17, paragraphe 3 ou 4, de la directive 2002/22/CE (directive «service universel») ou à l'article 8 de la directive 2002/19/CE (directive «accès»), l'autorité réglementaire nationale est tenue de se prononcer sur l'imposition, le maintien, la modification ou la suppression d'obligations à la charge des entreprises, elle détermine, sur la base de son analyse de marché visée au paragraphe 1 du présent article, si un marché pertinent est effectivement concurrentiel.

3. Lorsqu'une autorité réglementaire nationale conclut que le marché est effectivement concurrentiel, elle n'impose ni ne maintient l'une quelconque des obligations réglementaires spécifiques visées au paragraphe 2. Dans les cas où des obligations réglementaires sectorielles s'appliquent déjà, elle supprime ces obligations pour les entreprises sur ce marché pertinent. Les parties concernées par cette suppression d'obligations en sont averties dans un délai approprié.

4. Lorsqu'une autorité réglementaire nationale détermine qu'un marché pertinent n'est pas effectivement concurrentiel, elle identifie les entreprises qui, individuellement ou conjointement avec d'autres, sont puissantes sur ce marché conformément à l'article 14; l'autorité réglementaire nationale impose aussi à ces entreprises les obligations réglementaires spécifiques appropriées visées au paragraphe 2 du présent article ou maintien ou modifie ces obligations si elles sont déjà appliquées.

5. Dans le cas de marchés transnationaux recensés dans la décision visée à l'article 15, paragraphe 4, les autorités réglementaires nationales concernées effectuent conjointement l'analyse de marché en tenant le plus grand compte des lignes directrices, et se prononcent de manière concertée sur l'imposition, le maintien, la modification ou la suppression d'obligations réglementaires sectorielles visées au paragraphe 2 du présent article.

6. Les mesures prises conformément aux paragraphes 3 et 4 sont soumises aux procédures prévues aux articles 6 et 7. Les autorités réglementaires nationales effectuent une analyse du marché pertinent et notifient le projet de mesure correspondant conformément à l'article 7:



- a) dans les trois ans suivant l'adoption d'une précédente mesure concernant ce marché. Ce délai peut toutefois, à titre exceptionnel, être prolongé jusqu'à trois ans supplémentaires lorsque l'autorité réglementaire nationale a notifié à la Commission une proposition motivée de prolongation et que cette dernière n'y a pas opposé d'objection dans le mois suivant la notification;
- b) dans les deux ans suivant l'adoption d'une recommandation révisée sur les marchés pertinents pour les marchés qui n'ont pas été préalablement notifiés à la Commission; ou
- c) dans les deux ans suivant leur adhésion pour les États membres qui ont récemment rejoint l'Union.

7. Lorsqu'une autorité réglementaire nationale n'a pas achevé son analyse du marché pertinent recensé dans la recommandation dans le délai fixé au paragraphe 6, l'ORECE fournit sur demande une assistance à l'autorité réglementaire nationale concernée, en vue d'achever l'analyse du marché pertinent et des obligations spécifiques à imposer. Avec cette assistance, l'autorité réglementaire nationale concernée notifie le projet de mesure à la Commission dans les six mois, conformément à l'article 7. »

L'article 8.2. de la directive Accès (tel que modifié) stipule :

« 2. Lorsqu'à la suite d'une analyse du marché effectuée conformément à l'article 16 de la directive 2002/21/CE (directive «cadre») un opérateur est désigné comme disposant d'une puissance significative sur un marché donné, les autorités réglementaires nationales lui imposent les obligations énumérées aux articles 9 à 13 de la présente directive, selon le cas. »

L'article 13 de la directive Accès (tel que modifié) stipule :

« Contrôle des prix et obligations relatives au système de comptabilisation des coûts

1. Les autorités réglementaires nationales peuvent, conformément aux dispositions de l'article 8, imposer des obligations liées à la récupération des coûts et au contrôle des prix, y compris les obligations concernant l'orientation des prix en fonction des coûts et les obligations concernant les systèmes de comptabilisation des coûts, pour la fourniture de types particuliers d'interconnexion et/ou d'accès, lorsqu'une analyse du marché indique que l'opérateur concerné pourrait, en l'absence de concurrence efficace, maintenir des prix à un niveau excessivement élevé, ou comprimer les prix, au détriment des utilisateurs finals. Les autorités réglementaires nationales tiennent compte des investissements réalisés par l'opérateur et lui permettent une rémunération raisonnable du capital adéquat engagé, compte tenu des risques encourus.



2. Les autorités réglementaires nationales veillent à ce que tous les mécanismes de récupération des coûts ou les méthodologies de tarification qui seraient rendues obligatoires visent à promouvoir l'efficacité économique, à favoriser une concurrence durable et à optimiser les avantages pour le consommateur. À cet égard, les autorités réglementaires nationales peuvent également prendre en compte les prix en vigueur sur les marchés concurrentiels comparables.

3. Lorsqu'une entreprise est soumise à une obligation d'orientation des prix en fonction des coûts, c'est à elle qu'il incombe de prouver que les redevances sont déterminées en fonction des coûts, en tenant compte d'un retour sur investissements raisonnable. Afin de calculer les coûts de la fourniture d'une prestation efficace, les autorités réglementaires nationales peuvent utiliser des méthodes de comptabilisation des coûts distinctes de celles appliquées par l'entreprise. Les autorités réglementaires nationales peuvent demander à une entreprise de justifier intégralement ses prix et, si nécessaire, en exiger l'adaptation.

4. Lorsque la mise en place d'un système de comptabilisation des coûts est rendue obligatoire dans le cadre d'un contrôle des prix, les autorités réglementaires nationales veillent à ce que soit mise à la disposition du public une description du système de comptabilisation des coûts faisant apparaître au moins les principales catégories au sein desquelles les coûts sont regroupés et les règles appliquées en matière de répartition des coûts. Le respect du système de comptabilisation des coûts est vérifié par un organisme compétent indépendant. Une attestation de conformité est publiée annuellement. »

Suivant le considérant 20 de cette Directive Accès, l'imposition de telles mesures ou de telles obligations est destinée à garantir une concurrence efficace sur le marché considéré :

« 20) Un contrôle des prix peut se révéler nécessaire lorsque l'analyse d'un marché donné met en évidence un manque d'efficacité de la concurrence. Les autorités réglementaires nationales peuvent intervenir de manière relativement limitée, par exemple en imposant une obligation concernant la fixation de prix raisonnables pour la sélection de l'opérateur, comme le prévoit la directive 97/33/CE, ou de manière beaucoup plus contraignante, en obligeant, par exemple, les opérateurs à orienter les prix en fonction des coûts afin qu'ils soient entièrement justifiés lorsque la concurrence n'est pas suffisamment vive pour éviter la tarification excessive. Les opérateurs puissants sur le marché, en particulier, devraient éviter de comprimer les prix d'une manière telle que la différence entre leurs prix de détail et les redevances d'interconnexion facturées à leurs concurrents fournissant des services de détail similaires ne permettrait pas de garantir une concurrence durable. Lorsqu'une autorité réglementaire nationale calcule les coûts engagés pour établir un service rendu obligatoire par la présente directive, il convient de permettre une rémunération raisonnable du capital engagé, y compris les coûts de la main-d'œuvre et de la construction, la valeur du capital étant adaptée, le cas échéant, pour refléter l'évaluation actualisée des actifs et de l'efficacité de la gestion. La méthode de récupération des coûts devrait être adaptée aux circonstances



en tenant compte de la nécessité de promouvoir l'efficacité et une concurrence durable et d'optimiser les profits pour le consommateur. »

L'article 19 de la Directive Cadre dispose que lorsque la Commission européenne constate des divergences dans les réglementations nationales, elle peut émettre une recommandation.

Les ARN sont alors requises de tenir le plus grand compte de cette recommandation.

Sur cette base, la Commission européenne a constaté qu'il existait de grandes divergences dans la réglementation tarifaire des terminaisons d'appels fixe et mobile. Pour mettre un terme aux « *graves distorsions de concurrence* » que cette situation causait, la Commission a publié la recommandation 2009/396/CE du 7 mai 2009 sur le traitement réglementaire des tarifs de terminaison d'appels fixe et mobile dans l'UE (ci-après, la « *Recommandation Tarifs de Terminaison* »)¹⁰.

La Recommandation Tarifs de Terminaison détermine la manière dont les ARN doivent calculer les tarifs de terminaison d'appel fixe et mobile. Comme il est expliqué ci-dessous, cette recommandation impose l'application d'un modèle de coûts dit « *LRIC pur et ascendant* ». Ce modèle vise à faire baisser les tarifs de terminaison d'appel de tous les opérateurs en vue d'augmenter le bien-être des consommateurs.

Le 4 décembre 2018, le Conseil de l'UE a adopté la directive établissant le code des communications électroniques européen (le « *CCEE* »).¹¹

Le CCEE entrera en vigueur le 21 décembre 2020.

L'article 74 définit les conditions et les critères généraux qui doivent être appliqués par les ARN en matière de contrôle des prix. Cet article dispose que :

- « 1. *Les autorités de régulation nationales peuvent, conformément à l'article 68, imposer des obligations en matière de récupération des coûts et de contrôle des prix, y compris des obligations concernant l'orientation des prix en fonction des coûts et des obligations concernant les systèmes de comptabilisation des coûts, pour la fourniture de types particuliers d'interconnexion ou d'accès, lorsqu'une analyse du marché indique que l'entreprise concernée peut, en l'absence de concurrence efficace, maintenir des prix à un niveau excessivement élevé, ou comprimer des prix, au détriment des utilisateurs finaux.*

Pour déterminer si des obligations en matière de contrôle des prix seraient appropriées, les autorités de régulation nationales prennent en considération la nécessité de promouvoir la concurrence et les intérêts à long terme des utilisateurs finaux liés au déploiement et à la pénétration de réseaux de nouvelle génération, et notamment de réseaux à très haute capacité.

¹⁰ Recommandation 2009/396/CE de la Commission du 7 mai 2009 sur le traitement réglementaire des tarifs de terminaison d'appels fixe et mobile dans l'UE, J.O. n° L 124 du 20 mai 2009, p. 67.

¹¹ La Directive (UE) 2018/1972 du Parlement et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques, J.O., 17 décembre 2018.



En particulier, afin d'encourager l'entreprise à investir notamment dans les réseaux de nouvelle génération, les autorités de régulation nationales tiennent compte des investissements qu'elle a réalisés. Dans les cas où les autorités de régulation nationales jugent les obligations en matière de contrôle des prix appropriées, elles permettent à l'entreprise de recevoir une rémunération raisonnable du capital adéquat engagé, compte tenu de tout risque spécifiquement lié à un nouveau projet d'investissement particulier dans les réseaux.

Les autorités de régulation nationales étudient la possibilité de ne pas imposer ou de ne pas maintenir d'obligations au titre du présent article dans les cas où elles établissent qu'il existe une pression démontrable sur les prix de détail et que toute obligation imposée conformément aux articles 69 à 73, y compris notamment tout test de reproductibilité économique imposé conformément à l'article 70, garantit un accès effectif et non discriminatoire.

Lorsque les autorités de régulation nationales jugent approprié d'imposer des obligations en matière de contrôle des prix sur l'accès à des éléments de réseau existants, elles tiennent également compte des avantages que présentent des prix de gros prévisibles et stables pour garantir une entrée efficace sur le marché et des incitations suffisantes pour que toutes les entreprises déploient des réseaux nouveaux et améliorés.

- 2. Les autorités de régulation nationales veillent à ce que tous les mécanismes de récupération des coûts ou les méthodologies de tarification rendus obligatoires visent à promouvoir le déploiement de réseaux nouveaux et améliorés et l'efficacité, à favoriser une concurrence durable et à optimiser les avantages durables pour l'utilisateur final. À cet égard, les autorités de régulation nationales peuvent également prendre en compte les prix en vigueur sur des marchés concurrentiels comparables.*
- 3. Lorsqu'une entreprise est soumise à une obligation concernant l'orientation des prix en fonction des coûts, c'est à l'entreprise concernée qu'il incombe de prouver que les tarifs sont déterminés en fonction des coûts, en tenant compte d'un retour sur investissements raisonnable. Afin de calculer le coût d'une fourniture de services efficace, les autorités de régulation nationales peuvent utiliser des méthodes de comptabilisation des coûts distinctes de celles appliquées par l'entreprise. Les autorités de régulation nationales peuvent demander à une entreprise de justifier intégralement ses prix et, si nécessaire, en exiger l'adaptation.*
- 4. Lorsque la mise en place d'un système de comptabilisation des coûts est rendue obligatoire pour soutenir le contrôle des prix, les autorités de régulation nationales veillent à ce que soit mise à la disposition du public une description du système de comptabilisation des coûts faisant apparaître au moins les principales catégories au sein desquelles les coûts sont regroupés et les règles appliquées en matière de répartition des coûts. Un organisme compétent indépendant contrôle*



le respect du système de comptabilisation des coûts et publie chaque année une déclaration de conformité. »

L'article 75 de ce nouveau code charge la Commission européenne d'établir un tarif de terminaison unique européen pour le 31 décembre 2020 au plus tard¹². L'article 75.1. dispose ainsi que :

« Au plus tard le 31 décembre 2020, la Commission, en tenant le plus grand compte de l'avis de l'ORECE, adopte un acte délégué conformément à l'article 117 complétant la présente directive en fixant, à l'échelle de l'Union, un tarif de terminaison d'appel vocal mobile maximal unique et un tarif de terminaison d'appel vocal fixe maximal unique (ci-après dénommés conjointement «tarifs de terminaison d'appel vocal à l'échelle de l'Union»), qui sont imposés à tout fournisseur de services de terminaison d'appel vocal mobile ou de terminaison d'appel vocal fixe, respectivement, dans tout État membre. »

- *Le cadre légal belge applicable*

Le cadre belge est constitué par la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (la « LCE »), qui transpose le cadre réglementaire européen relatif aux communications électroniques ; la LCE a été modifiée notamment par la loi du 18 mai 2009 portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques, ainsi que par la loi du 10 juillet 2012 portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques, la loi du 3 avril 2013 et la loi du 27 mars 2014.

La LCE est complétée par deux lois du 17 janvier 2003, l'une « relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges » (ci-après la loi « IBPT-statut »), et l'autre « concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges » (ci-après « loi IBPT-recours »).

Vu la répartition des compétences entre l'Etat belge et les Communautés en ce qui concerne les aspects de contenu et les techniques de médias audiovisuels, la réglementation européenne a également fait l'objet d'une transposition dans trois décrets régionaux¹³.

¹² Voir également les considérants 196-197.

¹³ À savoir le décret de la Communauté flamande du 27 mars 2009 relatif à la radiodiffusion et à la télévision (M.B., 16 septembre 2009), le décret de la Communauté française sur les services de médias audiovisuels coordonné le 26 mars 2009 (M.B., 24 juillet 2009) et le décret de la Communauté germanophone du 27 juin 2005 sur les services de médias audiovisuels et les représentations cinématographiques (M.B., 6 septembre 2005).



La LCE contient les dispositions suivantes :

« Art. 3

La fourniture de réseaux et de services de communications électroniques est libre, sous réserve des conditions fixées par ou en vertu de la loi.

(...)

Chapitre II. Missions générales de l'Institut en matière de communications électroniques

Art. 5

Dans le cadre de l'exercice de ses compétences, l'Institut prend toutes les mesures adéquates afin de réaliser les objectifs définis aux articles 6 à 8. Ces mesures sont basées sur la nature des problèmes constatés, sont appliquées proportionnellement et justifiées. Elles doivent être proportionnelles à ces objectifs, et respecter les principes d'objectivité, de transparence, de non-discrimination et de neutralité technologique.

Art. 6

Dans l'accomplissement des tâches qui lui incombent en vertu de la présente loi, l'Institut promeut la concurrence dans la fourniture des réseaux de communications électroniques, des services de communications électroniques et des ressources associées:

1°

en veillant à ce que les utilisateurs¹, en ce compris les personnes handicapées, les personnes âgées et les personnes ayant des besoins sociaux spécifiques,]¹ retirent un bénéfice maximal en termes de choix, de prix et de qualité;

2°

en veillant à ce que la concurrence ne soit pas faussée ni entravée dans le secteur des communications électroniques;

3°

[...];

4°

en promouvant l'utilisation et la gestion efficace des radiofréquences et des ressources de numérotation.

Art. 7

Dans l'accomplissement des tâches qui lui incombent en vertu de la présente loi, l'Institut contribue au développement d'un marché intérieur des réseaux et services de communications électroniques:

1°

en encourageant la fourniture de réseaux et services de communications électroniques au niveau européen;



2°

en encourageant la mise en place et le développement de réseaux transeuropéens et l'interopérabilité des services paneuropéens et la connectivité de bout en bout;

3°

[...];

4°

en coopérant avec d'autres autorités réglementaires nationales ainsi qu'avec la Commission européenne ¹[et l'ORECE]¹, de manière transparente, afin de veiller à l'élaboration de pratiques réglementaires cohérentes au niveau européen;

5°

en soutenant l'harmonisation de numéros particuliers ou de séries de numéros dans la Communauté lorsque cela contribue à la fois au bon fonctionnement du marché intérieur et au développement de services paneuropéens.

Art. 8

Dans l'accomplissement des tâches qui lui incombent en vertu de la présente loi, l'Institut veille aux intérêts des utilisateurs:

1°

en contrôlant le respect des obligations de service universel telles que prévues dans la présente loi;

2°

en assurant un niveau élevé de protection des consommateurs dans leurs relations avec les fournisseurs;

3°

en contribuant à assurer un niveau élevé de protection des données à caractère personnel et de la vie privée;

4°

en promouvant la fourniture d'informations claires, notamment en exigeant la transparence des tarifs et des conditions d'utilisation des services de communications électroniques accessibles au public;

5°

en tenant compte des besoins de groupes sociaux particuliers, notamment les utilisateurs finals handicapés, âgés ou présentant des besoins sociaux spécifiques, notamment afin d'assurer à ces utilisateurs un accès aux services visés à l'[article 74](#);

6°

en veillant à l'intégrité et la sécurité des réseaux publics de communications électroniques et à la sécurité des services publics de communications électroniques;

7°

en favorisant la capacité des utilisateurs finals à accéder à l'information et à en diffuser, ainsi qu'à utiliser des applications et des services de leur choix.



Art. 8/1

§ 1^{er}

Dans l'accomplissement des tâches qui lui incombent en vertu de la présente loi, l'Institut veille à appliquer des principes réglementaires objectifs, transparents, non discriminatoires et proportionnés, dont les suivants:

- a) promouvoir la prévisibilité réglementaire en assurant une approche réglementaire cohérente sur des périodes de révision appropriées;
- b) veiller à ce que, dans des circonstances similaires, il n'y ait pas de discrimination dans le traitement des entreprises fournissant des réseaux et services de communications électroniques;
- c) préserver la concurrence au profit des consommateurs et promouvoir, s'il y a lieu, une concurrence fondée sur les infrastructures;
- d) promouvoir des investissements efficaces et des innovations dans des infrastructures nouvelles et améliorées, notamment en veillant à ce que toute obligation d'accès tienne dûment compte du risque encouru par les entreprises qui investissent et en permettant diverses modalités de coopération entre les investisseurs et ceux qui recherchent un accès, afin de diversifier le risque d'investissement, tout en veillant à ce que la concurrence sur le marché et le principe de non-discrimination soient respectés;
- e) tenir dûment compte de la diversité des situations en matière de concurrence et de consommateurs dans les différentes zones géographiques;
- f) n'imposer des obligations de réglementation ex ante que lorsqu'il n'y a pas de concurrence efficace et durable, et suspendre ou supprimer celles-ci dès que cette condition est satisfaite.

§ 2

Dans l'accomplissement des tâches qui lui incombent en vertu de la présente loi, l'Institut tient compte le plus possible des recommandations que la Commission européenne formule en application de l'article 19 de la Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques. Lorsque l'Institut choisit de ne pas suivre une de ces recommandations, il en informe la Commission européenne en communiquant la motivation de sa position.

(...)

Chapitre II. Procédure d'analyse des marchés pertinents et détermination des opérateurs disposant d'une puissance significative sur ces marchés



Art. 54

Après chaque publication par la Commission européenne de sa "Recommandation concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques", également dénommée ci-après: la "Recommandation", et à intervalles réguliers, l'Institut détermine les marchés pertinents pour les réseaux et les services de communications électroniques, ainsi que leur étendue géographique respective

Art. 55

§ 1^{er}

Conformément au § 4, l'Institut effectue une analyse des marchés pertinents en prenant en considération les marchés recensés dans la Recommandation afin de déterminer si ceux-ci sont effectivement concurrentiels. Il tient compte le plus possible des lignes directrices publiées par la Commission européenne. L'échange d'informations nécessaires à cette analyse, se fait conformément à l'article 137, § 2.

Cette analyse de marchés est effectuée par l'Institut conformément aux articles 140 à 143/1:

a) dans les trois ans suivant l'adoption d'une précédente décision de l'Institut concernant ce marché. Ce délai peut toutefois, à titre exceptionnel, être prolongé jusqu'à trois ans supplémentaires lorsque l'Institut a notifié à la Commission européenne une proposition motivée de prolongation et que celle-ci n'y a pas opposé d'objection dans le mois suivant cette notification;

b) dans les deux ans suivant l'adoption par la Commission européenne d'une recommandation révisée sur les marchés pertinents pour les marchés qui n'ont pas été préalablement notifiés à la Commission européenne.

Lorsque l'Institut n'a pas achevé son analyse du marché dans le délai fixé à l'alinéa 2, il peut demander à l'ORECE une assistance en vue d'achever l'analyse du marché pertinent et des obligations spécifiques à imposer. Dans ce cas, l'Institut consulte dans les six mois la Commission européenne, l'ORECE et les autorités réglementaires nationales des Etats membres conformément à l'article 141.

§ 2

Si l'Institut conformément au § 4 conclut qu'un marché pertinent est effectivement concurrentiel, il n'impose ni ne maintient une quelconque des obligations visées aux articles 58 à 65/1.

Lorsque l'Institut décide de ne pas maintenir une obligation conformément à l'alinéa 1^{er}, il en informe les parties concernées dans le mois qui suit sa décision.



§ 3

Si l'Institut conclut qu'un marché pertinent n'est pas effectivement concurrentiel, il identifie conformément au § 4 tout opérateur disposant individuellement ou conjointement avec d'autres d'une puissance significative sur ce marché, et décide d'imposer, de maintenir ou de modifier les obligations visées aux articles 58 à 65/1 qu'il estime appropriées.

Un opérateur est considéré comme disposant d'une puissance significative sur un marché pertinent si, individuellement ou conjointement avec d'autres, il se trouve dans une position équivalente à une position dominante, c'est-à-dire qu'il est en mesure de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients ou des consommateurs.

Lorsqu'un opérateur est considéré comme disposant d'une puissance significative sur un marché pertinent (le premier marché), il peut également être considéré comme disposant d'une puissance significative sur un marché étroitement lié (le second marché). Cela peut être le cas lorsque les liens entre les deux marchés sont tels qu'ils permettent à l'opérateur puissant d'utiliser sur le second marché, par effet de levier, la puissance qu'il détient sur le premier marché de manière à renforcer sa puissance sur le marché.

Dans ce cas, l'Institut décide, sans préjudice de l'application de l'alinéa 1^{er}, de l'imposition, du maintien ou de la modification sur le second marché, des obligations visées aux articles 58 à 60 et 62 et lorsque ces obligations se révèlent insuffisantes, des obligations visées à l'article 64, qu'il estime appropriées afin de prévenir cet effet de levier.

Pour chaque marché pertinent, l'Institut publie sur son site Internet, la liste des opérateurs disposant d'une puissance significative et, le cas échéant, des opérateurs disposant d'une puissance significative sur un marché étroitement lié, ainsi que la liste des obligations imposées à chacun de ces opérateurs.

§ 4

L'Institut soumet ses décisions renvoyant à ce paragraphe à une concertation préalable avec l'Autorité belge de la concurrence. L'Autorité belge de la concurrence émet son avis dans les 30 jours calendrier à dater de l'envoi du projet de décision par l'Institut. Passé ce délai, l'avis de l'Autorité belge de la concurrence n'est plus requis.

§ 4/1

L'Institut envoie ses décisions renvoyant à ce paragraphe, au préalable à l'Autorité belge de la concurrence, qui dans les trente jours, à partir de l'envoi du projet de décision par l'Institut, émet un avis concernant la question de savoir si les décisions projetées par l'Institut sont



conformes aux objectifs visés par le droit de la concurrence. Passé ce délai, l'avis de l'Autorité belge de la concurrence n'est plus requis.

§ 5

Dans le cas de marchés transnationaux recensés dans une décision de la Commission européenne, l'Institut effectue l'analyse de ces marchés conjointement avec les autorités réglementaires nationales des autres Etats membres concernés, en tenant le plus grand compte des lignes directrices. L'Institut se prononce de manière concertée avec ces mêmes autorités sur l'imposition, le maintien, la modification ou la suppression d'obligations réglementaires sectorielles visées au paragraphe 3.

(...)

Art. 140

Pour autant qu'un projet de décision de l'Institut soit susceptible d'avoir des incidences importantes sur un marché pertinent, l'Institut organise une consultation publique préalable d'une durée maximale de deux mois, dans le respect des règles de confidentialité des données d'entreprise.

Toutes les informations relatives aux consultations publiques en cours sont centralisées à l'Institut.

Les résultats de la consultation publique sont rendus publics, dans le respect des règles de confidentialité des données d'entreprise.

Le Roi précise, après avis de l'Institut, les modalités de la consultation publique et de la publicité de ses résultats.

La loi IBPT-Statut prévoit que les missions de l'IBPT sont :

Art. 14

§ 1^{er}

Sans préjudice de ses compétences légales, les missions de l'Institut en ce qui concerne les réseaux de communications électroniques et les services de communications électroniques, équipement terminal équipement hertzien et en ce qui concerne les services postaux et les réseaux postaux publics tels que définis à l'article 2 de la loi du 26 janvier 2018 relative aux services postaux, sont les suivantes:

1° la formulation d'avis d'initiative, dans les cas prévus par les lois et arrêtés ou à la demande du ministre ou de la Chambre des représentants;

2° la prise de décisions administratives;



3° le contrôle du respect de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, du Titre I^{er}, chapitre X et du Titre III de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, de la loi du 26 janvier 2018 relative aux services postaux, des articles 14, § 2, 2°, et 21, §§ 5 à 7, de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges, des articles 4 et 4/1 de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, de la loi du 5 mai 2017 relative aux services de médias audiovisuels en région bilingue de Bruxelles-Capitale et de leurs arrêtés d'exécution, et du Règlement (UE) n° 611/2013 de la Commission du 24 juin 2013 concernant les mesures relatives à la notification des violations de données à caractère personnel en vertu de la Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil sur la vie privée et les communications électroniques ;

4° en cas de litige entre des fournisseurs de réseaux, de services ou d'équipements de télécommunications ou en cas de litige entre des prestataires de services postaux, ou en cas de litige entre les fournisseurs de services ou de réseaux de communications électroniques ou de fournisseurs de services de médias audiovisuels visés par la loi du 5 mai 2017 relative aux services de médias audiovisuels en région bilingue de Bruxelles-Capitale, la formulation de propositions tendant à concilier les parties dans le délai d'un mois. Le Roi fixe, sur avis de l'Institut, les modalités de cette procédure;

4°/1 en cas de litige entre fournisseurs de réseaux, de services ou d'équipements de télécommunications ou en cas de litige entre des prestataires de services postaux, ou en cas de litige entre les fournisseurs de services ou de réseaux de communications électroniques ou de fournisseurs de services de médias audiovisuels visés par la loi du 5 mai 2017 relative aux services de médias audiovisuels en région bilingue de Bruxelles-Capitale, la prise de décision administrative sur base de l'article 4 ou 4/1 de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges ;

5° poser tous les actes utiles qui ont pour objet la préparation de l'application des directives européennes entrées en vigueur dans le secteur des postes et des télécommunications;

6° l'Institut est chargé de contrôler l'exécution de toutes les missions de service public qui sont attribuées par l'Etat dans le secteur postal et dans le secteur des communications électroniques, sous réserve des missions de service publics attribué dans le cadre d'article 141, § 1^{er} bis, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques. L'Institut informe tant le Ministre en charge du Secteur postal que le Ministre en charge des Entreprises publiques de l'exécution du contrat de gestion.



§ 2

Dans le cadre de ses compétences, l'Institut:

1° peut organiser de manière non discriminatoire toute forme d'enquêtes et de consultations publiques⁸; il doit organiser de telles consultations publiques afin qu'il tienne compte des points de vue des utilisateurs finals, des consommateurs (y compris notamment, des consommateurs handicapés), des fabricants et des entreprises qui fournissent des réseaux et/ou des services de communications électroniques sur toute question relative à tous les droits des utilisateurs finals et des consommateurs en ce qui concerne les services de communications électroniques accessibles au public, en particulier lorsqu'ils ont une incidence importante sur le marché; ces consultations garantissent que, lorsque l'Institut statue sur des questions relatives aux droits des utilisateurs finals et des consommateurs en ce qui concerne les services de communications électroniques accessibles au public, les intérêts des consommateurs en matière de communications électroniques sont dûment pris en compte]⁸;

2° peut exiger, par demande motivée, de toute personne concernée toute information utile. L'Institut fixe le délai de communication des informations demandées;

3° coopère avec et communique de l'information à:

- a) la Commission européenne, l'ENISA, l'Office et à l'ORECE;*
- b) les autorités de régulation étrangères en matière de services postaux et de télécommunications;*
- c) les autorités de régulation des autres secteurs économiques;*
- d) les services publics fédéraux en charge de la protection des consommateurs;*
- e) les autorités belges en charge de la concurrence.*

Après consultation de ces autorités et de l'Institut et sur proposition conjointe du ministre de l'Economie et du ministre, le Roi peut fixer les modalités de la coopération, de la consultation et de l'échange d'informations entre ces instances et l'Institut;

- f) les autorités régulatrices des Communautés et des Régions, selon les modalités convenues dans les accords de coopération avec ces niveaux de pouvoir;*
- g) les services publics qui ont une compétence en matière de sécurité publique, ou de sécurité et protection civile, ou de défense civile, ou de planification de crise, ou de sécurité ou de protection du potentiel économique et scientifique du pays;*
- h) la Commission de la protection de la vie privée;*
- i) le Service public fédéral chargé des statistiques et de l'information économique.*



4° apporte sa collaboration aux activités de la Commission mixte des télécommunications, créée par l'arrêté royal du 10 décembre 1957, modifié par l'arrêté royal du 24 septembre 1993;

5° l'Institut peut uniquement prendre des décisions relatives aux réseaux de communications électroniques pour lesquels les Communautés sont également compétentes, après l'entrée en vigueur d'un accord de coopération avec les Communautés portant sur l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques;

6° peut procéder, en respectant les motifs de l'annulation et sans modifier l'étendue de son champ d'application, à la réfection d'une décision annulée par une autorité juridictionnelle lorsque, du fait de cette annulation, un ou plusieurs des objectifs visés aux articles 6 à 8 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques ne sont plus réalisés. L'Institut peut procéder à une même réfection lorsque la décision annulée concerne le secteur postal et qu'un ou plusieurs des objectifs suivants ne sont plus réalisés:

- veiller à la qualité et à la pérennité du service universel;
- veiller aux intérêts des utilisateurs des services postaux;
- contribuer au développement d'un marché intérieur des services postaux;
- promouvoir la concurrence dans le secteur postal.

§ 3

Dans le cadre de la coopération avec les autorités énumérées au point 3 du paragraphe précédent, les membres du Conseil et les membres du personnel de l'Institut peuvent communiquer à ces autorités des informations confidentielles dont ils ont connaissance dans l'exercice de leur fonction, dans la mesure où cette communication est nécessaire pour l'accomplissement des missions de ces autorités.

V. Considérations sur le recours devant la Cour des marchés :

V.1.

Il ressort de l'examen des conclusions de la SA 3STARSNET que les critiques fondamentales de la partie requérante sont d'ordre économique.

La SA 3STARSNET fait ainsi valoir :

« En réalité, la concluante a deux remarques fondamentales à formuler à l'encontre de la Décision Attaquée.

Premièrement, la Décision Attaquée entraîne des conséquences néfastes pour l'ensemble des opérateurs placés dans une situation identique ou similaire à la sienne. Sur les 26 PSM¹⁴ identifiés par la Décision Attaquée, 22 seront, en définitive, négativement impactés par les mesures prises par cette Décision. Ces 22 opérateurs subiront la baisse des FTR et devront, à terme, se poser la question de leur survie sur le marché de la téléphonie fixe. Sous prétexte d'améliorer la concurrence en faveur des consommateurs, cette Décision risque ainsi de

¹⁴ = opérateur puissant



produire l'effet inverse et de limiter la concurrence entre les opérateurs. Seuls les 4 opérateurs principaux (PROXIMUS, ORANGE, TELENET et VOO) sortiront renforcés de la situation engendrée par la Décision Attaquée. La concluante le démontrera dans les points qui suivront.

Deuxièmement et dans un même ordre d'idée, la concluante a malheureusement constaté que, contrairement à ce que l'IBPT prétend, la Décision Attaquée n'a pas remédié à ces effets pervers que la concluante dénonçait déjà dans le précédent litige. A titre d'exemples, la Décision Attaquée ne permet pas de considérer avec certitude qu'elle aurait un effet bénéfique pour le consommateur final et ne règle nullement la question du délai effectif du passage à l'interconnexion IP mais se contente de certaines suppositions. Ces critiques avaient été formulées antérieurement, en 2016 et en 2017. Comme il sera démontré aux points suivants, ces critiques restent malheureusement d'actualité »

V.2.

En vertu de l'article 2 § 1^{er} de la loi IBPT-recours :

« Les décisions de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications peuvent faire l'objet d'un recours en pleine juridiction devant la Cour des marchés statuant comme en référé. [...] »

Cependant, le recours devant la Cour des marchés ne peut pas être confondu avec *un appel ordinaire*.

Le contrôle de la Cour consiste à vérifier si, au regard des règles et principes en cause, l'appréciation du Collège de l'IBPT est entachée d'erreurs de droit ou d'erreurs manifestes d'appréciation quant aux faits¹⁵.

Il s'agit donc d'un contrôle de la légalité qui s'exerce uniquement au regard de la décision litigieuse en cause et qui est par ailleurs marginal dès lors que seules des erreurs manifestes d'appréciation sont susceptibles d'entraîner l'annulation d'une décision du Collège de l'IBPT rejetant les observations formulées par une partie concernée dans le cadre de l'enquête publique.

V.3.

Le recours devant la Cour des marchés suppose donc avant tout un contrôle de la légalité et de la régularité de la décision administrative. Le législateur n'a pas *expressément* limité la pleine juridiction de la Cour des marchés (en ce sens la compétence de la Cour des marchés n'est pas comparable à celle du Conseil d'Etat – voir l'article 14 des lois coordonnées en matière du Conseil d'Etat¹⁶).

Les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire (dont la Cour des marchés fait partie) disposent d'une juridiction instaurée par la Constitution (articles 144 et suivants).

¹⁵ Bruxelles (18^e ch.), 28 avril 2016, 2015/MR/1, point 41 ; Bruxelles (19^e ch.), 28 juin 2017, 2016/MR/2, point 15.

¹⁶ Le Conseil d'Etat ne peut statuer que sur « les recours en annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements ».



V.4.

Dans ce même ordre d'idées, il importe d'examiner dans quelles circonstances et conditions, la Cour des marchés serait amenée à substituer sa propre décision à la décision attaquée. Certes, la juridiction de la Cour des marchés est plus étendue que celle du Conseil d'Etat en son article 14.

Mais, cette juridiction particulière qui est attribuée à la Cour des marchés par la *lex specialis* (à savoir la loi IBPT-recours) n'en fait cependant pas « *une juridiction d'appel (ordinaire) avec la compétence de pouvoir réformer la décision entreprise en second degré de juridiction* ».

Le recours devant la Cour des marchés doit donc être distingué d'un appel ordinaire au sens du Code judiciaire.

Par "*appel ordinaire*" la Cour des marchés entend l'appel porté devant toute juridiction instaurée par le Code judiciaire qui est appelée à statuer sur le litige en vertu d'un recours qui est formé contre une décision rendue par un juge de l'ordre judiciaire en première instance et en vertu de la compétence dont dispose ce juge d'appel (faisant usage du principe de l'effet dévolutif) de revoir le litige en fait et en droit et de « re-statuer » c'est-à-dire de réexaminer la cause en fait et en droit, le cas échéant en prenant en considération de nouveaux moyens et arguments ainsi qu'en ayant égard à d'autres ou de nouvelles pièces justificatives, le tout en fonction de l'évolution de la cause en fait et en droit (éventuellement même eu égard à une nouvelle législation entrée en vigueur depuis l'acte introductif d'instance).

La pleine juridiction inclut la compétence de substituer à la décision attaquée sa propre décision, mais, la substitution de la décision de la Cour des marchés en lieu et place de la décision du régulateur (en l'espèce du Collège de l'IBPT) n'est donc pas le principe même du recours, mais bien au contraire une faculté.

Il faut donc que la partie requérante invoque au préalable et prouve que la décision attaquée est irrégulière ou illégale *sensu lato*.

La Cour des marchés ne doit pas se prononcer sur les griefs qui ne mettent en cause que des questions de politique ou d'opportunité. Il ne relève donc pas du pouvoir d'une juridiction de compléter ce qui peut être décidé et ce qui a été décidé de manière discrétionnaire par le régulateur sans excéder sa marge d'appréciation.

En ce qui concerne la procédure, la Cour des marchés limite son contrôle aux questions de savoir si les prescriptions de la procédure et les conditions de la motivation sont respectées, elle contrôle la régularité et la légalité de la décision en ce compris le respect des principes généraux de bonne administration *sensu lato*.

Quant au fond de la cause, la Cour limite son contrôle à la question de savoir si les faits sont reproduits de manière exacte et s'il n'y a pas une appréciation manifestement inexacte des faits et si la qualification juridique des faits est exacte, la pleine juridiction implique la possibilité de les constater, de les contrôler et de rectifier les éventuelles fautes commises lors de leur constatation. La Cour apprécie si les preuves apportées constituent un cadre de faits pertinents en vue de l'appréciation de l'infraction et peuvent servir de base aux conclusions qui en sont tirées.



En décider autrement reviendrait à attribuer à la Cour des marchés les compétences d'une autorité administrative (le régulateur) et de violer ainsi le principe de la séparation des pouvoirs.

Le Collège de l'IBPT est une autorité administrative faisant partie du pouvoir exécutif. Dans la mesure où des autorités administratives sont autorisées à prendre des décisions dont certaines ont une portée équivalente à celle des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire, il est impératif qu'un recours juridictionnel soit instauré par le législateur afin de garantir au justiciable un recours devant une juridiction faisant partie de l'ordre judiciaire.

Il s'ensuit que la Cour des marchés ne peut donc substituer sa décision à celle du régulateur que lorsque la Cour constate que la décision du régulateur est illégale ou irrégulière (par exemple lorsqu'un quelconque principe de bonne administration serait violé par la décision administrative attaquée).

V.5.

Une erreur manifeste qui affecterait le modèle LRIC ¹⁷ « peut » entraîner l'annulation de la décision. Toutefois :

- le pouvoir d'appréciation discrétionnaire dont dispose l'IBPT implique, lorsqu'il s'agit d'un modèle, la possibilité pour l'IBPT de modéliser la réalité sur la base de certaines hypothèses, projections, estimations ou approximations. Les hypothèses et projections peuvent être guidées par les objectifs de la régulation, par exemple lorsqu'il s'agit d'hypothèses d'efficacité des opérateurs, et peuvent dans cette mesure s'écarter de la réalité observée. Le tout doit rester raisonnable, justifiable et cohérent, et ne peut jamais verser dans l'arbitraire, mais l'on ne pas attendre d'un modèle qu'il reflète à tous égards la réalité.

- vu la complexité d'un modèle du type examiné [LRIC], et le très grand nombre de variables, d'interdépendances et d'équations qu'il contient, il serait déraisonnable de retenir comme motif d'annulation n'importe quelle erreur, fût-elle manifeste, qui affecterait l'un des multiples éléments du modèle. Une telle erreur ne peut donner lieu à annulation que si elle a un effet significatif sur les résultats produits par le modèle et intégrés dans la Décision attaquée.

V.6.

Il s'ensuit qu'il appartient à la SA 3STARSNET de prouver l'erreur manifeste d'appréciation qui aurait été commise par l'IBPT, l'illégalité de la Décision attaquée ou la méconnaissance des principes généraux en matière de la bonne gestion administrative.

¹⁷ Cfr Recommandation du 7 mai 2009 de la Commission européenne sur le traitement réglementaire des tarifs de terminaison d'appels fixe et mobile dans l'UE (J.O.C.E, L 124, 20 mai 2009) en vue de favoriser l'application de remèdes tarifaires cohérents et harmonisés sur les marchés de la terminaison. Il est ainsi recommandé d'utiliser un modèle de coûts de type « LRIC pur » (coûts différentiels à long terme), basé sur les coûts incrémentaux qui doit se traduire par une diminution drastique des charges de terminaison, dans l'intérêt de la concurrence et des utilisateurs finals.



VI. Les moyens invoqués par les parties à la cause :

VI.1.

En conclusions, la SA 3STARSNET fait valoir les moyens suivants :

- *« violation d'une forme substantielle - absence de notification et de consultation de l'ORECE et des autres régulateurs (premier moyen)*
- *violation du cadre réglementaire pertinent (deuxième moyen)*
 - *Contrariété avec les Lignes Directrices - Défaut de motivation et mauvaise usage des compétences de l'IBPT (Troisième¹⁸ moyen, première branche)*
 - *Absence de prise en compte de la cohérence des pratiques réglementaires et du fonctionnement du marché intérieur (Deuxième moyen, deuxième branche)*
 - *Absence de promotion d'une concurrence durable et efficace et/ou au profit du consommateur – discrimination – absence de prise en compte de la diversité (Deuxième moyen, troisième branche)*
 - *Incohérence du Modèle de coûts définis par l'IBPT avec les principes de la Recommandation du 7 mai 2009 (Deuxième moyen, quatrième branche) »*

A l'audience du 8 mai 2019, le conseil de la SA 3STARSNET déclare renoncer au premier moyen, les conseils de l'IBPT et de la SA ORANGE BELGIUM acceptent cette renonciation (voir le procès-verbal de l'audience publique).

VI.2.

L'IBPT fait valoir comme moyens :

"MOYEN 1

Le projet de décision a été notifié aux autorités nationales de régulation et à l'ORECE, conformément à l'article 141 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques ; le moyen de 3SN manque en fait.

MOYEN 2

3SN ne démontre pas en quoi la caractérisation du marché de détail serait lacunaire ou erronée ni n'explique comment les prétendues erreurs et lacunes affectant, selon elle, l'analyse du marché de détail auraient un quelconque impact sur la définition du marché de gros, l'identification de 3SN comme opérateur puissant et l'adéquation des remèdes qui y sont imposés ; le moyen de 3SN est dénué de fondement.

MOYEN 3

Le contrôle de prix imposé par la décision contestée est compatible avec la recommandation de la Commission européenne du 7 mai 2009 et cohérente avec les contrôles de prix en vigueur dans la grande majorité des Etats-membres, et constitue une transition nécessaire

¹⁸ Lire : « deuxième » moyen



vers l'application future d'un tarif européen harmonisé ; le moyen de 3SN est dénué de fondement.

MOYEN 4

Le contrôle de prix est approprié aux défaillances concurrentielles identifiées sur le marché de gros de la terminaison fixe ; la diminution des charges de terminaison au niveau des coûts incrémentaux permet à la concurrence de se développer dans des conditions équitables et aux consommateurs d'être adéquatement protégés ; le moyen de 3SN manque de fondement.

MOYEN 5

Le modèle de coûts utilisé par l'IBPT, à l'appui du contrôle de prix imposé par la décision contestée, est conforme à l'approche privilégiée par la Commission européenne dans sa recommandation du 7 mai 2009 et aux critères prescrits par le législateur européen dans le nouveau Code des communications électroniques ; aucune erreur manifeste d'appréciation ne peut être reprochée à l'IBPT ; le moyen de 3SN manque de fondement.

MOYEN 6 – À TITRE SUBSIDIAIRE

Si la Cour devait accueillir les moyens de 3SN relatifs au contrôle tarifaire (y compris dans son articulation avec l'interconnexion IP), l'annulation doit être limitée aux seules dispositions de la décision contestée traitant des aspects jugés illégaux. La demande de 3SN visant l'annulation intégrale de la décision entreprise n'est pas fondée.

MOYEN 7 – À TITRE SUBSIDIAIRE ET COMPLÉMENTAIRE

Si la Cour devait accueillir les moyens de 3SN relatifs au contrôle tarifaire (y compris dans son articulation avec l'interconnexion IP), il est nécessaire de maintenir dans le temps les effets de ces dispositions, afin d'éviter des conséquences graves et inacceptables du point de vue de la sécurité juridique.

MOYEN 8 – À TITRE INFINIMENT SUBSIDIAIRE

Si la Cour devait accueillir les moyens de 3SN relatifs au contrôle tarifaire (y compris dans son articulation avec l'interconnexion IP), l'annulation doit valoir uniquement à l'égard de 3SN."

VI.3.

La SA ORANGE BELGIUM fait valoir :

« Moyen 1 : L'IBPT a respecté ses obligations de consultation prévues par l'article 141, § 1er de la loi du 13 juin 2005 sur les communications électroniques.

Moyen 2 : La Décision Attaquée est cohérente avec la Directive Code Européen.

Moyen 3 : La Décision Attaquée a correctement analysé les marchés en cause et a correctement défini le marché pertinent.

PAGE 01-00001427619-0033-0054-05-01-4



Moyen 4 : Le modèle d'opérateur efficace peut tenir compte des coûts de Proximus.

Moyen 5 : L'interconnexion IP peut être considérée comme une technologie efficace et disponible.

Moyen 6 : La Décision Attaquée a correctement fixé les tarifs maximaux de terminaison fixe .

Moyen 7 : 3SN ne peut pas imposer une protection spécifique des opérateurs fixes mono-connectés.

Moyen 8 : La Décision Attaquée n'entraîne aucun effet négatif sur les nouveaux opérateurs entrants.

Moyen 9 : L'effet " waterbed " n'est pas établi.

Moyen 10 à titre subsidiaire : Si Votre Cour devait annuler la Décision Attaquée, cette annulation ne pourrait avoir d'effet que vis-à-vis de 3SN.

Moyen 11 à titre encore plus subsidiaire : Si Votre Cour devait annuler la Décision Attaquée, il y aurait lieu en tout cas d'en maintenir les effets pendant un an".

VI.4.

La SA 3STARSNET et la SA ORANGE BELGIUM ne font donc pas valoir de réels moyens mais se bornent à énumérer une série de « titres » auxquels elles donnent la qualification de « moyen ». L'indication de moyens numérotés suppose que chaque moyen soit identifié sous un numéro ; il ne suffit pas que les conclusions soient pourvues de titres numérotés, lorsque ces titres ne permettent pas l'identification précise du moyen.

Le moyen peut être défini en droit judiciaire comme l'énoncé d'un « *raisonnement juridique d'où la partie entend déduire le bien-fondé d'une demande ou d'une défense* »¹⁹.

La cour tâchera d'identifier les moyens en vue de satisfaire à l'obligation générale de motivation (article 149 de la Constitution), mais sans qu'il ne puisse lui être reproché de ne pas y avoir eu égard, ceux-ci n'ayant pas été clairement identifiés et numérotés.

¹⁹ C. PARMENTIER, Comprendre la technique de cassation, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 85, no 91, repris par X. TATON et G. ELOY, « Structure et contenu des conclusions, chose jugée et mesures d'instruction : nouvelles responsabilités des parties », in J. ENGLEBERT et X. TATON [dir.], Le procès civil efficace ? - Première analyse de la loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile [dire « loi pot-pourri »], Bibliothèque de l'unité de droit judiciaire de l'U.L.B., Limal, Anthemis, 2015, p. 88, n° 12.



VII. L'examen des moyens :

VII.1.

Premier moyen : Violation d'une forme substantielle - absence de notification et de consultation de l'ORECE et des autres régulateurs

Comme la SA 3STARSNET renonce à ce moyen, il n'y a pas lieu pour la Cour des marchés de répondre. La Cour donne acte à la SA 3STARSNET de sa renonciation.

VII.2.

Deuxième moyen : Violation du cadre réglementaire pertinent

VII.2.1. : Deuxième moyen, première branche : La prétendue contrariété avec les Lignes Directrices - Défaut de motivation et mauvais usage des compétences de l'IBPT :

L'IBPT était obligé d'analyser le marché de la terminaison d'appel fixe. L'article 16, §§ 6 et 7, de la Directive Cadre et l'article 55, § 1^{er}, de la LCE imposent à l'IBPT d'effectuer des analyses périodiques des marchés que la Commission européenne a identifiés comme des marchés susceptibles de réglementation *ex ante*. C'était donc une mission obligatoire de l'IBPT d'analyser ce marché, d'abord dans la décision du 25 août 2016 et puis dans la Décision Attaquée après l'annulation de la décision de 2016 par l'arrêt de la Cour du 15 mars 2017.

Les législations européenne et belge prévoient ainsi une évolution périodique des obligations réglementaires qui sont imposées aux entreprises qui disposent d'une puissance significative sur les marchés de communications électroniques.

Le fait que la Décision Attaquée fixe des tarifs de terminaison fixe applicables à partir du 1er janvier 2019 alors que la Directive Code Européen prévoit la fixation de tarifs européens de terminaison fixe à partir de 2021 ou 2022, ne saurait donc être une violation des objectifs de cohérence et de prévisibilité au sens de l'article 8, § 5, de la Directive Cadre.

A titre de prétendues contrariétés avec les Lignes Directives, la SA 3STARSNET fait notamment valoir que c'est à tort que l'IBPT a tenu compte de l'analyse du marché de détail.

La définition des marchés de détail (relations entre opérateurs et clients) est sans influence sur la définition du marché de gros de la terminaison d'appel (relations entre opérateurs). Les griefs de la SA 3STARSNET relatifs aux marchés de détail ne sauraient donc remettre en cause ni la définition et l'analyse du marché de gros de la terminaison d'appel, ni les obligations réglementaires qui ont été imposées par la Décision Attaquée, en ce compris les tarifs maximaux de terminaison d'appel.

La SA 3STARSNET fait valoir :

« Les Lignes Directrices 2002 précisent qu'en examinant les prix du marché de détail, lors de leur analyse, les ARN peuvent définir des marchés séparés en fonction de la catégorie



d'abonnés (abonnés d'affaires ou abonnés résidentiels, etc.). Cette différenciation a été admise par la Commission européenne²⁰. » (la Cour souligne).

Dans la mesure où les Lignes Directives autorisent (= « les ARN peuvent... ») les régulateurs à tenir compte du marché de détail, le grief n'est pas fondé.

La SA 3STARSNET fait en effet valoir :

« Du côté de la demande, les entreprises recourent plus aisément à des opérateurs fixes « stand alone », pour diverses raisons :

- *des raisons d'ordre économique : les opérateurs fixes « stand alone » présentent, en règle générale, des tarifs moins élevés que les opérateurs classiques ; les entreprises peuvent se limiter, pour des raisons de coûts, à la seule téléphonie fixe et ne pas opter pour des services de téléphonie mobile ; les services de téléphonie fixe « stand alone » peuvent en outre être intégrés dans des offres panachées, afin de faire baisser le coût total de l'ensemble des communications électroniques des entreprises ;*
- *des raisons d'ordre technique : les opérateurs fixes « stand alone » offrent des produits plus ciblés et correspondant aux besoins techniques des entreprises (du « sur mesure ») ;*

Du côté de l'offre, les opérateurs de téléphonie fixe « stand alone » s'orientent principalement vers le marché des entreprises, pour diverses raisons telles que :

- *des raisons économiques : les entreprises génèrent un trafic d'appels fixes plus important que les particuliers ; ce trafic est en outre réalisé majoritairement en heures pleines (au contraire du trafic des particuliers qui est réalisé majoritairement en heures creuses) ; enfin, les coûts liés à la gestion d'un trafic d'appels fixes à destination des entreprises est moindre que les coûts liés à la gestion d'un trafic d'appels fixes à destination des particuliers (demandes moindres, etc.).*
- *des raisons légales et réglementaires (les législations en matière de protection des consommateurs sont plus contraignantes que celles applicables à la clientèle professionnelle). »*

Ces critiques concernent les motifs économiques et techniques qui ont été pris en compte par le Conseil de l'IBPT mais ces griefs ne démontrent aucune contrariété avec les Lignes Directives.

Ces critiques concernent : une appréciation des faits, une appréciation des opérateurs à prendre en considération, le tout dans le cadre de la détermination du marché à prendre en considération.

La SA 3STARSNET fait ainsi valoir :

« D'autre part et plus concrètement, si l'on procède à une analyse du marché de détail plus fine, qui rencontre les critiques de la concluante exposées ci-dessus, les remèdes réglementaires imposés par la Décision Attaquée peuvent être radicalement différents. A titre d'exemple, les obligations d'interconnexion, pour le segment de la téléphonie fixe « stand alone », peuvent être définies de manière plus drastique (des délais d'interconnexion plus courts, des

²⁰ Lignes Directrices 2002, n° 46 et réf. citées.



obligations de qualité plus importantes) ou de manière plus spécifique (des offres techniques plus ciblées pour le trafic en heures pleines, etc.) afin de rencontrer les besoins (ou la demande) plus spécifique de ce même segment, d'une part, et les contraintes des opérateurs fixes « stand alone », d'autre part. » (la Cour accentue et souligne)

L'IBPT répond notamment :

« il appartient à l'ARN de déterminer la mesure dans laquelle il y a lieu d'examiner le marché de détail en aval, en tenant compte des liens entre ce marché en aval et les marchés en amont qui font l'objet de la présente analyse. Une analyse de la situation concurrentielle sur le marché de détail permet d'analyser les marchés de gros en amont et de déterminer les mesures correctrices éventuellement nécessaires »²¹.

La SA 3STARSNET critique l'analyse du marché de détail réalisée dans le cadre de la Décision Attaquée en faisant valoir qu'elle serait entachée de biais et d'erreurs d'appréciation.

Elle soutient que l'analyse de marché est basée exclusivement sur les données de quatre opérateurs présents sur le marché de détail mais qu'il n'est aucunement tenu compte, dans cette analyse, des offres de produits ou de services proposés par les opérateurs alternatifs, comme la SA 3STARSNET.

Elle en déduit que l'IBPT ne paraîtrait donc pas avoir réalisé une analyse complète, permettant de déterminer quelle est la tendance des prix.

Selon la SA 3STARSNET cette absence d'analyse serait d'autant plus regrettable que l'IBPT sait pertinemment qu'il existe de nombreux opérateurs alternatifs²².

L'IBPT argumente à ce titre :

*« Une erreur manifeste d'appréciation au niveau de la caractérisation d'un marché de détail n'est problématique que s'il est démontré qu'elle a un **impact direct et décisif** sur l'**adéquation des remèdes** imposés sur le marché de gros analysé. »*

Elle fait en outre valoir :

« Le moyen de 3SN ne porte donc pas sur la délimitation des marchés de gros²³ ni sur l'identification de 3SN comme entreprise disposant d'une puissance significative sur ce marché²⁴ ni non plus sur l'existence de défaillances concurrentielles à ce niveau²⁵. »

²¹ Décision contestée, §§ 99-100, voir également § 60.

²² Selon elle, la majorité des 22 entreprises identifiées comme PSM sur le marché de gros de la terminaison d'appel serait d'ailleurs constituée d'opérateurs alternatifs.

²³ Décision contestée, § 244. 3SN n'explique pas – et l'IBPT n'aperçoit pas – le lien qu'il y aurait entre la segmentation souhaitée par 3SN et la définition du marché de gros par réseau de terminaison. Il n'y en a pas. Comme le précise en effet la décision contestée, citant l'exposé des motifs de la recommandation sur les marchés pertinents, « la définition du marché de détail n'a pas d'influence directe sur la définition du marché de gros : bien que les charges de terminaison d'appel puissent en théorie être limitées par des substituts du côté de la demande au niveau de détail, qui constituent une alternative raisonnable à l'appel vers l'abonné concerné, même s'il existait une substitution au niveau de



Les conclusions de l'IBPT sont conformes à la recommandation du 9 octobre 2014 sur les marchés pertinents²⁶, à la pratique des autorités de régulation et à la position constante de la Commission européenne sur ce marché. 3SN ne formule d'ailleurs aucun moyen d'annulation à l'encontre de ces aspects de la décision contestée.

3SN ne démontre aucunement en quoi les prétendues erreurs et lacunes affectant, selon elle, la caractérisation du marché de détail auraient un quelconque impact sur (i) le contrôle de prix qui lui est imposé, (ii) les obligations imposées à Proximus en ce qui concerne l'interconnexion IP²⁷, les obligations (iii) de transparence financière et (iv) de non-discrimination²⁸.

Ainsi, la requérante n'explique pas le lien qui existerait entre une segmentation plus fine du marché de détail et ces obligations²⁹. Elle n'explique pas davantage pour quelle raison la nature de ces remèdes devrait varier en fonction du profil commercial des opérateurs concernés sur le marché de détail³⁰. »

[...]

La requérante présente d'ailleurs ses activités sur son site Internet comme suit (l'IBPT surligne) :

3StarsNet is the biggest alternative VoIP operator in Belgium

Full BIPT licensed, with its own network infrastructure.

We offer **high quality services** (Whole Sale VoIP interconnect, Fast Internet Access, Leased line, worldwide communications, ...) and future proof solutions (Ipbx, Cloud PBX) for large and medium business customers, while ensuring competitive prices on Belgian and international market.

[...]

Les reproches que 3SN formule à propos des paniers comparatifs utilisés par l'IBPT³¹ sont tout aussi inopérants. Le Royaume-Uni que 3SN reproche à l'IBPT d'avoir omis de la figure 19 présente le niveau le plus bas des charges de terminaison imposées au sein de l'Union européenne³², c'est-à-dire l'exact opposé de ce que 3SN ambitionne d'obtenir en l'espèce. L'IBPT précise pour le surplus que les deux graphiques visés par 3SN ont été élaborés sur la base de

détail, un marché de détail plus large avec, par exemple, des communications fixes et mobiles ne mène pas à la substituabilité au niveau de gros » (décision contestée, § 101).

²⁴ Décision contestée, § 307.

²⁵ Décision contestée, § 324.

²⁶ Recommandation de la Commission du 9 octobre 2014 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, J.O.U.E, L 295, 11 octobre 2014.

²⁷ Obligations visées par 3SN au § 45 de ses conclusions de synthèse.

²⁸ Obligations visées par 3SN au § 49 de ses conclusions de synthèse.

²⁹ Requête, § 31, sous premièrement et deuxièmement.

³⁰ Requête, § 31, sous troisièmement.

³¹ Requête, § 32.

³² Décision contestée, § 792.



données collectées dans le cadre de l'étude comparative de l'IBPT du niveau des prix des produits de télécommunications en Belgique, aux Pays-Bas, en France, en Allemagne, au Luxembourg et au Royaume-Uni (tarifs d'août 2016). Compte tenu de la méthodologie utilisée, le Luxembourg n'a pas été retenu à la figure 18 car il ne respectait pas la « règle des 30% », utilisée dans le cadre de ladite étude (§ 77.1). Il n'y a donc eu aucune manipulation de données.

Quant au caractère obsolète des profils de consommation³³, 3SN omet de préciser que l'IBPT l'a mitigé en présentant un second graphique sans coût d'utilisation supplémentaire pour la téléphonie fixe³⁴. Il n'y a, du reste, aucun impact sur la délimitation des marchés de gros régulés en l'espèce.

Enfin, en ce qui concerne l'absence d'influence des tarifs de terminaison dans le prix des offres combinées³⁵, l'IBPT ne perçoit pas le sens de la remarque.

En résumé, 3SN ne parvient pas à apporter le moindre début de preuve des lacunes ou erreurs qu'elle reproche à l'IBPT d'avoir commises, et encore moins de l'impact direct et décisif que de telles erreurs auraient sur la nature des remèdes imposés sur le marché de gros.

Les griefs témoignent du mécontentement factuel de la SA 3STARSNET quant au résultat de l'analyse du marché effectué par le Conseil de l'IBPT (voir l'utilisation du terme « *que les remèdes réglementaires peuvent être radicalement différents* »), mais ces griefs - sans répercussion en droit, les principes de la bonne conduite administrative n'étant pas enfreints - ne justifient pas l'annulation de la Décision Attaquée en tout ou en partie.

S'il est exact que la SA 3STARSNET émet des critiques quant à la méthodologie adoptée par le Conseil de l'IBPT et quant à savoir s'il y a lieu de tenir compte (uniquement) des quatre opérateurs présents sur le marché de détail ou s'il faut étendre l'examen du marché aux opérateurs alternatifs, ces griefs ne constituent pas des erreurs manifestes d'appréciation.

VII.2.2. : Deuxième moyen, seconde branche : la prétendue absence de promotion d'une concurrence durable et efficace et/ou au profit du consommateur :

La SA 3STARSNET fait valoir :

« Dans ses tâches réglementaires, l'IBPT doit veiller à garantir un fonctionnement efficace de la concurrence. Ce principe cardinal est rappelé à l'article 8/1, c, de LCE ainsi qu'à l'article 8.5., c), de la Directive Cadre.

³³ Requête, § 32.

³⁴ Décision contestée, § 138, figure de gauche.

³⁵ Requête, § 32.



Une concurrence efficace ne se conçoit que dans la mesure où :

- *L'existence de la concurrence existante n'est pas menacée par une mesure prise par l'IBPT ; et/ou ;*
- *L'entrée sur le marché de nouveaux concurrents n'est pas entravée par une mesure prise par l'IBPT.*

La Décision Attaquée ne rencontre pas cette exigence de concurrence efficace. »

Elle admet que cet argument vise les menaces pour les opérateurs alternatifs entrants et donc pas pour elle-même.

Il est exact que la SA 3STARSNET justifie de l'intérêt requis au sens de l'article 17 du Code judiciaire pour introduire un recours contre la Décision attaquée (cfr. ce qui a été décidé dans l'arrêt interlocutoire), mais elle n'a cependant pas d'intérêt pour développer un argument qui est et reste sans intérêt pour elle. A supposer que les opérateurs entrants devraient subir des limitations de la concurrence, cet argument est sans objet en ce qui concerne la SA 3STARSNET – qui n'est pas un « opérateur alternatif entrant ». Nul ne plaide par Procureur, la SA 3STARSNET ne peut pas développer des arguments en faveur de tiers qui ne sont pas à la cause. Elle ne prouve d'ailleurs pas que le comportement critiqué dans l'argument lui porterait un préjudice quelconque.

La SA 3STARSNET émet la critique suivante :

« Dans la Décision Attaquée, l'analyse de marché de détail réalisée par l'IBPT est basée sur un regroupement des services de téléphonie fixe et des services de téléphonie mobile. L'IBPT estime que ces services seraient interchangeable ou substituables. Au contraire d'autres ARN³⁶, l'IBPT a toutefois fait le choix de réaliser deux analyses séparées du marché de gros de terminaison. La première analyse a été réalisée sur le marché de gros de la terminaison d'appel mobile et a débouché sur la décision du 26 mai 2017³⁷. La deuxième analyse a été réalisée sur le marché de gros de la terminaison d'appel fixe. Elle a débouché sur la Décision Attaquée prise en date du 20 novembre 2018. Dans ces deux analyses de marché, l'IBPT a pu identifier les opérateurs PSM actifs sur les deux marchés de terminaison.

A aucun moment, l'IBPT n'a examiné la position spécifique des opérateurs PSM qui sont actifs sur les deux marchés. A aucun moment non plus, dans la Décision Attaquée, l'IBPT ne s'est posé la question de savoir quelle influence la fixation d'un tarif de terminaison (ou d'une mesure réglementaire) sur un marché de terminaison pourrait exercer sur l'autre marché de terminaison.

La différence de niveau entre le MTR et le FTR exerce cependant une influence sur le marché de détail. La littérature scientifique montre, ainsi, que les services de téléphonie fixes et mobiles réagissent de manière concomitante lorsque les tarifs de terminaison d'appel évoluent. La fixation de MTR à un niveau plus élevé que les FTR exerce une influence sur le

³⁶ Dans ses conclusions principales, l'IBPT cite diverses décisions, dont la décision HR/2019/2139 de la Commission européenne relative à la situation de la Hongrie. Cette situation portait, suivant l'IBPT, à la fois sur la terminaison mobile et sur la terminaison fixe.

³⁷ Décision du Conseil de l'IBPT du 26 mai 2017 concernant l'analyse de marché 2 : terminaison d'appel mobile, consultable sur https://www.bjpt.be/public/files/fr/22254/2017-05-26_MTR_%20FR.pdf



marché de détail. Dans une étude de 2014, MM. HOERNIG, BOURREAU et CAMBINI relèvent ainsi un effet de « vases communicants » : lorsque les MTR sont plus élevés que les FTR, cela profite essentiellement aux opérateurs actifs sur le secteur de la téléphonie mobile. Les utilisateurs de services de téléphonie fixe ont tendance à désertier les services de téléphonie fixe au profit des services de téléphonie mobile.

[...]

La Décision Attaquée a engendré un tel effet de « vases communicants ». En effet, la Décision Attaquée a abaissé les FTR à un niveau inférieur aux MTR actuels. Les FTR ont été fixés comme suit :

Niveau d'interconnexion	Tarif Tarif de terminaison (c€ / minute)	
	Tarif actuellement en vigueur	Nouveau tarif
Local	0,502	Pas d'application
Intra Access Area	0,709	0,116
Extra Access Area	0,909	0,116

En comparaison, les tarifs de terminaison d'appel mobiles (MTR) ont été fixés à 0,99 c€/minute maximum dans la dernière décision du Conseil de l'IBPT du 26 mai 2017³⁸.

Le ratio entre les FTR et les MTR est dès lors de 1 (0,116 c€) à 9 (0,99 c€).

Pour des services de terminaison d'appels mobiles, les opérateurs mobiles perçoivent, en d'autres termes, des revenus 9 fois supérieurs aux revenus générés en faveur des opérateurs fixes qui terminent les appels.

1. Dans la pratique et pour cette raison supplémentaire, la Décision Attaquée va donc renforcer le pouvoir des gros opérateurs, qui peuvent proposer des services de téléphonie fixe et mobile et amoindrir la position des opérateurs alternatifs stand alone.

Cette situation, préjudiciable aux petits opérateurs alternatifs, est même aggravée par la circonstance que ceux-ci n'ont généralement qu'une seule interconnexion verront 100 % de leurs recettes fixes réduites par l'effet du nouveau tarif terminaison d'appel mais n'auront pas accès à ces nouveaux tarifs pour acheter la plupart de leurs minutes. »

L'IBPT répond notamment :

« En sollicitant de la Cour qu'un sort particulier soit réservé aux opérateurs « stand alone » ou à ceux de plus petite taille³⁹, c'est la réintroduction de charges de terminaison asymétriques

³⁸ Décision du Conseil de l'IBPT du 26 mai 2017 concernant le Marché 2 : terminaison d'appel mobile, consultable sur https://www.bipt.be/public/files/fr/22254/2017-05-26_MTR_%20FR.pdf.

³⁹ C'est-à-dire, selon 3SN, en faveur de 22 des 26 opérateurs régulés (conclusions de synthèse de 3SN, § 34, 3^{ème} alinéa).



qu'elle espère obtenir, alors qu'un tel régime est incompatible avec la recommandation du 7 mai 2009⁴⁰ et qu'il a été abandonné depuis la décision du 2 mars 2012⁴¹. »

La critique de la SA 3STARSNET concerne la méthodologie et le choix économique du Conseil de l'IBPT. Comme explicité ci-devant, la Cour des marchés « *n'est pas un organisme administratif instauré afin de prendre une nouvelle décision administrative en lieu et place du Conseil de l'IBPT dans le cadre d'un appel administratif* ».

La SA 3STARSNET ne contredit pas le troisième moyen de l'IBPT à savoir que le contrôle de prix imposé par la Décision Attaquée est compatible avec la Recommandation Tarifs de Terminaison, est cohérente avec les contrôles de prix en vigueur dans la grande majorité des Etats-membres, et constitue une transition nécessaire vers l'application future d'un tarif européen harmonisé. Il s'ensuit que le moyen de la SA 3STARSNET est dénué de fondement.

La SA 3STARSNET ne démontre pas que le contrôle de prix ne serait pas approprié aux défaillances concurrentielles identifiées sur le marché de gros de la terminaison fixe et/ou que la diminution des charges de terminaison au niveau des coûts incrémentaux ne permettrait pas à la concurrence de se développer dans des conditions équitables et aux consommateurs d'être adéquatement protégés.

Quels que soient les mérites des griefs de la SA 3STARSNET, sur l'analyse des marchés de détail, elle n'explique pas en quoi un quelconque de ces griefs aurait la moindre influence sur le niveau des tarifs de terminaison fixe sur le marché de gros, le seul enjeu du recours. Le moyen manque en fait.

La Décision Attaquée motive régulièrement son recensement et son analyse des marchés de détail. Elle tient compte de la Recommandation Marchés⁴² et des Lignes directrices de la Commission européenne⁴³, et est ainsi conforme à l'article 16, § 1^{er}, de la Directive Cadre et à l'article 8/1, § 2, de la LCE.

⁴⁰ Recommandation du 7 mai 2009, article 1^{er}: « (...) les ARN doivent fixer des tarifs de terminaison d'appel en fonction des coûts encourus par un opérateur efficace. Cela implique que les tarifs doivent aussi être *symétriques* » ; article 11 : « (...) les ARN doivent veiller à ce que les tarifs de terminaison d'appel soient mis en œuvre à un niveau de coût efficace et *symétrique d'ici au 31 décembre 2012* » ; l'IBPT souligne.

⁴¹ Décision du 2 mars 2012, §§ 381 et suivants.

⁴² Recommandation 2014/710/UE de la Commission du 9 octobre 2014 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, J.O. n° L 295 du 11 octobre 2014, p. 79.

⁴³ Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire de l'Union pour les réseaux et les services de communications électroniques, J.O. n° C 159 du 7 mai 2018, p. 1, spéc. §§ 33 à 44



VI.2.3. Deuxième moyen, troisième branche : la prétendue discrimination et/ou l'absence de prise en compte de la diversité:

VI.2.3.1.

La SA 3STARSNET fait valoir :

1. *La Décision Attaquée possède ainsi un **effet contre-productif**. En réduisant les FTR, elle crée un obstacle de fait pour les nouveaux entrants et met la pression sur les opérateurs alternatifs et/ou stand alone. L'activité de ces opérateurs est défavorisée par rapport à celles des gros opérateurs.*

Il en découle qu'en voulant favoriser la concurrence entre les opérateurs, la Décision Attaquée fait exactement le contraire.

2. *Outre le problème de concurrence démontré ci-avant, l'on peut considérer également que la Décision Attaquée crée une différence de traitement non raisonnablement justifiée entre les catégories d'opérateurs visés par cette décision. Cette situation est contraire à l'article 8.5., b), de la Directive Cadre, à l'article 8/1, § 1^{er}, b), de la LCE ainsi qu'aux dispositions légales, au sens le plus étendu, qui prohibent toute discrimination.*

L'IBPT fait valoir que la Recommandation Tarifs de Terminaison prévoit non pas que l'ARN « doit »⁴⁴, mais bien que l'ARN « peut juger utile de recouper les résultats d'un modèle ascendant avec ceux d'un modèle descendant de façon à produire des résultats aussi fiables que possible et à éviter les trop grandes divergences de coûts d'exploitation, de coûts d'investissement et de répartition des coûts entre un opérateur hypothétique et un opérateur réel »⁴⁵.

Cette faculté fait référence à la « *large marge d'appréciation [du régulateur] pour choisir et appliquer, au moment de l'examen des tarifs, la méthode de calcul des coûts (...) qu'il considère comme la plus appropriée* »⁴⁶.

L'IBPT en déduit :

« Les hypothèses, paramètres et critères choisis par l'IBPT dans son modèle sont conformes à la recommandation du 7 mai 2009 de la Commission européenne et, à présent, à l'annexe III du nouveau Code. Il n'y a aucune critique formulée par 3SN à propos des données brutes utilisées en entrée du modèle. Le résultat généré en sortie du modèle est conforme aux résultats observés dans la très grande majorité des Etats membres et replace la Belgique dans la moyenne européenne. La Commission européenne a validé aussi bien l'approche méthodologique et que le résultat chiffré issu du modèle de coûts. Aucune erreur manifeste d'appréciation n'existe en l'espèce.

Le concluant rappelle en outre que, s'agissant du contrôle d'un modèle de coûts, ce n'est pas l'erreur manifeste d'appréciation que la Cour sanctionne. Une telle erreur, fût-elle manifeste,

⁴⁴ Requête, § 55. L'IBPT souligne.

⁴⁵ Considérant 11 de la Recommandation du 7 mai 2009. L'IBPT souligne. Voy. également le point 3 de la Recommandation.

⁴⁶ Bruxelles, 4 avril 2008, 2007/AR/3394, point 20.



ne peut en effet donner lieu à annulation que si elle a un effet significatif sur les résultats produits par le modèle⁴⁷.

3SN ne démontre pas quelle erreur manifeste d'appréciation l'IBPT aurait commise, ni l'effet significatif que cette erreur aurait produit sur les résultats du modèle de coûts. Ce que 3SN demande, c'est que la Cour fasse elle-même œuvre réglementaire, en l'occurrence tarifaire, à la place du régulateur. Cette demande dépasse très largement le contrôle marginal que la Cour exerce en pareilles circonstances. Ce seul élément suffit à rejeter le moyen de 3SN relatif au modèle de coûts utilisé en l'espèce. »

Il s'ensuit qu'il n'est pas démontré par la SA 3STARSNET que la prétendue absence de prise en compte de la cohérence des pratiques réglementaires et du fonctionnement du marché intérieur, la prétendue absence de promotion d'une concurrence durable et efficace et/ou au profit du consommateur – discrimination – absence de prise en compte de la diversité et la prétendue incohérence du Modèle de coûts définis par l'IBPT avec les principes de la Recommandation Tarifs de Terminaison constitueraient des erreurs manifestes d'appréciation, et encore moins que ces prétendues erreurs – fussent-elles manifestes – ont eu un effet significatif sur les résultats produits par le modèle.

VII.2.3.2. Absence de protection efficace du consommateur : les vases communicants

La SA 3STARSNET invoque un 'effet *waterbed*' ou 'de vases communicants', en ce que la baisse des FTR aurait pour conséquence une hausse des tarifs de détail, au détriment des consommateurs. Selon elle, la Décision Attaquée contrevient aux objectifs énoncés à l'article 8.5., c), de la Directive Cadre et à l'article 8/1, § 1^{er}, c), de la LCE ⁴⁸.

L'article 8.5., c de la Directive Cadre stipule :

*« Art. 8 Objectifs généraux et principes réglementaires.
[...]*

*Afin de poursuivre les objectifs visés aux paragraphes 2, 3 et 4, les autorités réglementaires nationales appliquent des principes réglementaires objectifs, transparents, non discriminatoires et proportionnés, dont les suivants:
[...]*

c) préserver la concurrence au profit des consommateurs et promouvoir, s'il y a lieu, une concurrence fondée sur les infrastructures; »

L'article 8/1 § 1^{er}, c de la LCE dispose :

«Dans l'accomplissement des tâches qui lui incombent en vertu de la présente loi, l'Institut veille à appliquer des principes réglementaires objectifs, transparents, non discriminatoires et proportionnés, dont les suivants:

⁴⁷ Bruxelles, 16 mai 2012, 2010/AR/2003, point 41.

⁴⁸ Loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.



[...]

c) *préserver la concurrence au profit des consommateurs et promouvoir, s'il y a lieu, une concurrence fondée sur les infrastructures;* »

La SA 3STARSNET fait valoir :

« 79. Comme précisé plus haut, l'IBPT a analysé le risque d'un effet « waterbed » (« vases communicants », en cas de réduction des FTR. L'analyse de l'IBPT est cependant incorrecte et incomplète.

Dans la Décision Attaquée, l'IBPT définit l'effet « waterbed » comme étant le risque qu'une baisse des prix de terminaison entraîne une augmentation des « tarifs de détail » proposés par les opérateurs, pour équilibrer leurs tarifs. Autrement formulé, l'effet « waterbed » se rencontrerait dès qu'un opérateur compense la réduction du tarif de gros des FTR par une augmentation du tarif de détail lié à ces FTR.

L'IBPT précise que cet effet devrait être « partiel » ou « limité » :

« 695.3. Les comparaisons tarifaires internationales réalisées par la Commission européenne tendent à démontrer que l'effet « waterbed », s'il existe, devrait en tout état de cause être partiel en Belgique. On peut en effet observer que, si les tarifs de terminaison en Belgique sont proches de la moyenne, les tarifs téléphoniques de détail en Belgique se situent pour leur part au-dessus de la moyenne européenne.

695.4. Les revenus tirés de la terminaison d'appel fixe représentent entre 3 et 31 % des revenus de la téléphonie fixe des entreprises, mais représentent une part relativement faible (moins de 6 %) de leurs revenus totaux.

695.5. L'IBPT en conclut qu'un éventuel effet « waterbed » ne pourrait pas, en Belgique, être d'une ampleur telle qu'il remettrait en question les raisons, développées ci-dessus, d'orienter les prix de la terminaison fixe sur les coûts purement différentiels. »

L'IBPT omet toutefois de prendre en compte les données réelles et les études qui ont analysé l'impact d'une éventuelle diminution tarifaire imposée par la réglementation. »

L'IBPT répond notamment :

« 3SN ne démontre d'ailleurs pas quel serait le lien de causalité entre les augmentations de Proximus⁴⁹ sur le marché de détail et les tarifs de terminaison fixe, régulés en l'espèce. Du

⁴⁹ Communiqué de presse de Proximus du 31 octobre 2018 : « À partir du 1^{er} janvier 2019, Proximus ajustera légèrement le prix de ses Packs. Proximus investit massivement dans le déploiement de la fibre optique pour construire le réseau du futur et offrir la meilleure expérience à ses clients. À cette fin, Proximus ajustera le prix de ses packs avec environ 2 euros à partir du premier janvier 2019. Il est important de rappeler que les produits fixes dans les packs Tuttimus et Familus n'ont jamais fait l'objet d'une modification tarifaire depuis leur lancement en octobre 2016 ».



reste, de tels arguments sur le « waterbed effect » ont déjà été écartés par la Cour⁵⁰. Et ce n'est pas la doctrine citée par 3SN qui pourrait pousser la Cour à reconsidérer sa position sur ce point, a fortiori dans le cadre du contrôle marginal qu'elle effectue en l'espèce. Le législateur européen vient, en effet, de confirmer dans le récent Code que le marché de la terminaison fixe devait être régulé, qu'un contrôle de prix devait y être imposé, que ce contrôle de prix devait être basé sur les coûts incrémentaux et qu'une harmonisation plus poussée était nécessaire au niveau européen, et ce indépendamment ou nonobstant les effets que cette régulation tarifaire peut, le cas échéant, engendrer par ailleurs. »

La SA 3STARSNET conteste la Décision en tant que telle ; elle démontre que l'effet des vases communicants est concevable en théorie mais pas qu'il se vérifie pas en pratique, ni surtout que l'IBPT aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en ne le prenant pas en compte.

Il s'agit d'une discussion – en théorie - entre les auteurs cités par les différentes parties. La SA 3STARSNET conclut en ce qui concerne cette discussion comme suit :

« Les opérateurs fixes – et singulièrement les opérateurs fixes « stand alone » - qui sont ainsi confrontés à la baisse du trafic global, seront tentés de maintenir les prix actuels voire même de les augmenter de manière à compenser la baisse de revenus liés à la baisse des FTR. En définitive, le consommateur final qui opte pour les services de téléphonie fixe ne tirerait nullement profit de la baisse des FTR.

83. *La littérature citée par les parties adverses n'examine pas cette situation.*

L'on soulignera par ailleurs que les références reprises au point 102 des conclusions principales d'ORANGE ne sont guère pertinentes. Le Rapport de la Commission cité par ORANGE n'examine que l'effet des vases communicants qu'en ce qui concerne le marché de la téléphonie mobile (pièce 11 d'ORANGE, pages 15 et 21). Les tableaux repris dans ce même rapport s'arrêtent à l'année 2014 (pièce 11 d'ORANGE, page 21). »

La prétendue absence de prise en compte des analyses et/ou l'absence d'examen de la situation réelle du marché sont des critiques qui concernent le contenu - la décision discrétionnaire de l'IBPT – mais dont la SA 3STARSNET ne démontre pas s'être vérifiés dans la réalité. Ces critiques ne font pas la preuve d'une quelconque erreur manifeste ou d'une illégalité quelconque de la Décision.

⁵⁰ Bruxelles, 16 mai 2012, 2010/AR/2003 e.a., point 87 : « *Effet de vases communicants. (...) des tarifs de terminaison bas sont corrélés avec des prix de détail plus bas également, que le risque d'éviction de certains clients à faible consommation et de disparition de certains types d'offres est concevable en théorie mais ne se vérifie pas en pratique, et que le risque de hausse des prix de détail par un effet de vases communicants est assez limité compte tenu de la pression concurrentielle. Ces conclusions ne sont pas manifestement déraisonnables. En outre, les effets prédits par Mobistar ne paraissent pas s'être vérifiés dans la réalité alors que les tarifs applicables depuis le 1^{er} janvier 2011 sont déjà en partie déterminés en fonction de la méthode LRIC pure et se situent, dans le cas de Mobistar, à moins de la moitié du niveau antérieur (...). Le moyen est rejeté ».*

COVER 01-00001427619-0046-0054-05-02-1



La SA 3STARSNET critique en outre l'absence d'examen de la situation réelle du marché.

Elle fait valoir :

« 84. La seconde critique qui peut être formulée à l'encontre de la Décision Attaquée est liée au fait que l'IBPT n'a pas pris en compte les spécificités du marché belge du marché de détail de téléphonie fixe et, notamment, la position ultra-dominante de PROXIMUS et l'éventuelle réaction de celle-ci, en cas de diminution du tarif des FTR. L'IBPT se fonde uniquement sur une littérature ancienne (qui date de 2009 voire de 2011) , dans laquelle l'impact de la diminution des tarifs de terminaison mobile (« MTR ») avait été étudiée. »

Elle en déduit que l'IBPT n'aurait pas suffisamment tenu compte de la situation réelle et des conséquences négatives d'une réduction des FTR pour l'utilisateur final ce qui contrevient aux objectifs énoncés à l'article 8.5., c), de la Directive Cadre et de l'article 8/1, § 1er, c), de la LCE.

Cette branche du moyen requiert de la Cour qu'elle effectue elle-même une évaluation économique et méthodologique des choix discrétionnaires que le régulateur a posés dans le cadre et les limites de la marge d'appréciation du régulateur.

L'IBPT fait valoir – et la preuve du contraire n'est pas rapportée par la SA 3STARSNET – que les hypothèses, paramètres et critères choisis par l'IBPT dans son modèle sont conformes à la recommandation du 7 mai 2009 de la Commission européenne et, à présent, à l'annexe III du nouveau Code.

Au motif qu'il n'y a aucune critique formulée par la SA 3STARSNET à propos des données brutes utilisées en entrée du modèle, l'IBPT déduit que le résultat généré en sortie du modèle est conforme aux résultats observés dans la très grande majorité des Etats membres et replace la Belgique dans la moyenne européenne. Elle ajoute que la Commission européenne a validé aussi bien l'approche méthodologique que le résultat chiffré issu du modèle de coûts de telle sorte qu'aucune erreur manifeste d'appréciation n'existe en l'espèce.

S'agissant du contrôle d'un modèle de coûts, une erreur, fût-elle manifeste, ne peut donner lieu à annulation que si elle a un effet significatif sur les résultats produits par le modèle, ce que la SA 3STARSNET ne démontre pas.

Il n'appartient pas à la Cour des marchés qu'elle fasse elle-même œuvre réglementaire, en l'occurrence tarifaire, à la place du régulateur.

En cette branche, le moyen est rejeté.



VII.2.3.3. la prétendue suppression ou limitation d'une offre spécifique de services :

Selon la SA 3STARSNET, la Décision Attaquée aurait pour effet de favoriser les gros opérateurs.

En favorisant ces derniers, et plus singulièrement les opérateurs pouvant fournir des solutions « multiple play », la Décision Attaquée aurait ainsi pour effet de réduire sinon de supprimer la diversité des produits et des services offerts au consommateur final ainsi que la possibilité pour celui-ci de faire jouer la concurrence entre les opérateurs.

Le consommateur serait ainsi privé de la possibilité :

- d'obtenir plusieurs offres de téléphonie fixe concurrentielles ;
- de se constituer un « pack » sur mesure ou une « offre panachée ».

Selon la SA 3STARSNET, il existerait un marché (ou, à tout le moins, un segment de marché) spécifique de consommateurs qui sont enclins à opter pour cette solution d'« offre panachée ». Les entreprises ou les administrations, par exemple, opteraient volontiers pour des opérateurs différents selon le service de communication électronique envisagé, en vue de faire jouer la concurrence et de réduire leurs propres coûts.

La SA 3STARSNET en déduit que la Décision Attaquée posséderait un effet contre-productif contrevenant ainsi aux objectifs énoncés à l'article 8.5., c), de la Directive Cadre et à l'article 8/1, § 1er, c), de la LCE.

Il s'agit d'une critique de la Décision dans le cadre du pouvoir discrétionnaire de l'IBPT mais cette critique ne fait pas la preuve d'une quelconque erreur manifeste ou d'une illégalité quelconque de la Décision.

En effet, l'un des objectifs assignés à l'IBPT par la LCE est de veiller à ce que les utilisateurs retirent un bénéfice maximal en termes de choix, de prix et de qualité. Même si une mesure qui favorise les offres combinées devait favoriser certains opérateurs par rapport à d'autres, encore l'IBPT pourrait-il décider de donner la priorité à l'objectif de maximisation des choix offerts aux utilisateurs. La tâche de l'IBPT, placé face à une multitude d'objectifs à réaliser, qui parfois peuvent revêtir un caractère contradictoire et dont l'importance est variable en fonction de l'évolution de l'environnement à réguler, consiste essentiellement à concilier raisonnablement l'ensemble de ces objectifs ⁵¹.

En cette branche, le moyen est rejeté.

⁵¹ Bruxelles, 16 mai 2012, 2010/AR/2003 e.a., point 83.



VII.2.3.4. Les 'petits challengers' :

La SA 3STARSNET invoque encore :

« En conséquence, l'IBPT ne tient pas compte de la situation des petits challengers en croissance sur le marché belge des services téléphoniques publics et autres services vocaux (téléphonie vocale fixe).

Au point 73 de ses conclusions principales, ORANGE prétend que la concluante ne démontrerait pas que les lacunes ou les erreurs commises par l'IBPT dans son modèle de coûts constitueraient une erreur d'appréciation manifeste, qui pourrait entraîner la fixation de FTR à un niveau différent de celui fixé dans la Décision Attaquée. ORANGE estime que la preuve de ces deux conditions (erreur manifeste d'appréciation et situation différente en l'absence de cette erreur) devrait être réunie par la concluante. L'IBPT reprend, dans ses conclusions d'appel, une argumentation identique aux points 86 et suivants de ses conclusions principales.

Cette objection n'est pas sérieuse.

D'une part, les parties adverses perdent de vue que le moyen de la concluante se fonde sur le non-respect des dispositions du cadre réglementaire. La concluante n'invoque pas un moyen tiré d'une erreur manifeste d'appréciation. Il faut et il suffit que la concluante démontre que l'IBPT n'a pas respecté les conditions fixées par la Recommandation du 17 mai 2009 pour conduire à l'annulation de la Décision Attaquée. En l'espèce, la concluante y parvient.

D'autre part, à supposer même qu'il faille suivre les parties adverses la concluante démontre la réunion des deux conditions dont question ci-avant. L'absence d'approche méthodologique conforme à la Recommandation du 17 mai 2009 (qui imposait de tenir compte de la situation du marché et des opérateurs présents sur ce marché, dans leur ensemble) et la prise en compte des caractéristiques d'un seul opérateur, PROXIMUS, constituent une erreur d'appréciation manifeste. Il n'était pas raisonnable dans le chef de l'IBPT de prétendre à une modélisation « top-down » (fondé sur des caractéristiques théoriques d'un opérateur efficace) tout en se fondant exclusivement sur un seul opérateur existant, PROXIMUS. Cette erreur a, du reste, une influence sur la détermination des coûts, puisque l'IBPT ne prend pas en compte divers éléments, tels que les frais de transit, pour fixer les nouveaux FTR. »

Selon la Recommandation Tarifs de Terminaison, le modèle de coûts doit être basé sur un « opérateur efficace ».

D'après la Recommandation, cette exigence s'explique en raison de la crainte que les opérateurs de télécommunications ne soient pas incités à accroître leur efficacité s'ils obtiennent le paiement de tarifs de terminaison d'appel sur la base de leurs coûts réels.

La Recommandation exige également que le modèle soit basé sur la technologie la plus efficace disponible dans les délais du modèle, c'est-à-dire la technologie la plus récente. Ce modèle, appelé « réseau de nouvelle génération » (NGN), encourage les opérateurs à adopter la technologie la plus



récente, étant donné que leurs coûts ne sont pas entièrement compensés par les tarifs réglementés pour les technologies plus anciennes et moins efficaces.

Enfin, la Recommandation exige que l'opérateur efficace sur lequel le modèle est basé soit un opérateur qui offre une gamme complète de services sur le marché. Cela est requis parce que la structure des coûts des opérateurs n'offrant que certains services – le plus souvent les moins coûteux et les plus rentables – diffère de celle des autres opérateurs, et les opérateurs doivent être incités à offrir tous les services possibles par la fixation de tarifs réglementés à ce niveau.

L'opérateur efficace qui est ainsi envisagé comme base du modèle de coûts ne doit pas nécessairement être un opérateur totalement hypothétique. Afin de garantir que le modèle produise des résultats aussi réalistes que possible, la Recommandation encourage les ARN à comparer également la structure des coûts de leur opérateur hypothétique à celle d'un opérateur réel.

La Recommandation Tarifs de Terminaison remarque expressément que la situation des services de téléphonie fixe est telle que des opérateurs plus petits ne se trouvent pas nécessairement dans des situations significativement plus désavantageuses que l'opérateur historique.

La réglementation des opérateurs puissants sur les marchés de communications électroniques vise à améliorer leur efficacité et à promouvoir la concurrence entre les opérateurs, dans l'intérêt final des consommateurs. Il ne s'agit certainement pas de protéger les positions acquises par des opérateurs inefficaces.

Dans son arrêt du 15 septembre 2016⁵², la Cour de Justice décide (voir le dispositif point 2) :

« Le droit de l'Union européenne doit être interprété en ce sens qu'une juridiction nationale, saisie d'un litige relatif à la légalité d'une obligation tarifaire imposée par l'autorité réglementaire nationale pour la fourniture des services de terminaison d'appels fixe et mobile, peut apprécier la proportionnalité de cette obligation au regard des objectifs énoncés à l'article 8 de la directive 2002/21, telle que modifiée par la directive 2009/140, ainsi qu'à l'article 13 de la directive 2002/19, telle que modifiée par la directive 2009/140, et tenir compte du fait que ladite obligation tend à promouvoir les intérêts des utilisateurs finals sur un marché de détail qui n'est pas susceptible d'être réglementé.

Une juridiction nationale ne peut pas, lorsqu'elle exerce un contrôle juridictionnel d'une décision de l'autorité réglementaire nationale, exiger de cette autorité qu'elle démontre que ladite obligation réalise effectivement les objectifs énoncés à l'article 8 de la directive 2002/21, telle que modifiée par la directive 2009/140. »

La Cour des marchés fait sien le raisonnement de la Cour de Justice.

La SA 3STARSNET n'établit aucune illégalité, n'invoque aucune erreur manifeste d'appréciation et ne détermine pas quel serait l'impact chiffré de l'erreur prétendue sur le modèle de coûts qui a été utilisé par l'IBPT.

⁵² CJ, 15 septembre 2016, Koninklijke KPN NV e.a., C-28/15, EU:C:2016:692.

Comme seule influence possible sur la détermination des coûts, la SA 3STARSNET invoque l'absence de prise en considération des frais de transit, elle ne quantifie toutefois pas l'influence de tel frais.

La SA 3STARSNET ne peut pas obtenir l'annulation de la Décision Attaquée au seul motif que le modèle utilisé par l'IBPT n'est pas conforme au choix de la SA 3STARSNET.

L'IBPT n'est pas obligé de se conformer aux choix méthodologiques d'un opérateur soumis à sa régulation.

En cette branche le moyen de la SA 3STARSNET n'est dès lors pas fondé.

VII.2.4. Deuxième moyen, quatrième branche : le choix de l'opérateur hypothétique efficace, la prétendue incohérence du Modèle de coûts définis par l'IBPT avec les principes de la Recommandation du 7 mai 2009 :

La SA 3STARSNET prétend, mais ne prouve pas que l'IBPT aurait méconnu « le point 4 de la Recommandation du 7 mai 2009 [qui] impose aux ARN, dont l'IBPT, de prendre en compte, dans la détermination du modèle de coûts les « technologies efficaces et disponibles dans les délais prévus par le modèle ». Le considérant 12 de cette Recommandation ajoute que ces technologies doivent être prises en compte « dans la mesure où (elles) peuvent être identifiées » .

Concernant cette prétendue absence de prise en compte des technologies « efficaces et disponibles », la Décision établit que « pour ce qui concerne la modélisation des coûts, l'IBPT estime par ailleurs qu'il n'est pas déraisonnable que la transition de l'opérateur efficace modélisé se fasse graduellement sur une période de trois ans, à savoir 2018-2021 »⁵³. L'IBPT ajoute que « la durée de cette période est comparable à celle que Proximus prévoit pour la mise hors service de son réseau TDM »⁵⁴, dès lors qu'il estime qu'une « période de migration totale de 3 ans est raisonnable »⁵⁵. C'est en revanche au niveau du délai de migration effective par opérateur que la période de 12 mois a été suggérée à Proximus à compter de la demande raisonnable d'interconnexion IP⁵⁶.

Pour le surplus, l'IBPT précise que Proximus dispose déjà d'une offre commerciale d'interconnexion IP et qu'un contrat peut déjà être signé sur cette base. L'IBPT a également lancé une consultation préalable des parties intéressées concernant l'offre de référence de Proximus sur cette interconnexion IP.

La Recommandation Tarifs de Terminaison détermine la manière dont les ARN doivent calculer les tarifs de terminaison d'appel fixe et mobile, sauf si des motifs liés aux circonstances de l'espèce, en particulier des caractéristiques spécifiques du marché de l'Etat membre concerné, imposent de s'écarter de cette recommandation⁵⁷.

Le modèle de coûts utilisé par l'IBPT n'est pas basé sur Proximus, mais sur un **opérateur hypothétique efficace** (voy. § 666 de la Décision Attaquée).

⁵³ Décision , § 742.

⁵⁴ Décision , § 743.

⁵⁵ Décision , § 397.

⁵⁶ Décision , §§ 400 et suivants.

⁵⁷ C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Koninklijke KPN NV e.a. c. Autoriteit Consument en Markt*, aff. C-28/15, § 38.



Cependant, pour s'assurer que cet opérateur hypothétique efficace n'est pas totalement déconnecté de la réalité, l'IBPT le compare à Proximus. Par exemple:

*“Le modèle est basé sur la situation d’un opérateur efficace déployant un réseau de type NGN/NGA similaire au réseau All-IP de Proximus” (voy. Annexe F-3 ; souligné par la Cour)
« Cette approche veille à ce que les coûts résultant de la prestation de services soient comparables aux coûts des services offerts par Proximus. » (voy. Annexe F-4)*

L'article 3 de la Recommandation Tarifs de Terminaison autorise expressément l'IBPT à comparer son modèle de coûts aux données vérifiées d'un opérateur réel tel que Proximus.

Par ailleurs, l'IBPT s'écarte de la structure de coûts de Proximus lorsque cela est approprié pour modéliser un opérateur efficace.

Par exemple, étant donné que l'opérateur efficace utilisé dans le modèle doit utiliser la technologie la plus récente (NGN), l'IBPT a décidé de s'écarter du modèle de coûts de Proximus en ce qui concerne les coûts d'interconnexion et d'utiliser un opérateur efficace entièrement hypothétique (voir § 750 de la Décision Attaquée).

Il y a certes plusieurs façons de modéliser un opérateur hypothétique efficace, avec différents degrés de fiabilité des opérateurs existants ou des modèles théoriques.

La fixation des tarifs de terminaison sur la base des coûts différentiels d'un opérateur hypothétique efficace est la méthode déterminée par la Recommandation Tarifs de Terminaison qui devait être appliquée par l'IBPT.

La Décision Attaquée justifie les raisons pour lesquelles l'opérateur hypothétique efficace a été modélisé sur la base de la situation de l'opérateur historique Proximus. Une de ces raisons est que Proximus offre une large gamme de services (§ 732 et annexe F), comme requis par la Recommandation Tarifs de Terminaison.

Le fait que Proximus présente des spécificités que la SA 3STARSNET n'a pas, justifie précisément pourquoi le modèle de l'IBPT devait être fondé sur Proximus et pas sur des opérateurs qui n'offrent pas une large gamme de services, comme la SA 3STARSNET.

Il s'ensuit que le recours n'est pas fondé.

VIII. Décision :

VIII.1.

Le recours n'est pas fondé.

L'intervention volontaire de la SA ORANGE BELGIUM est fondée.

VIII.2.

Le SA 3STARSNET étant la partie succombante – dans le cadre de son recours contre l'IBPT -, elle doit être condamnée aux dépens de ce recours, taxés à l'indemnité de procédure de 1.440,00 € pour l'IBPT.

C'est à sa propre initiative que la SA ORANGE BELGIUM est intervenue volontairement. Elle n'a pas été citée ou appelée en intervention. La SA ORANGE BELGIUM n'est dès lors pas une partie envers laquelle la SA 3STARSNET aurait introduit un quelconque recours dans lequel cette partie aurait succombé.

En vertu de l'arrêt de la Cour de cassation du 30 juin 2016⁵⁸, la partie qui a succombé est tenue de payer une indemnité de procédure à la partie qui a obtenu gain de cause s'il existe une réelle relation procédurale entre ces parties. Cela suppose qu'une des parties introduise une action en justice tendant à faire condamner l'autre partie. Le simple dépôt de conclusions entre les parties, sans que l'une réclame quelque chose à l'autre, ne fait pas naître effectivement une relation procédurale justifiant une condamnation au paiement d'une indemnité de procédure par l'une des parties à l'autre. Il n'y est pas dérogé du fait que, nonobstant le défaut de relation procédurale effective, une condamnation aux dépens est réclamée à tort.

La SA ORANGE BELGIUM, doit dès lors prendre en charge ses propres dépens.

⁵⁸ C.15.0482.N.

Par Ces Motifs

La Cour des marchés,

Vu l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire,

Dit le recours de la SA 3STARSNET non fondé ;

Dit l'intervention volontaire de la SA ORANGE BELGIUM fondée ;

Condamne la SA 3STARSNET aux dépens, taxés à 1.440,00 € d'indemnité de procédure pour l'IBPT ;

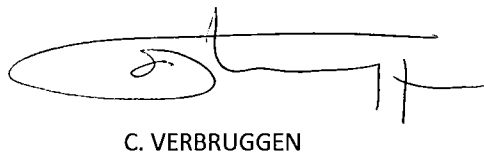
Dit que la SA ORANGE BELGIUM supportera ses propres dépens.

Cet arrêt a été prononcé à l'audience publique du 12 juin 2019 par

- | | |
|---------------|--------------------------|
| M. BOSMANS | Conseiller ff. président |
| K. PITEUS | Conseiller |
| C. VERBRUGGEN | Conseiller |
| D. GEULETTE | Greffier |



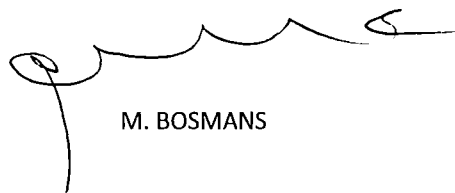
D. GEULETTE



C. VERBRUGGEN



K. PITEUS



M. BOSMANS

