

Expédition

Numéro du répertoire 20201639
Date du prononcé 22 janvier 2020
Numéro du rôle 2019/AR/1470

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

792-1705
 LLC. POD ELO
 vic iBOT

COVER 01-00001564585-0001-0042-15-01-1



La S.A. 3STARSNET (« 3STARSNET »), dont le siège social est sis à 1200 BRUXELLES (WOLUWE-SAINTE-LAMBERT), Gulledele, 92, inscrite auprès de la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0440.985.457, représentée par son conseil d'administration, partie requérante,

représentée par Maître Marc LOVENIERS, avocat à 1200 BRUXELLES, boulevard Brand Whitlock, 132, (marc.loveniers@d-lawfirm.be)

contre

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

représentée par Maîtres Philippe VERNET, Sébastien DEPRE et Florence HUMBLET, avocats à 1050 BRUXELLES, Place Eugène Flagey 7,

Vu les pièces de la procédure, et notamment :

- la décision du Conseil de l'IBPT du 9 juillet 2019;
- la requête en annulation déposée par 3STARSNET le 20 septembre 2019 contre ladite décision ;
- Vu les conclusions de l'IBPT du 4 novembre 2019 ;
- les conclusions de synthèse déposées le 4 décembre 2019 pour 3STARSNET ;
- les dossiers déposés par les parties¹.

Entendu les conseils des parties aux audiences publiques du 8 janvier 2020.

¹ L'IBPT a déposé les pièces du dossier administratif et celles de son dossier judiciaire par le dépôt d'une clé USB. 3STARSNET a déposé les pièces de son dossier judiciaire par le dépôt d'une clé USB.



I. LA DECISION CONTESTEE

1.

Le 9 juillet 2019, le Conseil de l'IBPT a adopté une décision portant réfection de la décision du Conseil de l'IBPT du 7 décembre 2018 relative au marché de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée et au marché de gros du départ d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée (ci-après « décision contestée »), en tenant compte du motif de l'annulation prononcée par la Cour des marchés (Bruxelles (19A ch.), 12 juin 2019, RG 2019/AR/258).

Cette décision est prise sur la base de l'article 14, § 2, 6°, de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges² (ci-après la « loi organique ») et reprend en annexe la décision d'analyse de marché du 7 décembre 2018 à l'identique, sans la modifier.

II. LE CONTEXTE FACTUEL

2.

3STARSNET se présente comme un opérateur de télécommunications alternatif belge, spécialisé dans le service à la clientèle des grandes entreprises, des grossistes, des PME et des consommateurs. Elle indique qu'elle ne dispose que d'un réseau fixe, qui utilise notamment la téléphonie IP/Cloud (« VoIP ») et que son réseau « 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 ».

Elle ne dispose d'aucun réseau mobile et n'est en mesure d'offrir 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).

3.

Elle est le deuxième fournisseur belge (après PROXIMUS, 3STARSNET n'a pas plus de 25% PDM) en termes de part de marché de numéros non géographiques, servant de support aux « services à valeur ajoutée » (autrement désignés sous l'acronyme « SVA » en français ou « VAS » en anglais).

² M.B., 24 janvier 2003.



4.

Sur ce marché des VAS, la clientèle de 3STARSNET n'est constituée que d'entreprises, belges ou étrangères. Les clients sont soit des « *services providers* » de VAS soit des intermédiaires commerciaux qui, à leur tour, mettent des numéros surtaxés à la disposition de leur propre clientèle (des courtiers ou des agrégateurs).

3STARSNET peut être considérée comme un challenger sur le marché belge des télécommunications. Elle indique qu'elle ne peut exister et se développer qu'en fournissant des services innovants et/ou plus abordables pour les clients que ceux de l'opérateur dominant sur le marché concerné, à savoir PROXIMUS.

III. LE CADRE LEGAL ET LA DECISION CONTESTEE

5.

Les règles primaires: liberté d'entreprendre, libre prestation de services, pratiques de commerce, protection des consommateurs, droit de la concurrence.

La lex specialis: régulation *ex ante* = encadrement transitoire de la transformation structurelle des marchés de communications électroniques, du monopole vers la concurrence.

IL EXISTE TROIS CRITÈRES CUMULATIFS :

1. Barrières élevées et non provisoires à l'entrée ;
2. Evolution insuffisante de la structure du marché vers une concurrence effective ;
3. Incapacité du droit de la concurrence à résoudre les défaillances de marché.



6.

Selon l'article 15 de la directive 2002/21/CE (ci-après, directive « cadre »)³, la Commission européenne doit adopter une recommandation sur les marchés pertinents de produits et de services. Cette 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 européenne définit les marchés en accord avec les principes du droit de la concurrence. Cette recommandation doit être mise à jour régulièrement.

7.

La Commission européenne a adopté trois recommandations de ce type.

1. La recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003⁴ a identifié les marchés de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle et non-résidentielle, comme marchés pertinents susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante*. Ces marchés sont identifiés comme les marchés n°1 et n°2. La recommandation a également identifié le marché de gros du départ d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée. Ce marché est identifié comme le marché n°8.

2. La Commission européenne a confirmé dans sa recommandation du 17 décembre 2007⁵ que les marchés de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée continuaient à présenter les caractéristiques justifiant une régulation *ex ante*. La Commission européenne ne fait cependant plus de distinction entre la clientèle résidentielle et non résidentielle. Ce marché de détail devient le marché n°1. Le marché de gros du départ d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée est maintenu dans la liste et devient le marché n°2.

³ 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, *J.O.C.E*, L 108, 24 avril 2002.

⁴ Recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003 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.C.E*, L 114, 8 mai 2003.

⁵ Recommandation de la Commission européenne du 17 décembre 2007 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.C.E*, L 344, 28 décembre 2007.



La liste des marchés pertinents susceptibles d'être régulés *ex ante* a été mise à jour en 2014.

3. Dans sa recommandation du 9 octobre 2014⁶, la Commission européenne a considéré que le marché de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle et non résidentielle et le marché de gros du départ d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée ne justifiaient plus de régulation *ex ante*, en raison notamment de l'évolution de leur structure concurrentielle et de l'abaissement des barrières structurelles à l'entrée⁷. La Commission européenne souligne toutefois que les autorités réglementaires nationales (ci-après « ARN ») peuvent continuer à analyser ces marchés (de détail et de gros) si les circonstances nationales le justifient, en leur appliquant le test des trois critères (la présence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée ; l'absence d'évolution vers une concurrence effective dans un délai déterminé et l'incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul aux défaillances du marché)⁸.

8.

L'IBPT a procédé à l'analyse de ces marchés, conformément à l'article 16 de la directive « cadre » et l'article 55 de la loi du 13 juin 2005 sur les communications électroniques (ci-après, « LCE »)⁹.

1. La première analyse de l'IBPT date de 2006. Dans ses décisions du 19 juin¹⁰ et 11 août¹¹, l'IBPT a considéré que les marchés de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée (marchés n°1 et n°2 de la recommandation de 2003) et de gros du départ d'appel (marché n°8 de la recommandation de 2003) devaient être régulés. Des obligations d'accès et d'interconnexion, de non-discrimination, de transparence, de séparation comptable et de contrôle tarifaire sont alors imposées à Belgacom (à présent « Proximus ») qui est considérée comme le seul opérateur puissant (« PSM ») sur ces marchés de gros et de détail.

Ces décisions ont fait l'objet de recours.

⁶ Recommandation de la Commission européenne 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.

⁷ *Ibid.*, considérant 25 et note explicative de cette recommandation du 9 octobre 2014, pp. 19-27.

⁸ *Ibid.*, considérants 21 et 22.

⁹ *M.B.*, 20 juin 2005.

¹⁰ https://www.bipt.be/public/files/fr/882/1998_fr_analyse_mk1mk2-060622_fr.pdf.

¹¹ https://www.ibpt.be/public/files/fr/905/1515_fr_analysemarche16_060810v2.pdf.



2. En 2013, l'IBPT a procédé à une deuxième analyse du marché de détail d'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle et non résidentielle déterminée (marché n°1 de la recommandation de 2007). Dans sa décision du 31 janvier 2013¹², l'IBPT y conclut que ce marché de détail doit continuer à être régulé. Des obligations d'accès et d'interconnexion, de non-discrimination, de transparence, d'information, de publication des indicateurs de qualité des services, de transparence et de séparation comptable, et de contrôle tarifaire sont imposées à Belgacom qui est toujours considéré comme un opérateur puissant (« PSM »). L'obligation de fournir les services de départ d'appel est maintenue au niveau de gros.

3. En 2018, l'IBPT a procédé à une nouvelle analyse (i) du marché de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée (marché n°1 de la recommandation de 2014) et (ii) du marché de gros du départ d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée (marché n°2 de la recommandation de 2014). C'est la décision d'analyse de marché annexée à la décision contestée.

9.

L'IBPT constate que le marché de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée ne répond plus aux trois critères justifiant une régulation *ex ante*¹³. En conséquence, l'IBPT supprime les obligations précédemment imposées à Proximus sur ce marché, en ce compris la faculté offerte aux utilisateurs raccordés à son réseau de faire usage de la fonctionnalité CS/CPS¹⁴.

10.

Une période de transition est toutefois prévue et découle d'une proposition émanant de Proximus, de manière volontaire, et figurant dans l'annexe A jointe à la décision d'analyse de marchés. Proximus continuera ainsi à exécuter, en faveur des consommateurs, les services CS et CPS aux conditions actuelles jusqu'au 31 décembre 2019¹⁵.

¹² https://www.bipt.be/public/files/fr/20980/Tour2+-+Marché1_07.pdf.

¹³ Décision d'analyse de marché, Section 8.5.

¹⁴ Décision d'analyse de marché, §§ 325 et suivants.

¹⁵ Décision d'analyse de marché, § 335.



11.

L'IBPT analyse ensuite le marché de gros du départ d'appel.

L'IBPT présente les deux formes de collecte d'appel fournies sur le marché de gros (c'est-à-dire entre opérateurs de communications électroniques), à savoir le **départ d'appel CS/CPS** et le **départ d'appel VAS**¹⁶.

12.

Une attention particulière est accordée à la chaîne de valeur des appels VAS¹⁷.

L'IBPT envisage ensuite la définition du marché pertinent du départ d'appel. Il estime tout d'abord qu'il n'est plus justifié d'inclure le départ d'appel CS/CPS dans le périmètre du marché pertinent¹⁸.

13.

L'IBPT fait donc le choix de se concentrer sur le départ d'appel VAS¹⁹.

L'IBPT conclut que le **marché de gros du départ d'appel fixe** est circonscrit au **service de départ d'appel VAS**, indépendamment de la technologie utilisée, et présente une dimension géographique nationale.

14.

Selon l'IBPT il ressort de l'analyse que le deuxième critère n'est plus rempli. Dans ces conditions, conformément à l'article 16 de la directive « cadre » et l'article 55 de la LCE, le marché n'est plus susceptible d'être régulé *ex ante*. L'IBPT se voit obligé de supprimer les obligations précédemment imposées à Proximus par la décision du 19 juin 2006²⁰.

15.

Proximus a toutefois décidé de mettre en place une période de transition, dans un addendum à son offre de référence qui est joint à la décision d'analyse de marché. Celui-ci prévoit que Proximus continuera à fournir, sur une base volontaire, jusqu'au 31 décembre 2019, les

¹⁶ Décision d'analyse de marché, Section 10.1, « Introduction et chaîne de valeur », §§ 342 et suivants.

¹⁷ Décision d'analyse de marché, §§ 348 et suivants.

¹⁸ Décision d'analyse de marché, § 362.

¹⁹ Décision d'analyse de marché, § 369.

²⁰ Décision d'analyse de marché, §§ 440 et suivants.



produits de gros de départ d'appel pour les services à valeur ajoutée aux mêmes conditions que celles précédemment régulées.

16.

La décision a prévu trois mécanismes pour pallier toute difficulté²¹.

- D'une part, des procédures de conciliation sont prévues pour résoudre les difficultés auxquelles 3STARSNET pourrait être confrontée²².
- D'autre part, l'IBPT dispose d'une compétence de règlement de litiges, que le législateur lui a spécifiquement attribuée pour intervenir dans ce genre de situations²³. L'article 4 de la loi du 17 janvier 2003²⁴, telle que modifiée en 2017, dispose ainsi que « *sans préjudice du droit pour toute partie de saisir une juridiction, (...) en cas de litige entre les fournisseurs de services ou de réseaux de communications électroniques (...), l'Institut prend une décision administrative contraignante dans un délai de quatre mois (...) selon la procédure fixée par le Roi* ».
- Enfin, si ces outils devaient apparaître insuffisants pour résoudre les difficultés futures, l'IBPT dispose encore d'une compétence spécifique, basée sur l'article 51 de la LCE, lui permettant d'imposer des obligations symétriques, en dehors de toute analyse de marché, c'est-à-dire indépendamment d'un constat de puissance significative (« PSM ») sur le marché du départ d'appel²⁵.

17.

Selon l'IBPT aucun élément nouveau n'est apparu à la suite de la décision d'analyse de marché du 7 décembre 2018 et il était donc parfaitement justifié de réadopter cette analyse de marché à l'identique dans la décision contestée, sans la modifier, ni la compléter, ni l'actualiser.

²¹ Décision d'analyse de marché, §§ 449 et suivants.

²² Décision d'analyse de marché, §§ 449-450.

²³ Décision d'analyse de marché, § 451.

²⁴ 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 télécommunications belges, M.B., 24 janvier 2003 ; ci-après « loi recours ».

²⁵ Décision d'analyse de marché, §§ 452-455.



IV. OBJET DU RECOURS

18.

Par voie de la requête déposée le 20 septembre 2019 et des conclusions de synthèse, 3STARSNET demande à la Cour des Marchés de :

- *déclarer son recours en annulation recevable et fondé ;*
- *Ce fait :*
 - o *A titre principal : annuler la Décision Attaquée du 9 juillet 2019 en toutes ses dispositions ;*
 - o *A titre subsidiaire : annuler partiellement la Décision Attaquée, en tant qu'elle reprend la Décision du 7 décembre 2018 et qu'elle dérégule le marché de gros de départ d'appel vers des numéros non géographiques sur le réseau téléphonique public fixe ;*
- *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 € ;*

19.

Par voie de ses conclusions, l'IBPT demande à la Cour des Marchés de déclarer le recours en annulation de 3STARSNET recevable mais non fondé.

MOYENS/ARGUMENTS INVOQUÉS PAR 3STARSNET

20.

A l'appui de son recours, 3STARSNET présente et développe les moyens suivants :

A TITRE LIMINAIRE – EFFETS DE LA DECISION DU 9 JUILLET 2019 PORTANT REFECTION

1. **ABSENCE DE MOTIVATION MATERIELLE (PREMIER MOYEN) – ANNULLATION TOTALE DE LA DECISION ATTAQUÉE (RÉPONSE AU MOYENS 1 ET 2 DE L'IBPT)**

- **MOTIVATION MATÉRIELLE INEXISTANTE**
- **MOTIVATION MATÉRIELLE CONTRADICTOIRE**



2. *ABSENCE D'ACTUALISATION EFFECTIVE DES MESURES PREPARATOIRES – ABSENCE DE MOTIVATION MATERIELLE ET ATTEINTE AU DEVOIR DE MINUTIE – VIOLATION DES FORMES SUBSTANTIELLES (DEUXIÈME MOYEN) – ANNULATION TOTALE DE LA DÉCISION ATTAQUÉE – RÉPONSE AU MOYEN 2 DE L'IBPT*
3. *ABSENCE D'ACTUALISATION EFFECTIVE DES MESURES PREPARATOIRES — VIOLATION DES FORMES SUBSTANTIELLES (TROISIÈME MOYEN) – ANNULATION TOTALE DE LA DÉCISION ATTAQUÉE – RÉPONSE AUX MOYENS 3 ET 4 DE L'IBPT*
4. *VIOLATION D'UNE FORME SUBSTANTIELLE - ABSENCE DE NOTIFICATION ET DE CONSULTATION DE L'ORECE ET DES AUTRES REGULATEURS (QUATRIÈME MOYEN) – ANNULATION TOTALE DE LA DÉCISION DU 7 DÉCEMBRE 2018 - RÉPONSE AUX MOYENS 3 ET 4 DE L'IBPT*
5. *MECONNAISSANCE DES REGLES DE PREUVE POUR PROCEDER A LA DEREGULATION - ERREURS MANIFESTESTE D'APPRECIATION – DEFAUT DE MOTIVATION FORMELLE (CINQUIÈME MOYEN) - ANNULATION PARTIELLE DE LA DÉCISION ATTAQUÉE (EN TANT QU'ELLE REPREND LA DÉCISION DU 7 DÉCEMBRE 2018)*
 - *ANALYSE TRÈS SUCCINCTE*
 - *CONCLUSIONS HÂTIVES FONDÉES SUR DES SUPPOSITIONS*
6. *DÉFAUT DE MOTIVATION ET MAUVAIS USAGE DES COMPÉTENCES - ERREURS MANIFESTESTE D'APPRECIATION – MÉCONNAISSANCE DES DEVOIRS DE MINUTIE ET DE PRUDENCE (SIXIÈME MOYEN) - ANNULATION PARTIELLE DE LA DÉCISION ATTAQUÉE (EN TANT QU'ELLE REPREND LA DÉCISION DU 7 DÉCEMBRE 2018) – RÉPONSE AU MOYEN 5 DE L'IBPT*
 - *AMALGAME ENTRE DEUX MARCHÉS DISTINCTS DE DÉPART D'APPEL*
 - *MÉCONNAISSANCE DES CARACTÉRISTIQUES ESSENTIELLES DU MARCHÉ DE GROS DE DÉPART D'APPEL FIXE VAS*
7. *ABSENCE DE PROMOTION D'UNE CONCURRENCE DURABLE ET EFFICACE (SEPTIÈME MOYEN) - ANNULATION PARTIELLE DE LA DÉCISION ATTAQUÉE (EN TANT QU'ELLE REPREND LA DÉCISION DU 7 DÉCEMBRE 2018)*
 - *ABSENCE DE PRISE EN COMPTE DE LA POSITION PARTICULIÈRE DE PROXIMUS*
 - *ABSENCE DE PRISE EN COMPTE DES BARRIÈRES EXISTANTES À L'ENTRÉE*
 - *GOULET D'ETRANGLEMENT AU NIVEAU DU DEPART D'APPEL*
 - *ABSENCE DE PRISE EN COMPTE DE LA NÉCESSAIRE INTERCONNEXION*



- *SUJETION ET DEPENDANCE DES SERVICE PROVIDERS*
 - *ABSENCE D'EFFICACITE DEMONTREE DES MESURES EX POST PROPOSEES PAR L'IBPT*
8. *ABSENCE DE PRISE EN COMPTE DES INTERETS DE L'UTILISATEUR FINAL – DISCRIMINATION (HUITIÈME MOYEN) - ANNULLATION PARTIELLE DE LA DÉCISION ATTAQUÉE (EN TANT QU'ELLE REPREND LA DÉCISION DU 7 DÉCEMBRE 2018) – RÉPONSE AU MOYEN 7 DE L'IBPT*
9. *VIOLATION DU DEVOIR DE TRANSPARENCE ET D'IMPARTIALITE (NEUVIÈME MOYEN) - ANNULLATION PARTIELLE DE LA DÉCISION ATTAQUÉE (EN TANT QU'ELLE REPREND LA DÉCISION DU 7 DÉCEMBRE 2018) – RÉPONSE AU MOYEN 9 DE L'IBPT*

MOYENS INVOQUÉS A L'APPUI DE LA DÉFENSE

21.

1. *Moyen 1 : la décision contestée a été adoptée conformément aux exigences prescrites par l'article 14, § 2, 6°, de la loi organique ; les conditions légales prévues pour l'adoption d'une décision de réfection étant rencontrées dans les circonstances de l'espèce, l'IBPT était parfaitement habilité à y recourir, à la suite et pour tenir compte des motifs de l'arrêt de la Cour des marchés du 12 juin 2019.*
2. *Moyen 2 : La décision contestée repose sur des motifs exacts, pertinents et suffisants ; aucune circonstance de fait ne justifiait de modifier le contenu de la décision d'analyse de marché ; les critiques de 3STARSNET à cet égard manquent en fait et en droit.*
3. *Moyen 3 : Le projet d'analyse de marché a été soumis aux consultations prévues par les articles 55 et 141 de la LCE ; dès lors, d'une part que l'annulation prononcée par la Cour d'appel concerne une modalité procédurale postérieure aux consultations prévues par la LCE, d'autre part que la décision de réfection n'a pas modifié le contenu ni les conclusions de la décision résultant de ces consultations, et que par conséquent les arrêts de la Cour d'appel dans les affaires 2015/AR/196 et 2016/AR/1725 ne sont pas transposables en l'espèce, l'IBPT ne devait pas, dans ces circonstances particulières, reconsulter les parties en question sur le projet de décision de réfection.*
4. *Moyen 4 : La Commission européenne, les autorités réglementaires nationales et l'ORECE ont été informés de la consultation organisée par l'IBPT sur le projet de décision d'analyse de marché ; une notification leur a été adressée ; le projet de décision d'analyse de marché et les motifs sur lesquels elle se fonde ont été mis à leur disposition ; la possibilité d'émettre des observations en toute connaissance de cause leur a été donnée ; l'adoption de la décision d'analyse de marché a suivi un processus conforme au prescrit procédural de l'article 141 de la LCE, lequel transpose l'article 7, § 3, de la directive « cadre » ; le moyen de 3STARSNET tiré de la violation d'une formalité substantielle manque en fait ; il doit être rejeté.*



5. *Moyen 5, à titre subsidiaire : si la Cour devait considérer insatisfaisante la manière dont l'IBPT « consulte la Commission européenne, l'ORECE et les autorités réglementaires nationales des Etats membres » conformément à l'article 141 de la LCE, il incomberait à la Cour de poser une question préjudicielle à la Cour de justice sur la compatibilité des modalités de mise en œuvre adoptées par la Commission européenne afin d'assurer l'effectivité du mécanisme de consolidation du marché intérieur des communications électroniques au sein de l'Union européenne, notamment l'utilisation de la plateforme « CIRCABC » et le recours aux procédés et formulaires prévus par la recommandation 2008/850/CE, avec l'article 7 de la directive « cadre ».*
6. *Moyen 6 : 3STARSNET ne démontre pas concrètement en quoi la définition du marché de gros de départ d'appel et l'analyse du test des trois critères révéleraient une erreur manifeste d'appréciation dans le chef de l'IBPT ; le moyen de 3STARSNET est dénué de fondement.*
7. *Moyen 7 : La méthode suivie quant à l'appréciation de la nécessité de réguler ex ante le marché de gros du départ d'appel est conforme aux dispositions légales ; le test des trois critères est un préalable à l'analyse de la puissance significative de marché, mais ne se confond pas avec celle-ci ; le constat qu'un seul des trois critères n'est pas rempli dans les circonstances nationales suffit à mettre un terme à l'analyse ; le moyen de 3STARSNET doit être rejeté.*
8. *Moyen 8 : Un marché qui, dans les circonstances nationales, n'est pas susceptible d'être régulé doit être dérégulé s'il l'était précédemment ; vu les objectifs poursuivis par la directive « cadre » et la loi, ce prescrit est, par essence, compatible avec la promotion de la concurrence et la protection des utilisateurs finaux ; aucune erreur manifeste d'appréciation ne peut être reprochée à l'IBPT ; le moyen de 3STARSNET est dénué de tout fondement.*
9. *Moyen 9 : La dérégulation du marché du départ d'appel était prévisible depuis l'adoption de la recommandation du 9 octobre 2014 ; en l'espèce, cette dérégulation est intervenue quatre ans plus tard ; compte tenu du délai écoulé depuis l'adoption de la recommandation et de l'engagement volontaire de Proximus de maintenir les effets de la régulation abrogée jusqu'au 31 décembre 2019, il n'était pas nécessaire d'imposer une période transitoire supplémentaire ; le moyen de 3STARSNET doit être rejeté.*
10. *Moyen 10 : En adoptant la décision contestée et la décision d'analyse de marché, l'IBPT a respecté et appliqué les principes généraux de droit administratif de transparence et d'impartialité.*
11. *Moyen 11, à titre subsidiaire : Si la Cour devait accueillir les moyens de 3STARSNET relatifs au fond de l'analyse du marché du départ d'appel VAS, l'annulation doit être limitée aux seules dispositions de la décision contestée traitant de ce marché, à l'exclusion par conséquent de l'analyse et en l'occurrence de la dérégulation du marché de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée et du départ d'appel CS/CPS.*



V. RECEVABILITÉ

22.

En vertu de l'article 2, § 2 de la loi IBPT-recours : « Les recours sont formés, à peine de nullité prononcée d'office, par requête signée et déposée au greffe de la cour d'appel de Bruxelles dans un délai de **soixante jours** à partir de la notification de la décision ou à défaut de notification, après la publication de la décision ou à défaut de publication, après la prise de connaissance de la décision » (mise en évidence ajoutée).

23.

Selon le site internet de l'IBPT, celui-ci a publié la décision contestée (adoptée le 9 juillet 2019) sur son site internet le 24 juillet 2019, date à partir de laquelle 3STARSNET a pu en prendre connaissance. Partant le recours, introduit le 20 septembre 2019, l'a été dans le délai légal et est recevable, ce qui n'est d'ailleurs pas contesté.

VI. DISCUSSION

A TITRE LIMINAIRE

a) Compétence discrétionnaire et contrôle juridictionnel

24.

Pour la définition du marché litigieux, l'analyse des conditions de la concurrence qui y prévalaient et l'imposition ou la suppression des remèdes critiqués, l'IBPT a reçu du législateur belge et du cadre réglementaire européen une **compétence discrétionnaire d'appréciation relativement large**. Il doit néanmoins fonder sa décision sur des motifs de droit et de fait adéquats.

25.

Lorsque, par l'effet de la loi *sensu lato* (c'est-à-dire par l'effet d'une disposition communautaire d'effet direct, d'une loi interne ou d'un acte réglementaire interne) l'IBPT dispose d'une compétence discrétionnaire, le principe de la séparation des pouvoirs entre les autorités administratives et le pouvoir judiciaire, interdit à la Cour des marchés de substituer son appréciation à celle de l'IBPT uniquement pour des raisons d'opportunité. Sur les appréciations discrétionnaires de l'IBPT, le contrôle de la Cour des marchés doit se limiter à vérifier si, au vu des éléments dont il avait connaissance lors de l'adoption de la décision et compte tenu des règles applicables, l'IBPT a commis une **erreur manifeste d'appréciation**.



26.

Certes, la compétence de pleine juridiction qui lui a été conférée par le législateur permet à la Cour des marchés, non seulement d'annuler une décision de l'IBPT pour incompétence, violation des formes substantielles ou prescrites à peine de nullité, défaut de motivation adéquate ou enfin, détournement de pouvoir, mais également de substituer sa décision à celle de l'IBPT dont elle aura préalablement constaté l'illégalité, lorsque l'IBPT avait l'obligation d'adopter elle-même la décision en cause et pour autant que cette substitution puisse s'accomplir sans porter atteinte à une règle de procédure ou de concertation qui présidait à l'adoption de ladite décision par l'IBPT elle-même. Dans l'exercice de ce pouvoir de pleine juridiction, la Cour des marchés doit néanmoins respecter les limites du débat judiciaire. Sous réserve des moyens d'office touchant à l'ordre public et de l'interprétation qu'il conviendrait d'accorder aux moyens soulevés devant elle, elle doit limiter son examen aux moyens invoqués par la requérante et aux moyens de défense de la partie adverse.

27.

L'accueil d'un moyen d'annulation conduit à l'annulation totale ou partielle de la décision entreprise. L'annulation opère *erga omnes* puisqu'elle fait disparaître la décision individuelle ou réglementaire de l'ordonnancement juridique. En règle, l'annulation agit avec effet rétroactif; la décision mise à néant est réputée n'avoir jamais existé pour le passé. Dans le présent cas, une annulation de la décision du 9 juillet 2019 (tel que sollicitée par 3STARSNET) impliquerait que le marché de gros de départ de appel fixe continuerait à être réglé par la décision du 11 août 2006, dans laquelle l'IBPT a considéré (dans un contexte tout à fait différent du contexte actuel) que les marchés de gros du départ d'appel (marché n°8 de la recommandation de 2003) devaient être régulés.

b) Appel ordinaire et recours devant la Cour des marchés

28.

Les décisions des Régulateurs en matière des secteurs des postes et télécommunications belges peuvent faire l'objet d'un recours en pleine juridiction devant la Cour des marchés statuant comme en référé.

29.

Ce recours devant la Cour des marchés suppose 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'État – voir l'article 14 des lois coordonnées en matière du Conseil d'État).

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).

30.

Une action en justice ne peut pas être utilisée de façon dysfonctionnelle. Il s'agit d'une compétence liée tendant à permettre au titulaire d'un droit matériel d'atteindre un objectif spécifique, en particulier la sécurisation effective de son droit subjectif.

Par arrêt du 3 juin 2011 la Cour de cassation a notamment considéré:

« Selon les travaux parlementaires, la cour d'appel peut, en principe, substituer entièrement son appréciation à celle du conseil de la concurrence et peut non seulement annuler mais aussi réformer la décision faisant l'objet de l'appel et rendre une décision remplaçant la décision attaquée.

Même si elle dispose d'un pouvoir de pleine juridiction, la cour d'appel de Bruxelles joue néanmoins dans le maintien de la loi sur la concurrence un rôle spécifique qui ne s'identifie pas entièrement au rôle du conseil de la concurrence.

Lorsqu'un appel non limité est formé contre une décision du conseil à propos d'une pratique de concurrence restrictive et qu'une pratique restrictive est constatée et une amende, infligée, la cour d'appel de Bruxelles n'est pas obligée de procéder à une nouvelle instruction ou de décider de soumettre de son propre chef des éléments de l'instruction aux débats en vue de la constatation de l'infraction.

En ce qui concerne la procédure, elle peut limiter le contrôle notamment aux questions si les prescriptions de la procédure et les conditions de la motivation sont respectées.

Quant au fond de la cause, elle peut aussi limiter le contrôle à la question 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 cour d'appel appréciant 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 .

Elle doit, sur la base des faits certains admis par la cour d'appel elle-même ou par le conseil, décider si les pratiques restrictives sont établies ou non. Elle doit déterminer elle-même si une amende éventuelle est due et quel est son montant, sur la base des éléments retenus.



Le moyen est entièrement fondé sur le fait que la cour d'appel de Bruxelles est chargée de la même mission que le conseil de la concurrence et est tenue d'apprécier la cause elle-même sans limitation.

Dans cette mesure, le moyen manque en droit. »

31.

Pour qu'une décision administrative du Régulateur puisse être annulée par la Cour des marchés, le requérant doit prouver – et ne pas seulement prétendre que – :

- les règles de procédure ne sont pas respectées ;
- les exigences de motivation ne sont pas respectées ;
- les faits sont relatés de façon inexacte ;
- il y a une erreur manifeste d'appréciation ;
- la qualification juridique des faits est erronée ;
- les éléments de preuve invoqués démontrent que la décision administrative du Régulateur était manifestement erronée ;
- le cadre factuel ne peut pas soutenir les conclusions tirées par le Régulateur.

c) L'obligation de mentionner les «moyens de fait et/ou de droit»

32.

Le législateur a cherché à contraindre le plaideur à une certaine rationalisation dans la rédaction de ses écritures afin d'aider, corrélativement, le juge, à respecter au mieux son obligation de motivation.

Conformément à l'article 744 du Code judiciaire :

« Les conclusions contiennent également, successivement et expressément :

(...)

3° les moyens invoqués à l'appui de la demande ou de la défense, le cas échéant en numérotant les différents moyens et en indiquant leur caractère principal ou subsidiaire ».

33.

L'obligation pour le concluant d'indiquer ses moyens en les numérotant a été introduite par l'article 12 de la loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice (M.B., 22 octobre 2015 (première éd.)) (loi dite « Pot-Pourri I »), entré en vigueur le 15 novembre 2015.



L'article 780 du Code judiciaire dispose, lui, que :

« Le jugement contient, à peine de nullité, outre les motifs et le dispositif:

3° l'objet de la demande et la réponse aux moyens des parties exposés conformément à l'article 744, alinéa 1^{er} ; (...) ».

Il découle de la combinaison de ces deux dispositions que le juge n'est tenu, au regard de son obligation de motivation, que de répondre aux moyens présentés selon les formes prévues à l'article 744, 3° du Code judiciaire. Cet allègement de la tâche du juge a été voulu dans une optique de rationalisation des ressources de la justice.

L'indication de moyens numérotés suppose par ailleurs 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.

34.

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* » (C. Parmentier, *Comprendre la technique de cassation*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 85, n° 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'ULB, Anthémis, 2015, p. 88, n° 12).

De plus, les moyens peuvent porter sur des faits ayant des conséquences juridiques (moyens de fait), en ce compris de pures contestations factuelles (par exemple, est-ce que ce fait ayant des conséquences juridiques s'est produit ou non?), ou sur le droit applicable à des faits donnés ou sur les conséquences juridiques générées par ce droit (moyens de droit).

35.

En application du principe de concentration des moyens, les parties ont l'obligation de soumettre à la Cour tous les moyens, de fait et de droit, principaux et subsidiaires, numérotés qui sont susceptibles de soutenir une prétention donnée. Par ces mentions obligatoires, le législateur entend davantage responsabiliser les parties et rationaliser l'obligation de motivation du magistrat.

La Cour des marchés exerce son office au regard des seuls moyens et conclusions dont elle est saisie par les parties au procès. Certes, le fait qu'elle dispose de pleine juridiction lui confère de réelles possibilités d'interprétation. Mais interprétation ne signifie pas



substitution ; elle ne saurait donc voler, en quelque sorte, au secours des protagonistes du litige si ceux-ci se montrent défaillants, sauf à statuer ultra petita, ce qui est formellement prohibé.

Des sanctions sont donc bel et bien liées au non-respect des prescriptions formelles : le magistrat ne répond pas aux moyens qui ne sont pas présentés correctement.

36.

Dans le cas d'espèce les conclusions de 3STARSNET ne répondent pas tout à fait à cet objectif et la Cour ne tiendra compte – dans le cadre de son obligation de motivation, articles 780, 3° du Code judiciaire *juncto* article 149 de la Constitution et l'article 6 de la CEDH – que des moyens tels qu'explicitement libellés par 3STARSNET (p. ex. « Absence d'actualisation effective – absence de motivation matérielle et atteinte au devoir de minutie – violation des formes substantielles » conclusions 3Starsnet). La Cour n'est pas obligée de répondre à des écritures qui ne constituent ni un moyen de fait, ni un moyen de droit.

d) Conditions de la réfection d'une décision annulée.

37.

L' article 14, § 2, 6° de la loi organique prévoit :

« L'institut 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. [...] »

38.

Dès lors, la décision de réfection :

1. Ne doit pas modifier l'étendue du champ d'application de la décision annulée

= Analyse de marché réadoptée à l'identique, sans en modifier ni le contenu ni les conclusions

2. Doit respecter les motifs de l'annulation



= Procédure de vote réalisée conformément à l'AR 19 avril 2014 (ROI), à l'unanimité des quatre membres du Conseil, physiquement présents, valablement convoqués, informés et documentés. Ceci n'est pas contesté.

3. Doit se fonder sur un des objectifs prévus aux articles 6 à 8 de la LCE.

C'est sur la base de cette disposition que la décision contestée a été adoptée par l'IBPT. Les trois conditions légales sont rencontrées en l'espèce.

SUR LES GRIEFS DE 3STARSNET RELATIFS A LA DECISION DU 9 JUILLET 2019 ET LEUR DISCUSSION

a) GRIEFS RELATIFS A LA MOTIVATION INEXISTANTE / CONTRADICTOIRE

39.

Le paragraphe 10 de la Décision Contestée est rédigé comme suit :

« La Cour des marchés n'a toutefois pas abordé le contenu de la décision d'analyse de marché annulée et n'a donc pas critiqué celle-ci a fortiori. La présente décision ne modifie pas le contenu de la décision d'analyse de marché ni sa conclusion. L'IBPT n'a pas identifié de nouveaux développements ou évolutions récents sur les marchés concernés qui l'obligeraient à revoir le contenu ou la motivation de l'analyse. » (la cour souligne)

En page 14, point 34 :

« Depuis la finalisation de cette analyse de marché, l'IBPT n'a constaté aucune évolution ou aucun développement nouveau ou différent des éléments prospectifs dont il a tenu compte dans son analyse de marché et qui aurait, le cas échéant, nécessité de revoir les conclusions de celle-ci. »

40.

Dans son premier moyen, 3STARSNET reproche à l'IBPT de ne pas pouvoir démontrer qu'il a procédé à un nouvel examen des marchés analysés. 3STARSNET en déduit une violation du principe de motivation matérielle des actes administratifs.

Il incombait à l'IBPT, en premier lieu, d'asseoir sa décision sur une motivation objective et raisonnable, susceptible d'être comprise et contredite par 3STARSNET et contrôlée par la Cour des marchés.



41.

Il ne suffit cependant pas que 3STARSNET se contente de critiquer des aspects de la motivation jugés (par 3STARSNET) lacunaires, il faudrait au moins qu'elle rende plausible, ce qu'elle ne fait pas, que si tel ou tel nouveau développement avait été identifié, l'analyse aurait pu aboutir à une autre régulation, voire à une abstention de réguler. 3STARSNET tente ainsi de déplacer la charge de la preuve vers l'IBPT.

42.

Le pouvoir de contrôle de la Cour des marchés sur les constatations de fait opérées par l'IBPT s'étend, notamment, à l'inexactitude matérielle de ces constatations résultant des pièces du dossier, à la dénaturation des éléments de preuve, à la qualification juridique de ceux-ci et à la question de savoir si les règles en matière de charge et d'administration de la preuve ont été respectées.

L'appréciation de l'IBPT selon laquelle en un laps de temps d'à peine 7 mois l'IBPT n'aurait pas identifié de nouveaux développements ne saurait pas, en principe, être remise en cause devant la Cour des marchés.

Lorsque 3STARSNET critique le principe que l'IBPT n'a pas davantage motivé le fait qu'il n'existe pas de nouveaux développements, il n'incombe pas à l'IBPT de fournir une autre motivation que celle qui est fournie. La seule critique « en théorie » ne discrédite pas l'affirmation de l'IBPT.

Le moyen n'est pas fondé.

b) GRIEFS RELATIFS A L'ABSENCE D'ACTUALISATION / MOTIVATION MATERIELLE

43.

Dans son deuxième moyen²⁶, 3STARSNET reproche à l'IBPT de ne pas avoir actualisé l'analyse de marchés afin de s'assurer de la pertinence et de l'adéquation des motifs de la décision de réfection. 3STARSNET critique également la précipitation avec laquelle l'IBPT a procédé à la réfection de la décision d'analyse de marché, à la suite de l'annulation prononcée par la Cour

²⁶ Conclusions de synthèse de 3STARSNET, §§ 41 et suivants.



des marchés et considère que cette manière de procéder n'est pas conforme au devoir de minutie.

S'agissant du marché de gros du départ d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée, traité aux chapitres 10, 11 et 12 de la décision d'analyse de marché, aucune révision ne se justifiait, non seulement parce que le motif de l'annulation prononcée par la Cour de marchés est étranger à cette analyse, mais également parce que « *l'IBPT n'a pas identifié de nouveaux développements ou évolutions récents sur les marchés concernés qui l'obligeaient à revoir le contenu ou la motivation de l'analyse* »²⁷.

44.

L'IBPT n'a pas décidé d'ignorer les circonstances de fait survenues depuis l'adoption de la décision d'analyse de marché, le 7 décembre 2018. Mais il faut tenir compte (i) de la nature de l'exercice visé par l'article 55 de la LCE, (ii) des caractéristiques du marché analysé en l'espèce, (iii) des circonstances propres à la réfection, (iv) de la mission générale de contrôle et de surveillance dont est investi l'IBPT, (v) de l'inactivation des procédures de conciliation et de règlement des litiges depuis le 7 décembre 2018 et (vi) des pouvoirs spécifiques dont dispose l'IBPT en la matière.

45.

3STARSNET elle-même n'avance aucun élément nouveau, propre au fonctionnement du marché analysé, qui permettrait de considérer que l'analyse prospective effectuée dans la décision d'analyse de marché est déjà dépassée ou obsolète, sept mois seulement après avoir été finalisée.

Il ne suffit pas de prétendre que des développements nouveaux auraient pu survenir depuis le vote litigieux ayant mené à l'annulation de la décision d'analyse de marché du 7 décembre 2018 ; il faut pour la requérante démontrer concrètement en quoi cette analyse prospective, qui anticipe la structure du marché pour les années à venir, ne serait déjà plus valable sept mois après avoir été finalisée.

²⁷ Décision contestée, § 10, 3^{ème} alinéa.



46.

Le premier argument invoqué par 3STARSNET concerne un projet d'analyse de marché du régulateur irlandais²⁸. Ce projet n'a aucun impact sur le contenu et la conclusion de l'analyse de marché de l'IBPT *correspondant aux circonstances nationales soit belges*.

47.

Le second argument invoqué par 3STARSNET porte sur une évolution réglementaire, apparue récemment, en l'occurrence l'adoption d'un arrêté royal et d'un arrêté ministériel²⁹.

Cette réglementation ne concerne pas directement le marché du départ d'appel vers les numéros VAS comme le reconnaît 3STARSNET dans ses conclusions³⁰. Les arrêtés en question concernent la fourniture de contenu sur le marché de détail.

3STARSNET n'apporte aucune preuve de ce que les motifs de la décision de réfection ne seraient pas pertinents et / ou adéquats.

Le moyen n'est pas fondé.

c) GRIEFS RELATIFS A L'ABSENCE D'ACTUALISATION / CONSULTATION

48.

Dans son troisième moyen, 3STARSNET reproche à l'IBPT une violation des formalités substantielles, en raison d'une part de la longue période écoulée et de l'absence d'actualisation des données entre la consultation sur le projet de décision d'analyse de marché et l'adoption de la décision de réfection, ce qui serait contraire aux articles 8/1, § 1^{er}, a) et 55, § 1^{er}, de la LCE, et d'autre part de l'absence de consultation sur le projet de décision de réfection en violation de l'article 141 de la LCE.

49.

L'IBPT fait valoir que le projet d'analyse de marché a été soumis aux consultations prévues par les articles 55 et 141 de la LCE ; dès lors, d'une part que l'annulation prononcée par la Cour des marchés concerne une modalité procédurale postérieure aux consultations prévues par la LCE, d'autre part que la décision de réfection n'a pas modifié le contenu ni les conclusions de

²⁸ Conclusions de synthèse de 3STARSNET, § 44, pp. 38-40.

²⁹ Conclusions de synthèse de 3STARSNET, § 44, pp. 40-42.

³⁰ Conclusions de synthèse de 3STARSNET, § 44, p. 41.



la décision résultant de ces consultations, et que, par conséquent, les arrêts de la Cour d'appel dans les affaires 2015/AR/196 et 2016/AR/1725 ne sont pas transposables en l'espèce, l'IBPT ne devait pas, dans ces circonstances particulières, reconsulter les parties en question sur le projet de décision de réfection. Dès lors, il n'est pas établi que la trajectoire décisionnelle préparatoire est viciée.

50.

La Cour des marchés observe qu'en vertu des dispositions légales mentionnées ci-dessus, l'IBPT n'est pas automatiquement obligé de tenir « à nouveau » une consultation.

Les dispositions légales (indiquées dans le moyen) doivent être interprétées raisonnablement, et il n'y a aucune raison pour que cette interprétation mène à des règles plus strictes que le contenu que les législateurs (Européens et nationaux) donnent aux textes utilisés. Après la consultation, il est de la responsabilité de l'IBPT de prendre de façon autonome une décision. Cette décision doit - en conformité avec les règles légales - tenir compte des observations obtenues et doit être dûment motivée.

Le projet de décision d'analyse de marché a été soumis aux consultations prévues par la LCE, avant annulation (pour raisons strictement procédurales). Dès lors que la décision de réfection s'est contentée de ré-adopter l'analyse de marché à l'identique, sept mois seulement après avoir été finalisée, aucune nouvelle consultation ne devait être organisée³¹.

Le moyen n'est pas fondé.

d) GRIEFS RELATIFS A L'ABSENCE DE CONSULTATION DE L'ORECE ET DE LA CE

51.

Par son quatrième moyen³², 3STARSNET soutient que, s'il semble bien que le projet de décision d'analyse de marché ait été notifié aux autres ARN et à l'ORECE, cette communication a été réalisée de manière succincte et imprécise, sans indiquer qu'une dérégulation du marché de départ d'appel pour les VAS était envisagée. 3STARSNET en déduit que ces instances n'ont donc pas été mises en possession de toutes les données concernant le projet de décision et que l'IBPT n'a pas correctement coopéré avec elles.

³¹ C.E., 18 mai 2004, n°131.568, *Piret-Gérard*.

³² Conclusions de synthèse de 3STARSNET, §§ 50 et suivants.



52.

L'IBPT indique qu'il a « *notifié* » son projet de décision en envoyant les documents requis vers la plate-forme CIRCA³³. L'IBPT précise à cet égard que cette notification est intervenue conformément aux dispositions de la Recommandation du 15 octobre 2018³⁴. Il en déduit que ces étapes seraient suffisantes pour se convaincre du respect de la procédure de notification et de consultation.

Il ressort de pièces déposées par l'IBPT³⁵ que la Commission européenne, les autorités réglementaires nationales et l'ORECE ont été informés de la consultation organisée par l'IBPT sur le projet de décision d'analyse de marché ; une notification leur a été adressée ; le projet de décision d'analyse de marché et les motifs sur lesquels elle se fonde ont été mis à leur disposition ; la possibilité d'émettre des observations en toute connaissance de cause leur a été donnée ; l'adoption de la décision d'analyse de marché a suivi un processus conforme au prescrit procédural de l'article 141 de la LCE, lequel transpose l'article 7, § 3, de la directive « cadre ».

53.

La Cour ne considère nullement comme 'insatisfaisante' la manière dont l'IBPT « *consulte la Commission européenne, l'ORECE et les autorités réglementaires nationales des Etats membres* », tout ceci est fait conformément à l'article 141 de la LCE.

Le *nihil obstat* de l'ORECE et de la CE renforce la cohérence de la décision de réfection de l'IBPT.

C'est donc en conformité avec le cadre réglementaire que l'IBPT a pris cette décision de réfection et a notifié celle-ci.

Le moyen de 3STARSNET tiré de la violation d'une formalité substantielle manque en fait.

³³ Conclusions principales de l'IBPT, point 52.

³⁴ Conclusions principales de l'IBPT, point 54.

³⁵ Il s'agit des pièces 39-45 du dossier de l'IBPT pour la Commission Européenne, des pièces 30-38 du dossier de l'IBPT pour les Régulateurs et de la pièce 29 du dossier de l'IBPT pour l'ABC.



SUR LES GRIEFS DE 3STARSNET RELATIFS A LA DECISION DU 7 DECEMBRE 2018 ET LEUR DISCUSSION

a) GRIEFS RELATIFS A L'ABSENCE DE PREUVE MANIFESTE POUR PROCEDER A LA DEREGULATION

54.

3STARSNET reproche à l'IBPT de ne pas apporter une preuve manifeste que le marché pertinent a (déjà) évolué vers une concurrence effective :

En l'espèce, il y a lieu de constater que l'IBPT méconnaît ces règles probatoires.

Dans les étapes préparatoires ayant mené à l'adoption de la Décision du 7 décembre 2018 et de la Décision Attaquée, l'IBPT ne livre aucune « preuve manifeste » d'une évolution vers une concurrence effective sur le marché 2.

L'IBPT perd en outre de vue que, dans la mesure où il supporte la charge de la preuve d'une telle évolution, il doit livrer une démonstration exempte de tout doute et fondée sur des éléments factuels sinon irréfutables, à tout le moins vérifiables.

De tels éléments factuels font défaut en l'espèce.

55.

3STARSNET objecte également que l'IBPT se contente de conditionnels, d'affirmations non démontrées ou de vagues allégations et que cela n'équivaut pas à livrer des « preuves manifestes ». Se contenter d'une analyse succincte des caractéristiques ou du public-cible des services de téléphonie fixe, cela n'équivaut pas non plus selon 3STARSNET à rapporter une preuve manifeste de ce que le marché tendrait à devenir concurrentiel. Cette prétendue méconnaissance des règles probatoires démontre, toujours selon 3STARSNET, que l'IBPT a commis de nombreuses erreurs d'appréciation, tant en ce qui concerne la charge probatoire que les éléments factuels qu'il devait récolter et analyser, pour asseoir la Décision du 7 décembre 2018. Il y a dès lors lieu d'annuler la Décision Contestée, en tant qu'elle reprend la Décision du 7 décembre 2018 et l'annulation doit porter sur la partie de cette dernière décision, relative au marché de gros de départ d'appels non géographiques.

En résumé, par le biais de ce grief, 3STARSNET fait plusieurs reproches à l'IBPT :

- Analyse succincte ;
- Suppositions, conclusions hâtives ;



- Affirmations non démontrées ;
- Absence de prise en compte des spécificités VAS ;
- Absence de prise en compte des besoins de certaines catégories d'utilisateurs.

56.

La Cour des marchés cite le considérant 15 de la Rec. 2014 de la Commission européenne en son entièreté :

(15) Même lorsqu'un marché est caractérisé par des barrières élevées à l'entrée, d'autres facteurs structurels peuvent avoir pour effet que le marché tende quand même à devenir effectivement concurrentiel dans un délai déterminé. Tendre à évoluer vers une concurrence effective signifie que le marché sera en situation de concurrence effective sans réglementation ex ante au cours de la période de référence, ou après cette période à condition que des preuves manifestes d'une dynamique favorable sur le marché soient recueillies au cours de la période de référence. La dynamique du marché peut procéder, par exemple, d'évolutions technologiques ou de la convergence de produits et de marchés, qui peut donner lieu à des pressions concurrentielles entre opérateurs actifs sur des marchés de produits distincts. C'est aussi le cas des marchés comprenant un nombre limité, mais suffisant, d'entreprises qui se distinguent par leur structure de coûts et répondent à une demande élastique par rapport au prix. Il peut également arriver qu'un excédent de capacités sur un marché encourage des entreprises rivales à augmenter très rapidement leur production à chaque hausse de prix. Sur ces marchés, on peut observer une variation dans le temps des parts de marché et/ou des baisses de prix.

L'IBPT doit apporter des preuves manifestes d'une dynamique favorable sur le marché concerné mais elle ne doit pas apporter la preuve manifeste d'une concurrence effective.

Pour la Cour des marchés, la motivation peut être exprimée succinctement, à condition qu'elle soit suffisante et claire.

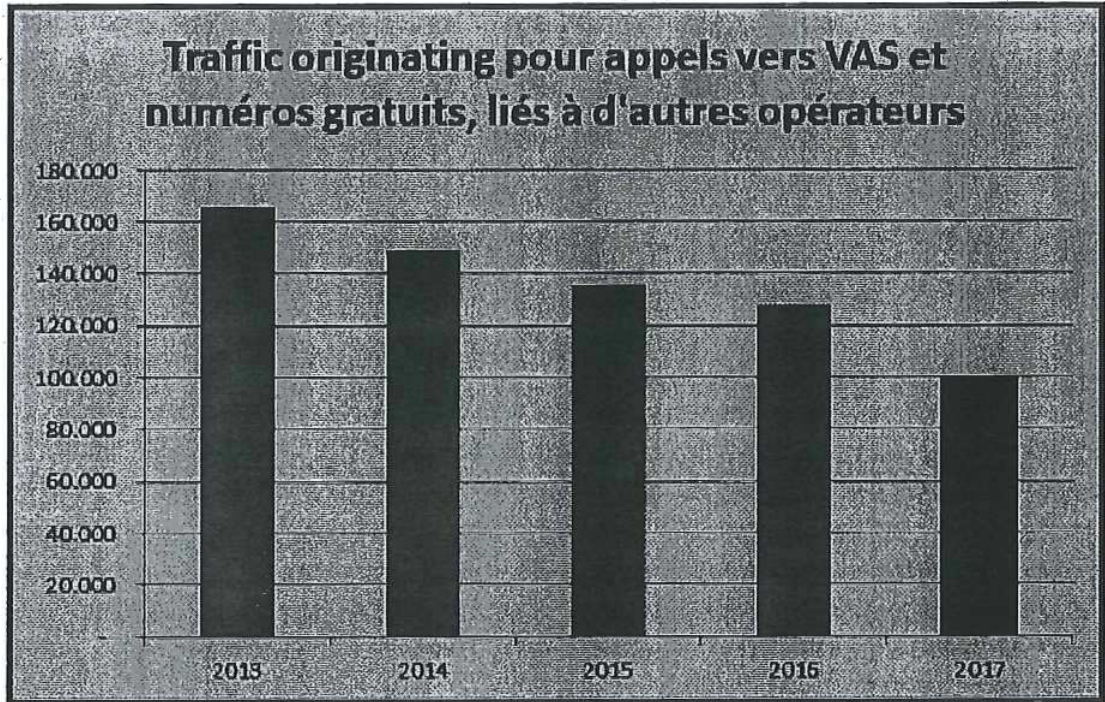
En effet, une tendance vers la concurrence effective n'implique pas nécessairement que le marché va atteindre le statut de concurrence effective endéans la période d'analyse. Cela veut simplement dire qu'il y a des preuves claires d'une dynamique dans le marché, endéans la période d'analyse, qui indiquent que le statut de concurrence effective sera atteint dans un futur proche sans régulation ex ante dans le marché concerné.

57.

Dans la Décision Contestée, l'IBPT relève et constate que (par. 411-425 de la Décision Contestée) :

« 411. Comme illustré à la Figure 38, le marché de gros du départ d'appel vers les numéros VAS diminue fortement année après année. Entre 2016 et 2017, le nombre d'appels établis vers des numéros VAS et vers des numéros gratuits a diminué de 22 %.





412. La part des appels non géographiques par rapport au trafic total diminue aussi d'année en année et le nombre de minutes d'appel vers des numéros non géographiques représente encore moins de 5 % du nombre total de minutes d'appel.



11.2.2. Parts de marché

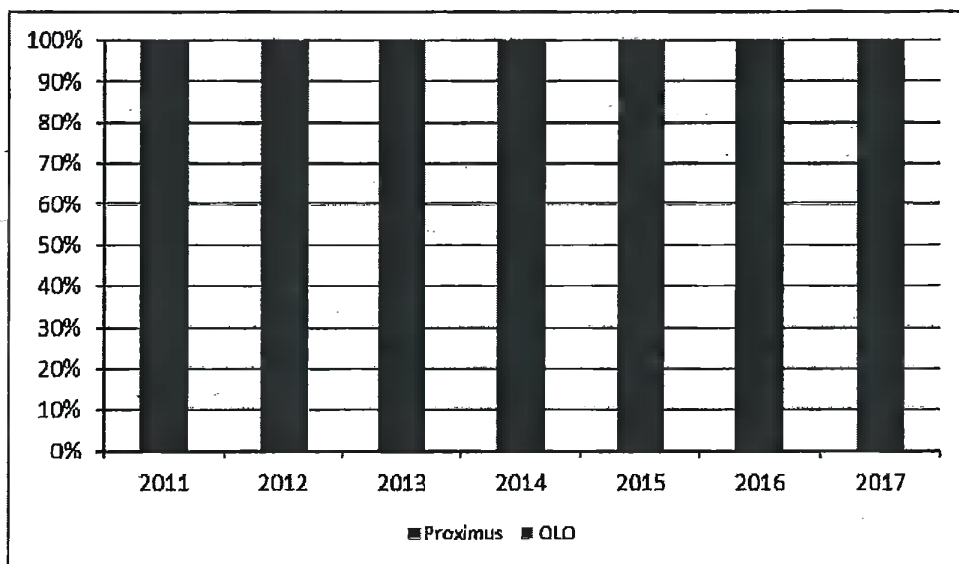


Figure 39 : part de marché de Proximus sur le marché du départ d'appel de gros vers les numéros VAS (source : IBPT, 2018)¹⁸²

413. Au vu de sa part de marché de plus de 40 %, Proximus doit être considéré comme un opérateur dominant. L'IBPT reconnaît que Proximus a toujours une part de marché assez élevée, mais renvoie à la tendance à la baisse des parts de marché de Proximus et à d'autres facteurs qui font que Proximus connaît également une pression de parties qui ne sont pas forcément actives sur le marché.

414. Dans son document de travail accompagnant les lignes directrices PSM 2018, la Commission européenne indique ce qui suit : « In the recent Article 7 case practice the Commission has recalled that the existence of high market shares (but below 50 %) only means that the operator concerned 'might' have SMP and other factors besides market share need to be relied upon to establish single SMP. »

11.2.3. Contraintes concurrentielles exercées sur le départ d'appel VAS

415. Pour rappel, le départ d'appel VAS a pour objectif de permettre à un fournisseur de services connecté à un réseau de recevoir les appels de clients connectés à un autre réseau. Le service en gros du départ d'appel VAS consiste donc à ce que l'opérateur de cet autre réseau achemine l'appel du client appelant au réseau de l'opérateur du fournisseur de services.

416. Conformément au cadre réglementaire, l'IBPT analyse ci-dessous les différentes formes de contraintes concurrentielles qui s'exercent sur le marché du départ d'appel, y compris les contraintes qui s'exercent depuis l'extérieur du marché.

417. Le fournisseur de services a plusieurs solutions pour recevoir des appels vers ses numéros non géographiques, parmi lesquelles :

- être hébergé sur un seul réseau, qui achètera le départ aux autres réseaux ;



- être accessible on-net sur plusieurs réseaux pour restreindre au maximum l'utilisation du départ et la terminaison de deux opérateurs¹⁸⁵ ; le numéro est attribué à un seul réseau, mais tout autre réseau peut acheminer l'appel sur une connexion on-net avec ce numéro si le détenteur de ce numéro le demande ;
- étant donné le coût d'une connexion à plusieurs réseaux, le fournisseur de services peut partager ce coût en souscrivant aux services d'un intermédiaire qui possède une passerelle connectée à plusieurs réseaux, voire à des réseaux étrangers, et lui transférera les appels via une infrastructure IP (exemple : IP Modus) ;

418. À la section précédente, il a été constaté que la part des appels VAS collectée par Proximus était en diminution constante. Cette diminution témoigne d'une pression concurrentielle exercée par les autres opérateurs qui collectent des appels VAS.

419. Une autre explication de la diminution du volume des appels VAS et de la part de marché de Proximus est que de plus en plus de services précédemment proposés via des numéros non géographiques sont à présent également proposés via Internet (entre autres des robots conversationnels) ou des services SMS (premium).

420. La diminution du nombre d'appels VAS en faveur des autres canaux montre donc que la pression concurrentielle des canaux alternatifs est effective et non purement théorique.

421. Un robot conversationnel (chatbot ou bot) est un interlocuteur automatisé qui fournit des réponses. De plus en plus d'entreprises y ont recours pour soutenir leurs conversations avec les consommateurs. En raison de son caractère automatisé, un robot conversationnel représente une alternative bon marché pour répondre aux questions simples. Les robots conversationnels peuvent par exemple être utilisés comme service clientèle. Les meilleurs robots conversationnels peuvent offrir des communications personnalisées et interactives qui donnent l'impression de discuter avec un collaborateur du helpdesk ou un vendeur, mais à une échelle bien plus importante et moins onéreuse que les call centers. En outre, les robots sont disponibles 24 heures sur 24, 7 jours sur 7 et ne connaissent pas de files d'attente.

422. Il ressort du Global CX Benchmarking Rapport de Dimension Data (2017), qui a interrogé 1351 entreprises de 80 pays, que 4,2 % des entreprises belges y ont déjà recours, alors que 29 % d'entre elles souhaitent introduire des robots dans les deux prochaines années. Des entreprises comme Ethias, vacature.com, l'INAMI, Truvo et IKEA les utilisent déjà. Selon certains observateurs, d'ici 2020, les robots conversationnels assureront 85 % des interactions avec les clients.

423. En raison de l'arrivée de l'internet, certains services sont disponibles gratuitement sur la toile et occupent en partie la place de services précédemment proposés par des fournisseurs de services via des numéros payants.

424. De même, l'accès à l'internet mobile permet aux utilisateurs d'accéder directement à ces informations limitées sur Internet et de ne plus devoir faire appel à certains services téléphoniques à valeur ajoutée. L'importance de ce marché diminue ainsi systématiquement.



425. Le rétrécissement du marché peut donc être vu comme un signal d'évolution du marché vers une situation de concurrence effective de par la concurrence de formes de communication alternatives.

58.

3STARSNET ne démontre pas concrètement en quoi la définition du marché de gros de départ d'appel et l'analyse du test des trois critères (l'IBPT commence et termine son évaluation avec le critère de l'évolution vers la concurrence effective = deuxième critère de la recommandation susmentionnée) révéleraient une erreur manifeste d'appréciation dans le chef de l'IBPT.

La conclusion tirée par l'IBPT est que le marché du départ d'appel fixe ne répond plus aux critères fixés par la Commission européenne pour justifier une régulation *ex ante*³⁶. Cette conclusion est en ligne avec la dernière recommandation sur les marchés pertinents.

59.

L'IBPT relève et démontre l'évolution vers la concurrence effective par le biais de :

- La contraction des volumes (5% du total des appels) ;
- La diminution de la PDM de Proximus ;
- La pression des opérateurs alternatifs (câble) ;
- La pression concurrentielle connexe (robots, SMS, services *online*, ... ;
- L'engagement pris par Proximus ;
- Le départ d'appel mobile qui n'est pas régulé.

60.

En l'espèce, l'IBPT a examiné la mesure dans laquelle le marché du départ d'appel vers des numéros non géographiques remplissait les trois critères dans les circonstances nationales³⁷. Il a conclu par la négative³⁸. Pour rappel, « le non-respect d'un seul des trois critères signifie qu'un marché ne doit pas être considéré comme susceptible d'être soumis à une réglementation *ex ante* »³⁹. Cette conclusion a mis un terme définitif à l'analyse de l'IBPT.

L'IBPT n'avait tout simplement pas à examiner si Proximus disposait toujours d'une « puissance significative sur le marché » au sens de l'article 14, § 2, de la directive « cadre »

³⁶ Décision d'analyse de marché, § 439.

³⁷ Décision d'analyse de marché, §§ 407-438.

³⁸ Décision d'analyse de marché, § 439.

³⁹ Recommandation du 9 octobre 2014, considérant 17.



ou si ledit marché était ou non « *effectivement concurrentiel* » au sens de l'article 16, §§ 3 et §4, de la directive « cadre ».

L'ABC⁴⁰ et la Commission européenne⁴¹ n'ont exprimé aucune remarque ni objection à propos de l'approche de l'IBPT, tant sur le plan de la définition de marché *stricto sensu* que sur celui du test des trois critères.

Le grief ou moyen de 3STARSNET est dénué de fondement.

b) GRIEFS RELATIFS AUX ERREURS D'APPRECIATION MANIFESTES (AMALGAME ENTRE DEUX MARCHÉS DISTINCTS DE DÉPART D'APPEL + MÉCONNAISSANCE DES CARACTÉRISTIQUES ESSENTIELLES DU MARCHÉ DE GROS DE DÉPART D'APPEL FIXE VAS)

61.

La Cour des marchés a rappelé ci-dessus les contours et limites du contrôle qu'elle exerce à l'encontre des décisions des autorités réglementaires.

62.

3STARSNET objecte :

« Dans la Décision du 7 décembre 2018 – et c'est d'ailleurs le point le plus fondamental, l'IBPT méconnaît les différences entre le marché de gros de départ d'appels CS/CPS (départ d'appels fixe) et le marché de gros de départ d'appels VAS (numéros non géographiques). L'IBPT procède par amalgame, en examinant ces deux marchés comme n'étant qu'un seul marché, alors que chacun de ceux-ci présente des spécificités propres au niveau de la demande, au niveau de l'offre, au niveau du modèle économique des opérateurs. »

Or, le régulateur dispose d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation étendu pour estimer s'il y a ou non une substituabilité raisonnable et suffisante entre deux produits considérés. Il

⁴⁰ Pièce 29 du dossier administratif, § 20 : « *De BMA gaat akkoord met de marktafbakeningen zoals deze door het BIPT zijn uitgevoerd (...) op groothandelsniveau, dit zowel wat betreft de productmarkten als wat betreft de geografische markten* ». Traduction libre : « *Le BMA approuve les définitions du marché telles que mises en œuvre par l'IBPT (...) au niveau de la vente en gros, à la fois en termes de marchés de produits que de marchés géographiques* ».

⁴¹ Pièce 45 du dossier administratif. La Commission européenne a rendu son avis en pleine connaissance de cause, et notamment de la réponse fournie par l'IBPT aux questions spécifiques qu'elle lui a posées sur ce sujet précis (voir, pièce 44 du dossier administratif).



appartient donc à 3STARSNET de démontrer concrètement en quoi le test de substituabilité reposerait sur une appréciation manifestement erronée⁴².

63.

L'ABC a confirmé dans son avis que le marché est effectivement circonscrit au départ d'appel VAS et que le marché ainsi défini est conforme aux principes du droit de la concurrence⁴³.

64.

3STARSNET a participé à la consultation publique. Elle a insisté sur la nécessité d'envisager le départ d'appel VAS séparément du départ d'appel CS/CPS⁴⁴. C'est l'approche suivie par l'IBPT. L'analyse de l'IBPT se focalise sur le départ d'appel VAS, séparément donc du départ d'appel CS/CPS. Il n'y pas d'amalgame ni de généralité démontré concrètement par 3STARSNET.⁴⁵

65.

L'IBPT rappelle à juste titre que 3STARSNET ne développe aucun moyen d'annulation à propos de l'analyse du marché de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée et, partant, de la suppression de l'obligation de fournir accès aux services CS/CPS, précédemment imposée sur ce marché de détail. Vu la suppression de cette obligation, il était parfaitement justifié d'exclure le départ d'appel CS/CPS du marché de gros analysé en l'espèce⁴⁶.

Les chapitres 10 et 11 de la Décision Contestée ne sont pas manifestement erronés, à tout le moins, 3STARNET ne le démontre pas.

⁴² Bruxelles, 30 juin 2009, 2006/AR/2332 et autres, point 46 ; Bruxelles, 12 novembre 2014, 2011/AR/2289 et autres, points 67 et 69.

⁴³ Pièce 29 du dossier administratif produit par l'IBPT.

⁴⁴ Réponse de 3STARSNET à la consultation publique, § 16 : « 3StarsNet agrees that there are two distinct wholesale markets, with different competitive dynamics, one for wholesale fixed call origination, and another for wholesale call origination for the provision of value-added services (hereafter 'VAS') ». Traduction libre : « 3StarsNet convient qu'il existe deux marchés de gros distincts, dotés d'une dynamique concurrentielle différente, l'un pour le départ en gros d'appels fixes et l'autre pour le départ en gros d'appels pour la fourniture de services à valeur ajoutée (ci-après « VAS ») ».

⁴⁵ La référence que fait l'IBPT dans la décision d'analyse de marché (§ 361) à la « définition générale » du marché du départ d'appel dans la recommandation sur les marchés pertinents est un constat factuel.

⁴⁶ Décision d'analyse de marché, §§ 361-362.



177

66.

3STARSNET soulève que l'IBPT aurait méconnu les caractéristiques essentielles du marché de départ d'appel fixe VAS et les différences existantes entre les deux marchés qu'il a « amalgamés » au niveau de la demande et de l'offre de services. 3STARSNET conclut que :

« Les explications avancées par l'IBPT, dans ses conclusions, ne permettent pas de se départir de cette impression générale. »

L'IBPT fait valoir à juste titre qu'il est clair qu'un service à valeur ajoutée requiert la fourniture de services se complétant les uns les autres. Cette particularité n'est cependant pas spécifique à ces services ; c'est le propre de tout service de communications électroniques nécessitant l'intervention de différents acteurs (et de bien d'autres services dans n'importe quel secteur de l'économie).

Pour autant, l'objet de l'analyse contestée dans la présente affaire ne porte pas sur la totalité de la chaîne de valeur d'un appel VAS. Seul est visé en l'espèce le service de gros consistant à collecter l'appel au lieu de l'établissement de l'utilisateur final et à l'acheminer jusqu'à un point d'interconnexion avec l'opérateur hébergeant le fournisseur de service⁴⁷. L'encadrement des relations avec les éditeurs de contenu ne relève pas du marché analysé en l'espèce. Il ne relève d'ailleurs pas du cadre réglementaire⁴⁸.

3STARSNET s'est contenté de formuler diverses allégations, non étayées. Elle ne contredit pas non plus incontestablement les conclusions de l'IBPT.

La thèse soutenant que l'IBPT a commis une erreur d'appréciation manifeste doit dès lors également être rejetée.

67.

La Cour des marchés ne perçoit pas non plus quelle erreur manifeste d'appréciation pourrait établir la référence à des (projets de) décisions d'autorités réglementaires étrangères, en France, aux Pays-Bas ou en Irlande⁴⁹. Comme exposé, les autorités de régulation nationales sont tenues d'effectuer des analyses de marché « *correspondant aux circonstances nationales* »⁵⁰ de l'Etat membre dont elles sont, chacune, issues. Le régulateur d'un Etat

⁴⁷ Ou avec un opérateur de transit lui-même interconnecté avec ce dernier.

⁴⁸ 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 (directive « cadre »), J.O.C.E, L 108, 24 avril 2002, article 1.

⁴⁹ Conclusions de synthèse de 3STARSNET, §§ 65 et suivants.

⁵⁰ Article 15.3 de la directive « cadre ».



membre ni *a fortiori* la Cour des marchés (en vertu de sa pleine juridiction) ne sont tenus de s'aligner sur une « jurisprudence d'avis » de la Commission européenne ou une position commune des autres régulateurs étrangers⁵¹. Il en va *a fortiori* ainsi des décisions prises par certains régulateurs, individuellement.

68.

Un marché qui, dans les circonstances nationales, n'est pas susceptible d'être régulé doit être dérégulé s'il l'était précédemment ; vu les objectifs poursuivis par la directive « cadre » et la loi, ce prescrit est, par essence, compatible avec la promotion de la concurrence et la protection des utilisateurs finaux ; aucune erreur manifeste d'appréciation ne peut être reprochée à l'IBPT.

Le grief / moyen de 3STARSNET est dénué de fondement.

c) GRIEFS RELATIFS A L'ABSENCE DE PROMOTION D'UNE CONCURRENCE DURABLE ET EFFICACE

69.

3STARSNET reproche à l'IBPT d'avoir levé l'entièreté des obligations imposées à Proximus sur le marché de gros de départ d'appel vers les numéros non géographiques alors que l'IBPT reconnaît sa position dominante. 3STARSNET soutient que ce marché doit être encadré afin qu'il soit concurrentiel et protège *in fine* les utilisateurs finaux⁵².

L'IBPT conteste avoir conclu à la « position dominante » de Proximus. Ce que l'IBPT constate au § 413 de la Décision Contestée, c'est le niveau relativement élevé (40%) des parts de marché de Proximus, niveau qui constitue un indice de dominance en droit de la concurrence.

70.

3STARSNET invoque deux craintes :

- Que Proximus augmente les prix ;
- Que Proximus bloque l'accès.

⁵¹ Bruxelles, 30 juin 2009, 2006/AR/2332 et autres, point 61.

⁵² Conclusions de synthèse de 3STARSNET, §§ 82 et suivants, §§ 98 et suivants et §§ 103 et suivants.



17c

Ce sont des remarques tout à fait légitimes mais ce sont également des risques inhérents à toute entreprise.

71.

La Décision Contestée a prévu trois mécanismes pour pallier à toute difficulté⁵³.

- D'une part, des procédures de conciliation sont prévues pour résoudre les difficultés auxquelles 3STARSNET pourrait être confrontée⁵⁴. La conciliation a donné satisfaction par le passé dans un contexte similaire.
- D'autre part, l'IBPT dispose d'une compétence de règlement de litiges, que le législateur lui a spécifiquement attribuée pour intervenir dans ce genre de situations⁵⁵. L'article 4 de la loi du 17 janvier 2003⁵⁶, telle que modifiée en 2017, dispose ainsi que « *sans préjudice du droit pour toute partie de saisir une juridiction, (...) en cas de litige entre les fournisseurs de services ou de réseaux de communications électroniques (...), l'Institut prend une décision administrative contraignante dans un délai de quatre mois (...) selon la procédure fixée par le Roi* ».

Enfin, si ces outils devaient apparaître insuffisants pour résoudre les difficultés futures, l'IBPT dispose encore d'une **compétence spécifique**, basée sur l'article 51 de la LCE, lui permettant d'imposer des obligations symétriques, en dehors de toute analyse de marché, c'est-à-dire indépendamment d'un constat de puissance significative (« PSM ») sur le marché du départ d'appel⁵⁷. Comme le précise la décision, cet outil est intéressant. Il permet à une autorité de régulation d'imposer des obligations, y compris d'interconnexion et de contrôle des prix, sans passer par une analyse de marché classique. C'est l'approche irlandaise dont 3STARSNET fait grand cas, à très mauvais escient d'ailleurs. Cet outil spécifique devrait inciter Proximus et tout autre fournisseur d'un produit de départ d'appel VAS à ne pas adopter de comportements qui seraient incompatibles avec les constats posés dans la Décision Contestée.

⁵³ Décision d'analyse de marché, §§ 449 et suivants.

⁵⁴ Décision d'analyse de marché, §§ 449-450.

⁵⁵ Décision d'analyse de marché, § 451.

⁵⁶ 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 télécommunications belges, *M.B.*, 24 janvier 2003 ; ci-après « loi recours ».

⁵⁷ Décision d'analyse de marché, §§ 452-455.



72.

Ceci étant, le constat éventuel d'une « position dominante » n'empêche pas de considérer que le deuxième critère du test des trois critères n'est pas rempli. Par exemple, en faisant le constat que la structure du marché présente une évolution réelle et suffisante vers une situation de concurrence effective à terme malgré la présence actuelle d'une entreprise dominante (deuxième critère).

73.

La levée des obligations précédemment imposées à Proximus est une conséquence directe et automatique de la conclusion tirée du test des trois critères. Un marché qui, dans les circonstances nationales, n'est pas susceptible d'être régulé doit être dérégulé s'il l'était précédemment. Il ressort, en effet, du cadre en vigueur que si le test des trois critères est négatif pour un marché spécifique, l'autorité réglementaire nationale ne peut tout simplement plus y maintenir ou y imposer d'obligations réglementaires⁵⁸. La suppression des obligations précédemment imposées à Proximus est donc conforme au cadre réglementaire.

74.

S'agissant de l'avenir, si, en dépit des conclusions que l'IBPT a tirées dans la Décision Contestée, il s'avère que la dérégulation du marché du départ d'appel conduit à une situation concurrentielle insatisfaisante, l'IBPT en analysera les causes et pourra, le cas échéant, procéder à un réexamen de cette décision.

La Cour des marchés observe qu'il incombe aussi à l'IBPT de vérifier l'éventuelle (in)capacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul à la ou aux défaillances concernées du marché.

La Cour des marchés ne perçoit du reste pas le lien entre cette critique et l'erreur manifeste d'appréciation que 3STARSNET est censée démontrer en l'espèce.

Le grief / moyen de 3STARSNET est dénué de fondement.

d) GRIEFS RELATIFS A L'ABSENCE DE PRISE EN COMPTE DES INTERETS DE L'UTILISATEUR FINAL – DISCRIMINATION

75.

3STARSNET reproche à l'IBPT d'avoir levé l'entièreté des obligations imposées à Proximus sur le marché de gros de départ d'appel vers les numéros non géographiques alors que l'IBPT

⁵⁸ Recommandation du 9 octobre 2014, considérant 20. Article 16, § 3, de la directive « cadre ».



reconnait sa position dominante. 3STARSNET soutient que ce marché doit être encadré afin qu'il soit concurrentiel et protégé *in fine* les utilisateurs finaux⁵⁹(la cour souligne).

76.

La protection des utilisateurs finaux, notamment les plus vulnérables⁶⁰ est régulée : les tarifs de détail pour les services à valeur ajoutée, c'est-à-dire pour l'accès au contenu, sont en effet plafonnés par divers arrêtés royaux.

L'arrêté royal du 27 avril 2007 relatif à la gestion de l'espace de numération nationale⁶¹, tel que modifié par celui du 24 mars 2009⁶², a en effet fixé des plafonds de prix identiques pour tous les réseaux fixes et mobiles, et ce dans l'intérêt des utilisateurs finaux. A la suite des modifications apportées par l'arrêté royal du 24 mars 2009, l'IBPT a adopté une communication concernant les appels vers des services à valeur ajoutée au départ des réseaux mobiles, le 28 juin 2011⁶³, en clarifiant la manière dont les tarifs devraient être structurés. L'IBPT n'est pas au courant d'un quelconque problème de surfacturation sur le marché mobile depuis lors. Cela illustre le fait que le marché du départ d'appel peut fonctionner de manière satisfaisante en dehors d'une régulation *ex ante*.

Ceci n'est plus sérieusement contesté par 3STARSNET.

77.

En outre, la dérégulation du marché de gros du départ d'appel VAS n'est pas incompatible avec la protection des utilisateurs finaux.

Le grief / moyen de 3STARSNET est dénué de fondement.

e) GRIEFS RELATIFS A LA VIOLATION DU DEVOIR DE TRANSPARENCE ET D'IMPARTIALITE

78.

La précédente analyse du marché de gros du départ d'appel date de 2006. Conformément à l'article 16 de la directive « cadre », cette analyse devait être revue à intervalles réguliers. Il

⁵⁹ Conclusions de synthèse de 3STARSNET, §§ 82 et suivants, §§ 98 et suivants et §§ 103 et suivants.

⁶⁰ Conclusions de synthèse de 3STARSNET, §§ 64 et suivants.

⁶¹ Arrêté royal du 27 avril 2007 relatif à la gestion de l'espace de numérotation national et à l'attribution et au retrait des droits d'utilisation de numéros, *M.B.*, 28 juin 2007.

⁶² Arrêté royal du 24 mars 2009 concernant l'accès radioélectrique dans les bandes de fréquences 3410-3500/3510-3600 MHz et 10150-10300/10500-10650 MHz, *M.B.*, 16 avril 2009.

⁶³ https://www.lbpt.be/public/files/fr/1819/3526_fr_communication_principes_conciliation_vas_fr_final.pdf.



était donc parfaitement prévisible, y compris pour 3STARSNET, que cette analyse de marché allait être revue.

Le marché de gros du départ d'appel a été supprimé de la liste des marchés susceptibles de régulation *ex ante*, dans la recommandation du 9 octobre 2014. Il était donc parfaitement prévisible, y compris pour 3STARSNET, que ce marché risquait d'être dérégulé, sauf circonstances nationales tout à fait particulières.

79.

Le 27 décembre 2017, l'IBPT a publié son projet de nouvelle analyse et l'a soumis à consultation publique. L'IBPT y fait part de sa conclusion négative relative au test des trois critères et, partant, de son obligation de déréguler le marché de gros du départ d'appel. L'IBPT y annonce également son intention de ne pas prévoir de période de transition après le retrait de la réglementation⁶⁴. 3STARSNET est donc parfaitement au courant, dès la fin 2017, que sauf revirement, le marché sera dérégulé à court terme.

80.

Le 7 décembre 2018, l'IBPT adopte la décision d'analyse de marché, reprise dans la décision contestée, et indique que la dérégulation du marché de gros du départ d'appel prendra effet le premier jour du deuxième mois suivant la date de sa publication sur le site Internet de l'IBPT. 3STARSNET a, de la sorte, disposé d'une période d'un an entre la consultation publique et la publication de la décision contestée, et d'une période supplémentaire de près de deux mois entre l'adoption de la décision contestée et son entrée en vigueur. 3STARSNET a pu parfaitement anticiper la levée des obligations imposées précédemment à Proximus.

81.

A cela s'ajoute que Proximus a pris l'engagement volontaire de maintenir les effets des obligations auxquelles elle était précédemment soumise, jusqu'au 31 décembre 2019, soit une période transitoire supplémentaire d'un an. Cet engagement ayant été acté dans la décision contestée, il est raisonnable de considérer que l'IBPT pouvait en assurer le respect dans le cadre des compétences de contrôle que l'article 21 de la loi organique lui a octroyées.

Aucune erreur manifeste d'appréciation ne pourrait être reprochée à l'IBPT quant à la manière dont le régime à présent en vigueur a été annoncé et aménagé.

⁶⁴ Pièces 1 et 2 du dossier administratif, § 287.



Le grief / moyen de 3STARSNET est dénué de fondement.

VII. LES DÉPENS

82.

Conformément à l'article 1017, alinéa 1, du Code judiciaire, 3STARSNET est condamnée aux dépens, liquidés par l'IBPT à 1.440 € (indemnité de procédure).

PAR CES MOTIFS,
LA COUR,

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

Statuant contradictoirement,

Reçoit le recours,

Déclare le recours de 3STARSNET recevable mais non fondé ;

Condamne 3STARSNET aux dépens, en ce compris l'indemnité de procédure de 1.440 euros.

Condamne 3STARSNET au paiement du droit de mise au rôle devant la cour d'appel (400,00 €) au SPF FINANCES, conformément à l'article 269² § 1^{er}, du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe.

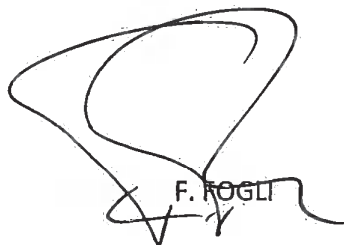


Cet arrêt a été prononcé à l'audience publique du 22 janvier 2020 par

M. BOSMANS	Conseiller ff. président
A-M. WITTERS	Conseiller
F. FOGLI	Conseiller
D. GEULETTE	Greffier



D. GEULETTE



F. FOGLI



A-M. WITTERS



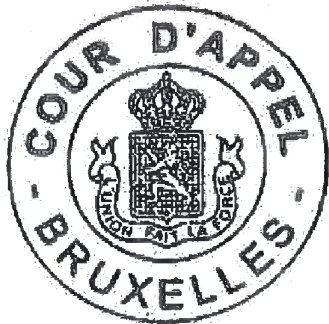
M. BOSMANS



Copie conforme
Délivrée à : I.B.P.T.

art. Avis
Exempt du droit de greffe - art. 280,2° C.Enr.

Bruxelles, le 27-01-2020



B. VANDERGUCHT
Greffier