

Damien Geradin
Professeur à l'Université de Liège et
au Collège d'Europe, Bruges
Avocat

Le 9 avril 2006

Avis rédigé à la demande de l'IBPT

Le 25 mars 2006, le Conseil de la concurrence a envoyé à l'Institut belge des postes et télécommunications (IBPT) un avis relatif au projet de décision du Conseil de l'IBPT « relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour les marchés du groupe 'Accès', sélectionnés dans la recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003.

L'objet du présent avis est de clarifier les compétences confiées à l'IBPT et au Conseil de la concurrence en vertu de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.

Cet avis est divisé en deux parties. Dans la première partie, nous examinons les rôles respectifs de l'IBPT et du Conseil de la concurrence aux termes de la loi du 13 juin 2005 et exposons les mesures vis-à-vis desquelles le Conseil de la concurrence se voit accorder une compétence d'avis. Dans la deuxième partie, nous examinons si, dans son avis du 25 mars 2006, le Conseil de la concurrence est resté dans les limites de la compétence d'avis qui lui est attribuée par la loi.

En conclusion, nous observons que, dans son avis du 25 mars 2006, le Conseil de la concurrence est allé au-delà de la compétence d'avis qui lui est attribuée de manière clairement circonscrite par les paragraphes 4 et 5 de l'article 55 de la loi du 13 juin 2005. Contrairement à ce qui est prévu par la loi, le Conseil de la concurrence semble dans cet avis vouloir se substituer à l'IBPT. En outre, nous relevons qu'en toute hypothèse cet avis ne peut avoir force contraignante vis-à-vis de l'IBPT puisqu'à aucun moment le Conseil ne vérifie dans le cadre de cet avis la conformité du projet de décision par rapport aux objectifs visés par le droit de la concurrence (comme requis par l'article 55, paragraphe 5). Au contraire, le Conseil mentionne sa volonté d'examiner cette question ultérieurement, après modification du projet de décision qu'il requiert sur des points échappant pourtant à sa compétence. Force nous est de constater qu'une telle révision n'est pas envisagée par la loi.

1. Les rôles respectifs de l'IBPT et du Conseil de la concurrence aux termes de la loi du 13 juin 2005

L'IBPT est l'institution désignée par la loi du 13 juin 2005 en vue de mettre en œuvre les nombreuses dispositions qu'elle contient. En ce qui concerne la régulation économique du secteur des communications électroniques, c'est à l'IBPT qu'il revient de procéder à l'analyse des marchés pertinents et d'identifier les opérateurs disposant d'une puissance significative sur ces marchés (Article 54 et seq.), ainsi que de déterminer les obligations applicables aux

opérateurs disposant d'une puissance significative sur un marché pertinent (Article 57 et seq.).¹ C'est dans ce cadre que l'IBPT a adopté le projet de décision relative aux marchés du groupe « accès ».

La loi du 13 juin 2005 ne confie que des missions beaucoup plus limitées au Conseil de la concurrence. Ces missions sont définies aux paragraphes 4 et 5 de l'article 55 de la loi qui disposent :

« § 4. L'Institut soumet ses décisions renvoyant à ce paragraphe à une concertation préalable avec le Conseil de la concurrence. Le Conseil 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, le silence du Conseil de la concurrence équivaut à une approbation du projet de décision susmentionné.

§ 5. L'Institut envoie ses décisions renvoyant à ce paragraphe au préalable au Conseil de la concurrence qui dans les 30 jours calendrier émet un avis contraignant concernant la question de savoir si les décisions de l'Institut sont conformes aux objectifs visés par le droit de la concurrence. Passé ce délai, le silence du Conseil de la concurrence équivaut à une approbation de la décision susmentionnée. » (les soulignements apportés à cette disposition, ainsi qu'aux autres dispositions citées dans cet avis sont nôtres.)

La loi entrevoit donc deux circonstances dans lesquelles le Conseil de la concurrence doit être consulté par l'IBPT.

En premier lieu, le Conseil de la concurrence peut émettre un avis sur les décisions de l'IBPT qui renvoient au paragraphe 4 de l'article 55. Ces décisions sont reprises aux articles 55, 58, 59, 60, 62, 63 et 65. Les paragraphes 1-3 de l'article 55 disposent :

« § 1er. Conformément au § 4, l'Institut effectue ... une analyse de ces marchés pertinents afin de déterminer si ceux-ci sont effectivement concurrentiels. ...

§ 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. ...

§ 3. Si l'Institut conclut qu'un marché pertinent n'est pas effectivement concurrentiel, il identifie conformément au § 4 tout opérateur disposant d'une puissance significative sur ce marché, et lui impose celles parmi les obligations visées aux articles 58 à 65 qu'il estime appropriées. ...»

L'article 58 dispose :

« En ce qui concerne l'accès, l'Institut peut, conformément à l'article 55, §§ 3 et 4, imposer des obligations de non-discrimination. ...»

L'article 59, paragraphe 1 dispose :

¹ Les articles 6-8 de la loi du 13 juin 2005 définissent les objectifs devant être poursuivis par l'IBPT dans le cadre des missions qui lui sont confiées, à savoir la promotion de la concurrence dans la fourniture des réseaux de communications électroniques ; des services de communications électroniques et des ressources associées, le développement d'un marché intérieur des réseaux et services de communications électroniques ; la protection des intérêts des utilisateurs, notamment en contrôlant le respect des obligations de service universel.

« L'Institut peut, conformément à l'article 55, §§ 3 et 4, définir les obligations de transparence concernant l'accès, en vertu desquelles les opérateurs doivent rendre publiques certaines informations, définies par l'Institut. ... »

L'article 60, paragraphe 1 dispose :

« L'Institut peut, conformément aux modalités fixées par le Roi, et conformément à l'article 55, §§ 3 et 4, imposer des obligations de séparation comptable en ce qui concerne toute activité dans le domaine de l'accès pour laquelle l'opérateur dispose d'une puissance significative sur le marché. ... »

L'article 61, paragraphe 1 dispose :

« L'Institut peut, conformément à l'article 55, §§ 3 et 4, imposer l'obligation de satisfaire aux demandes raisonnables d'accès à des éléments de réseau et des ressources associées spécifiées par l'Institut. »

L'article 62, paragraphe 1, alinéa 1 dispose :

« § 1er. En matière d'accès, l'Institut peut, conformément à l'article 55, §§ 3 et 4 et lorsqu'il ressort en outre d'une analyse du marché que l'opérateur concerné peut, en raison de l'absence de concurrence réelle, maintenir les prix à un niveau exagéré ou réduire les marges au détriment des utilisateurs finals, imposer des obligations liées à la récupération des coûts, y compris les obligations concernant l'orientation des prix en fonction des coûts et les obligations concernant les systèmes de comptabilisation des coûts en matière de coûts d'un opérateur efficient. »

L'article 63 dispose :

« Les opérateurs désignés par l'Institut, conformément à l'article 55, §§ 3 et 4, comme des opérateurs disposant d'une puissance significative sur le marché en matière de fourniture d'accès aux réseaux téléphoniques publics en position déterminée et d'utilisation de ceux-ci offrent à leurs abonnés les fonctions de sélection de l'opérateur par appel et la présélection de l'opérateur avec la possibilité de dérogation appel par appel. ... »

Enfin, l'article 65 dispose :

« Si l'Institut constate qu'il n'existe pas de concurrence réelle sur le marché de fourniture d'une partie ou de l'ensemble du paquet minimum de lignes louées, comme spécifié dans la liste des normes du paquet minimum de lignes louées avec des caractéristiques européennes harmonisées publiée dans le Journal officiel des Communautés européennes, il désigne, conformément à l'article 55, §§ 3 et 4, les opérateurs disposant d'une puissance significative sur l'ensemble ou une partie du territoire du Royaume pour fournir les éléments spécifiques en question du paquet minimum de lignes louées. ... »

Il semble clair que l'avis mentionné à l'article 55, paragraphe 4, est de nature non contraignante. En effet, dans l'hypothèse inverse on ne pourrait comprendre pourquoi l'article 55, paragraphe 5, examiné ci-dessous, fait une référence explicite au caractère contraignant des avis donné par le Conseil de la concurrence dans les situations qu'il régit, alors qu'une telle référence est absente dans l'article 55, paragraphe 4. L'absence d'une telle référence dans cette disposition ne peut être le fait d'un oubli.

En deuxième lieu, le Conseil de la concurrence peut émettre un avis contraignant sur les décisions de l'IBPT qui renvoient au paragraphe 5 de l'article 55. Ces décisions sont reprises aux articles 62, paragraphe 1, alinéa 2 et 64, paragraphe 1. L'article 62, paragraphe 1, alinéa 2 dispose :

« En matière d'accès, l'Institut peut aussi, conformément à l'article 55, §§ 3 et 5, imposer des obligations en matière de contrôle des prix. »

L'article 64, paragraphe 1 dispose :

« Si l'Institut constate que les obligations imposées en vertu des articles 58 à 63 ne permettraient pas de réaliser les objectifs fixés par les articles 6 à 8, il peut imposer, conformément à l'article 55, §§ 3 et 5, une ou plusieurs des obligations visées au deuxième alinéa aux opérateurs désignés comme des opérateurs disposant d'une puissance significative sur un marché de détail donné.

Les obligations imposées par l'Institut portent sur l'interdiction :

- 1° d'utiliser des prix anormalement hauts ;
- 2° d'entraver l'accès au marché ;
- 3° d'utiliser des prix d'éviction restreignant la concurrence ;
- 4° d'appliquer des préférences injustifiées pour certains utilisateurs finals ;
- 5° de grouper des services de manière injustifiée. »

Cet avis contraignant doit cependant se limiter à la question de savoir si les décisions de l'Institut sont conformes aux objectifs visés par le droit de la concurrence. La loi du 13 juin 2006 ne détermine pas ce qu'il faut entendre par « objectifs visés par le droit de la concurrence » et la loi sur la protection économique coordonnée le 1^{er} juillet 1999 reste également obscure sur ce point. Il est cependant généralement admis que l'objectif premier du droit de la concurrence est de protéger la structure de la concurrence, ce qui signifie s'assurer que les marchés soient, deviennent et demeurent concurrentiels. Il est nécessaire de protéger la concurrence car la contrainte concurrentielle qui pèse sur les opérateurs économiques permet une allocation optimale des ressources, stimule les réductions de coûts, oriente les prix sur les coûts, encourage l'innovation technique et commerciale et assure la satisfaction du consommateur.

2. L'avis du Conseil de la concurrence du 25 mars 2006

L'avis du Conseil de la concurrence est divisé en quatre parties : (A) Introduction ; (B) Délimitation des marchés pertinents ; (C) Détermination des opérateurs SMP ; et (D) Remèdes.

La Section A (introduction) procède à une description des obligations prévues par la loi du 13 juin 2005 en matière de demande d'avis du Conseil de la concurrence. Nous n'avons pas d'observation sur cette section.

La Section B (délimitation des marchés pertinents) est, en revanche, problématique dans la mesure où la loi du 13 juin 2005 n'habilite pas le Conseil de la concurrence à présenter son avis sur les questions de délimitation de marché. L'article 54 de la loi ne prévoit pas en effet de compétence d'avis du Conseil de la concurrence dans ce domaine. Cette disposition prévoit :

« 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. »

L'article 55, paragraphe 1, prévoit cependant que

« Conformément au § 4, l'Institut effectue ... une analyse de ces marchés pertinents afin de déterminer si ceux-ci sont effectivement concurrentiels. »

L'avis non contraignant qui peut être dispensé par le Conseil de la concurrence en vertu de l'article 55, paragraphe 1, ne peut donc toucher qu'au seul examen du caractère concurrentiel ou non concurrentiel des marchés définis par l'IBPT.

Certaines parties de la Section B de l'avis du Conseil de la concurrence semblent cependant aller au-delà des limites de sa compétence d'avis telle que prévue par la loi. Sans vouloir être exhaustif, on citera les paragraphes 21-24 (délimitation du marché pertinent dans un marché dénué de réglementation), 36-42 (analyse de substituabilité) ; et 43-51 (résultat : délimitation des marchés).

La Section C (détermination du/des opérateurs SMP) semble mieux en ligne avec la compétence d'avis attribuée au Conseil de la concurrence en vertu de l'article 55, paragraphe 4. Il est donc inutile de s'y attarder. Il est important cependant de rappeler que l'avis du Conseil de la concurrence sur cet aspect est de nature non contraignante.

La Section D (remèdes) demande quant à elle un examen plus attentif. En effet, en ce qui concerne les remèdes, l'avis de la Commission peut être contraignant ou non contraignant, ceci dépendant de la nature des remèdes imposés par l'IBPT.

S'agissant du point 2 (absence d'une méthodologie pour apprécier le caractère approprié, justifié et proportionnel des remèdes proposés), le Conseil de la concurrence semble avoir outrepassé la compétence d'avis qui lui est octroyée en vertu de l'article 64, paragraphe 1, alinéa 2 de la loi. En effet, aucune des dispositions de la loi se référant aux paragraphes 4 et 5 de l'article 55, ne font référence à l'appréciation du caractère approprié, justifié et proportionnel des remèdes proposés. L'article 5 de la loi du 13 juin 2005 est à cet égard instructif dans la mesure où il dispose :

« 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. »

La loi ne prévoit donc aucune compétence d'avis du Conseil de la concurrence quant à l'appréciation du caractère proportionnels et justifiés des mesures adoptées par l'IBPT.

C'est sur la base des principes énoncés ci-dessus que la compétence du Conseil de la concurrence d'émettre un avis sur les mesures évoquées au point 3 de la Section D (observations ponctuelles, à titre d'illustration) doit être évaluée. Bien que cet exercice d'évaluation dépasse le cadre de cet avis, il semble qu'ici aussi le Conseil soit allé au-delà de la compétence d'avis qui lui est attribuée.

La conclusion qu'établit le Conseil de la Concurrence confirme cette interprétation extensive de sa compétence d'avis.

En effet les points 83-86 de la Conclusion de l'avis du Conseil de la Concurrence prévoient :

- « Comme énoncé-ci dessus, le Conseil souhaite que l'IBPT précise les motifs du caractère approprié, proportionné et justifié de chaque obligation proposée. A défaut de ces motifs, le Conseil considère que l'obligation en question ne peut pas être imposée à l'opérateur puissant. Le Conseil se réserve le droit d'émettre son avis sur les obligations que l'IBPT lui proposera, après en avoir explicité les motifs comme indiqué ci-dessus. ».

- « A l'heure actuelle, la question de savoir si l'un ou l'autre de ces remèdes de détail doit être imposé, est prématurée. Le présent avis ne pourrait dès lors pas avoir pour objet d'autoriser à l'IBPT, conformément à l'article 55, § 5, de la Loi, d'imposer une ou plusieurs des obligations visées au deuxième alinéa de l'article 64, § 1, de la Loi et mentionnées ci-dessus. Lorsque, à l'avenir, l'IBPT voudra imposer un ou plusieurs de ces remèdes de détail, le Conseil de la concurrence émettra son avis contraignant concernant la question de savoir si les décisions de l'Institut sont conformes aux objectifs visés par le droit de la concurrence, après avoir reçu communication du projet de décision de l'Institut, conformément à l'article 55, § 5, de la Loi. »

Or, comme exposé plus haut, la motivation des remèdes échappe à la compétence du Conseil de la Concurrence. Dans la dernière phrase du paragraphe reproduit ci-dessus, nous relevons par ailleurs une reconnaissance de la part du Conseil de la Concurrence que son présent avis ne rencontre pas le prescrit légal de l'article 55, paragraphe 5: le Conseil prévoit en effet d'émettre « à l'avenir » son avis contraignant sur la question de la conformité par rapport aux objectifs visés par le droit de la concurrence. Le Conseil admet par conséquent qu'il ne l'a pas fait jusqu'à présent puisque l'adoption d'un avis contraignant n'interviendra que plus tard. C'est très logiquement qu'on en déduira que le présent avis n'est pas contraignant d'autant qu'à aucun moment il ne se prononce sur cette question de la conformité par rapport aux objectifs du droit de la concurrence.

Ce faisant, nous constatons en outre que le Conseil de la Concurrence se réserve le droit d'émettre un nouvel avis. En requérant à l'IBPT de lui soumettre une décision modifiée tout en se réservant le droit d'émettre un nouvel avis à une date ultérieure, le Conseil de la Concurrence impose à l'IBPT une obligation non prévue par le cadre réglementaire qui suspendrait ou étendrait la période de trente jours dont il dispose pour se prononcer. Or nous ne trouvons aucun élément indiquant que pareille extension ait été prévue dans la loi.

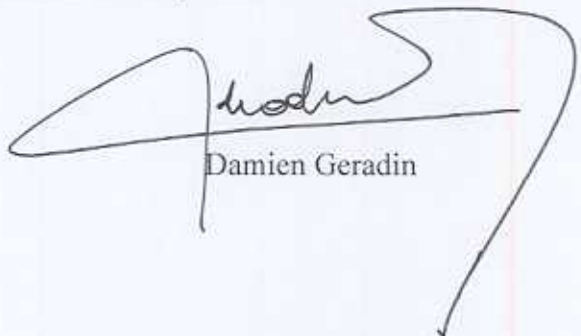
Précisons encore qu'une telle interprétation extensive serait contraire à l'objectif de la loi et des directives européennes: en imposant un délai spécifique à l'émission de cet avis, le législateur a voulu que l'exercice d'analyse de marché et d'imposition des remèdes soit exécuté dans des limites temporelles raisonnables eu égard aux obligations incombant à la Belgique dans le cadre de l'objectif d'uniformisation de la réglementation que poursuivent les directives européennes dans le secteur des télécommunications. L'exigence que pose le Conseil de la Concurrence aggraverait le retard de la Belgique dans l'exercice qui lui incombe de mener à bien. Ce faisant, il introduirait en outre une incertitude réglementaire tant au niveau national qu'europpéen.

Conclusion

Il apparaît clairement des développements qui précèdent que, dans son avis du 25 mars 2006, le Conseil de la concurrence est allé au-delà de la compétence d'avis qui lui est attribuée de manière clairement circonscrite par les paragraphes 4 et 5 de l'article 55 de la loi du 13 juin 2005. Contrairement à ce qui est prévu par la loi, le Conseil de la concurrence semble à de nombreuses reprises dans cet avis vouloir se substituer à l'IBPT. Ceci apparaît d'ailleurs assez nettement dans le fait qu'à aucune reprise dans son avis -- et ce contrairement aux avis présentés par d'autres autorités de concurrence -- le Conseil de la concurrence ne se réfère ni à la jurisprudence de la Cour de justice ou du tribunal de première instance des communautés européennes relative aux règles de concurrence, ni à la jurisprudence existante relative à la loi sur la protection de la concurrence économique.

Par l'émission de cet avis, le Conseil de la Concurrence a épuisé sa compétence. Dans cet exercice, il ne s'est cependant pas prononcé quant à la conformité du projet de décision par rapport aux objectifs visés par le droit de la concurrence. Or, il s'agit de la seule évaluation qui imposerait à l'Institut de modifier son projet dans le sens suggéré eu égard au caractère contraignant que la loi attache à l'avis du Conseil de la Concurrence sur ce point. Il en résulte que l'IBPT ne peut nullement être contraint de suivre les éléments de l'avis basé sur l'article 55, paragraphe 5 de la Loi. Le Conseil exprime le souhait d'exercer sa compétence ultérieurement, ce que ne prévoit pas la loi.

L'Institut est dès lors libre d'apprécier la nécessité de prendre en compte les remarques que lui adresse le Conseil de la Concurrence sans aucune obligation de soumettre un nouveau projet de décision préalablement à la notification à la Commission européenne.



Damien Geradin