

**REQUETE EN ANNULATION D'UNE DECISION PRISE PAR L'IBPT
(Loi du 17 janvier 2003, art. 2, §§ 1 à 4)**

**A MESDAMES ET MESSIEURS LES PRESIDENT ET CONSEILLERS
COUR DES MARCHES DE BRUXELLES
COUR D'APPEL
Palais de Justice
Place Poelaert, 1
1000 BRUXELLES**

VERSION OFFICIELLE

A L'HONNEUR DE VOUS EXPOSER RESPECTUEUSEMENT :

La S.A. **3STARSNET**, dont le siège social est sis à 1200 BRUXELLES (WOLUWE-SAINT-LAMBERT), Guledelle, 92, inscrite auprès de la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0.440.985.457, représentée par son conseil d'administration,

REQUERANTE,
DEMANDERESSE PREQUALIFIEE,

Ayant comme conseil :
Mr. Marc LOVENIERS, avocat à 1200 BRUXELLES, boulevard Brand Whitlock, 132,
(marc.loveniers@d-lawfirm.be)

CONTRE :

L'INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX ET DES TELECOMMUNICATIONS, en abrégé l'« IBPT », organisme d'intérêt public dont le siège est sis à 1030 BRUXELLES, boulevard Albert II, Ellipse Building, 35,

DEFENDEUR PREQUALIFIE,

TABLE DES MATIERES

I.	DECISION DE L'IBPT contre laquelle le présent recours EN SUSPENSION est formé :	3
II.	LIEU, DATE ET HEURE DE L'AUDIENCE D'INTRODUCTION :	3
III.	CODE DE L'AFFAIRE	3
IV.	COMPETENCE <i>RATIONE MATERIAE RATIONE</i> DE LA COUR DE CEANS	3
V.	RECEVABILITE DE LA PRESENTE REQUETE – INTERET ET QUALITE DE LA REQUERANTE ..	3
VI.	OBJET DU PRESENT RECOURS	4
VII.	PRESENTATION DE LA REQUERANTE	4
VIII.	CADRE REGLEMENTAIRE GENERAL - INTERCONNEXION	7
A.	LES DIRECTIVES 2002/19/CE (« DIRECTIVE ACCÈS ») ET 2002/21/CE (« DIRECTIVE CADRE »).....	7
B.	LES CRITÈRES D'ANALYSE DES MARCHÉS PERTINENTS DE TÉLÉPHONIE ET DE DÉTERMINATION DES OPÉRATEURS PUISSANTS.....	9
C.	LES RECOMMANDATIONS DES 17 DÉCEMBRE 2007 ET 9 OCTOBRE 2014.....	10
D.	LA LÉGISLATION BELGE	11
E.	L'ÉVOLUTION DU CADRE RÉGLEMENTAIRE	12
IX.	Décisions de l'IBPT – LA DECISION ATTAQUEE ET LES DECISIONS ANTERIEURES	13
A.	LA PREMIÈRE DÉCISION DU 11 AOÛT 2006 – ANALYSE DU MARCHÉ DE LA TERMINAISON D'APPEL SUR LE RÉSEAU TÉLÉPHONIQUE PUBLIC EN POSITION DÉTERMINÉE (“FTR”).	13
B.	LA DEUXIÈME DÉCISION DU 31 JANVIER 2013 – MARCHÉ DE DÉTAIL D'ACCÈS.....	15
C.	LA DÉCISION DU 7 DÉCEMBRE 2018 – LA DÉCISION ATTAQUÉE	17
D.	EFFETS ET CONSEQUENCES DE LA DECISION ATTAQUEE	26
X.	MOYENS DE LA REQUERANTE.....	28
A.	A TITRE LIMINAIRE – ABSENCE DE PREUVE D'UNE DÉCISION PRISE CONFORMÉMENT AUX DISPOSITIONS LÉGALES APPLICABLES (PREMIER MOYEN) – ANNULATION TOTALE DE LA DÉCISION ATTAQUÉE	28
B.	VIOLATION D'UNE FORME SUBSTANTIELLE - ABSENCE DE NOTIFICATION ET DE CONSULTATION DE L'ORECE ET DES AUTRES REGULATEURS (DEUXIÈME MOYEN) – ANNULATION TOTALE DE LA DÉCISION ATTAQUÉE	28
C.	VIOLATION DU CADRE REGLEMENTAIRE PERTINENT (TROISIÈME MOYEN) - ANNULATION PARTIELLE DE LA DÉCISION ATTAQUÉE	32
C.1.	CONTRARIÉTÉ AVEC LES LIGNES DIRECTRICES ET LES RECOMMANDATIONS - DÉFAUT DE MOTIVATION ET MAUVAIS USAGE DES COMPÉTENCES DE L'IBPT DANS L'ANALYSE DU MARCHÉ DE GROS DE DÉPART D'APPEL VERS LES NUMÉROS NON GÉOGRAPHIQUES (TROISIÈME MOYEN, PREMIÈRE BRANCHE)	32
C.2.	CONTRARIÉTÉ AVEC LES RECOMMANDATIONS – ABSENCE DE DÉMONSTRATION OBJECTIVE ET CERTAINE DE L'EXISTENCE D'UNE CONCURRENCE EFFECTIVE (TROISIÈME MOYEN, DEUXIÈME BRANCHE)	35
C.3.	ABSENCE DE PROMOTION D'UNE CONCURRENCE DURABLE ET EFFICACE ET/OU AU PROFIT DU CONSOMMATEUR – DISCRIMINATION (TROISIÈME MOYEN, TROISIÈME BRANCHE)	37
C.4.	ABSENCE DE PRÉVISIBILITÉ ET DE COHÉRENCE RÉGLEMENTAIRE SUFFISANTE ABSENCE DE PÉRIODE TRANSITOIRE RÉELLE (TROISIÈME MOYEN, QUATRIÈME BRANCHE)	38
D.	VIOLATION DES PRINCIPES DE BONNE ADMINISTRATION (QUATRIÈME MOYEN) - ANNULATION PARTIELLE DE LA DÉCISION ATTAQUÉE	39
D.1.	VIOLATION DU DEVOIR DE MINUTIE ET DE PRUDENCE (QUATRIÈME MOYEN, PREMIÈRE BRANCHE)	39
D.2.	VIOLATION DU PRINCIPE DE MOTIVATION INTERNE OU MATÉRIELLE (QUATRIÈME MOYEN, DEUXIÈME BRANCHE)	40
D.3.	VIOLATION DU DEVOIR DE TRANSPARENCE ET D'IMPARTIALITÉ (QUATRIÈME MOYEN, TROISIÈME BRANCHE)	41

CE QUI SUIT :

I. DECISION DE L'IBPT contre laquelle le présent recours EN SUSPENSION est formé :

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 désigné comme "la *Décision Attaquée*" ou « *la Décision du 7 décembre 2018* »), telle que mise en ligne sur le site de l'IBPT en date du 17 décembre 2018 (**pièce 1**).

II. LIEU, DATE ET HEURE DE L'AUDIENCE D'INTRODUCTION :

Cour d'appel BRUXELLES, section Cour des Marché, chambre 19 A, siégeant en son lieu habituel sis à 1000 BRUXELLES, Palais de Justice, place Poelaert, 1,
Salle _____,
Le _____,
A ____ heures.

III. CODE DE L'AFFAIRE

I.1.a.

IV. COMPETENCE *RATIONE MATERIAE* RATIONE DE LA COUR DE CEANS

La compétence *ratione materiae* de la Cour de céans est fondée sur l'article 2, § 1^{er}, de la Loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges.

V. RECEVABILITE DE LA PRESENTE REQUETE – INTERET ET QUALITE DE LA REQUERANTE

La S.A. 3 STARS NET, requérante et demanderesse préqualifiée (ci-après « *3STARSNET* » ou la « *requérante* »), dispose de l'intérêt et de la qualité à agir, au sens des articles 17 et 18 du Code judiciaire, aux fins d'introduire le présent recours en suspension et en annulation.

3STARSNET est un opérateur fournissant des « services de communications électroniques », au sens de l'article 2, 5°, de la loi du 13 juin 2005 sur les communications électroniques (la « LCE »). 3STARSNET opère sur les deux marchés visés dans la Décision Attaquée.

3STARSNET a, par ailleurs, formé le présent recours dans le délai imparti de 60 jours, qui est fixé par l'article 2, § 2, de la loi précitée du 17 janvier 2003.

VI. OBJET DU PRESENT RECOURS

Par voie de la présente requête, 3STARSNET demande à la Cour des Marchés de :

- Déclarer la présente requête recevable et fondée ;
- Ce fait :
 - o A titre liminaire et avant dire droit quant au fond :
 - ordonner la production des documents suivants par l'IBPT : la convocation et l'ordre du jour pour la réunion du 7 décembre 2018, le quorum de cette réunion et l'original du procès-verbal de cette réunion ainsi que l'original signé de la Décision Attaquée, conformément aux articles 19, al. 3, et 870 et suivants du Code judiciaire ;
 - Surseoir à statuer dans l'attente de la production de ces documents ;
 - o A titre principal : annuler la Décision Attaquée en toutes ses dispositions ;
 - o A titre plus subsidiaire : annuler la Décision Attaquée dans la mesure qu'elle dérégule de manière injustifiée 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 € ;

VII. PRESENTATION DE LA REQUERANTE

1. 3STARSNET est un opérateur de télécommunications alternatif belge, spécialisé dans le service à la clientèle des grandes entreprises, des grossistes, des PME et des consommateurs.

La requérante ne dispose que d'un réseau fixe, qui utilise notamment la téléphonie IP/Cloud (« VoIP »). Le réseau de la concluante repose sur une technologie de pointe qui a été développée en interne ainsi que sur une solution haut de gamme développée en partenariat unique avec un leader mondial en communications unifiées. Les services offerts par la requérante sont des « services de communications électroniques » au sens de l'article 2.c de la Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (la « Directive Cadre ») et de l'article 2, 5°, de la loi belge du 13 juin 2005 sur les communications électroniques (la « LCE »).

La requérante 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).

2. 3STARSNET est par ailleurs **le deuxième fournisseur belge (après PROXIMUS) 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).

Les termes « *services à valeur ajoutée* » désignent un ensemble de services accessibles par téléphone (fixe ou mobile) et identifiés par des séries spécifiques de numéros non géographiques (070, 0800, 090X) (les « *numéros surtaxés* »). Les services en question vont de la fourniture d'information (bulletin météorologique, bourse...), aux services destinés aux adultes, en passant par les réservations des billets pour des spectacles, des jeux, des services d'information, le télévoting, les concours, les quizz, etc.¹

Les services VAS peuvent être de deux ordres :

- les services « *live* » nécessitant l'intervention d'une personne humaine (services d'aide (« *helpdesk* » informatique, banques, entreprises diverses) ou de conseils téléphoniques, services de voyance, de prédictions d'avenir, d'horoscope, etc.) ;
- les services automatisés ou robotisés (tels que, par exemple, les services proposés sous la forme de messages préenregistrés ou pouvant être sélectionnés par l'appelant, les services de loterie ou de télévoting, les services de réponses automatisés ou robotisés, etc.) ;

Ces services VAS sont différents des autres services de communications téléphoniques (vers les numéros géographiques). Les services VAS permettent en effet d'accéder à des services ou à des applications, dont le fournisseur est rémunéré au moyen d'un tarif plus élevé que les communications téléphoniques « classiques ». Ce tarif plus élevé (qui est plafonné soit par appel soit par minute d'appel pour des séries de numéros spécifiques, avec un maximum 31,00 € par appel²) peut être facturé à l'appelant et est destiné à rémunérer deux aspects :

- d'une part, le coût des communications proprement dit, qui est réparti entre les opérateurs qui interviennent dans la chaîne de valeur et,
- d'autre part, le coût de la prestation fournie par le destinataire de l'appel (le « fournisseur de contenu » ou autrement appelé « *service provider* »).

Comme l'IBPT le rappelle dans une décision récente du 20 novembre 2018 :

« Les services à valeur ajoutée relèvent d'une autre logique économique que celles des autres communications téléphoniques.

195.1. Un service (fourniture de renseignements, services destinés aux majeurs, réservation de places pour des événements, jeux, concours, quiz, etc.) est lié à l'appel.

195.2. Le prix de l'appel (supérieur à celui d'un appel vers un numéro géographique) couvre non seulement les coûts de télécommunications, mais aussi la prestation

¹ Décision Attaquée, § 349.

² Voy. 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 des numéros, art. 50.

du fournisseur de services. Pour les appels 0800, les coûts sont supportés par le fournisseur de services qui exploite le numéro.

195.3 Pour les numéros 070, 090X et 0800, la logique d'interconnexion suivie diffère de celle d'application aux appels vers les numéros géographiques. Les prestataires de services souhaitent proposer leurs services aux clients de tous les opérateurs d'accès et souhaitent donc attirer un maximum d'appels entrants. A cet effet, les opérateurs qui hébergent des prestataires de services achètent des prestations de départ d'appel auprès des opérateurs dont les clients appellent des numéros 070, 090X ou 0800. Les opérateurs fixes se concurrencent pour héberger des prestataires de services sur leur réseau. Un fournisseur de services qui n'est pas satisfait de l'opérateur qui l'héberge peut passer chez un autre opérateur. »³

3. Sur ce marché, la requérante intervient ainsi en qualité d'opérateur alternatif fixe

- en réservant diverses séries de numéros surtaxés (préfixes 070, 090X, etc.) auprès de l'IBPT et
- en mettant à la disposition de ses clients ces mêmes numéros surtaxés, afin que ces dernières puissent offrir, directement ou indirectement, aux utilisateurs finaux des prestations de services diverses (services de contenus, en ce compris les applications).

Sur ce marché des VAS, la clientèle de la requérante n'est constituée que d'entreprises, belges ou étrangères. Les clients sont soit des fournisseurs 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).

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

Elle peut être également considérée comme un challenger sur le marché belge des télécommunications. La requérante 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.

³ Décision du Conseil de l'IBPT du 20 novembre 2018 – Analyse du marché de la terminaison d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée, consultable sur https://www.ibpt.be/public/files/fr/22663/FTR-2018_publicque_FR.pdf. Voy. également Décision Attaquée, §§ 348-354 et Décision du Conseil de l'IBPT du 2 mars 2012 concernant l'analyse de marché du marché de la terminaison d'appel sur le réseau téléphonique en position déterminée, p. 45, disponible sur <http://www.bipt.be/fr/opérateurs/telecom/marches/telephonie-fixe/analyse-de-marche-services-de-terminaison-fixe-2012/decision-du-conseil-de-l-4367>.

VIII. CADRE REGLEMENTAIRE GENERAL - INTERCONNEXION⁴

A. LES DIRECTIVES 2002/19/CE (« DIRECTIVE ACCÈS ») ET 2002/21/CE (« DIRECTIVE CADRE »)

1. L'article 15 de la Directive 2002/21/CE (« Directive Cadre »)⁵ prévoit, entre autres, que la Commission européenne est chargée de recenser les marchés de services de communications électroniques dont les caractéristiques peuvent justifier l'imposition d'obligations réglementaires particulières. A cet effet, la Commission peut adopter des recommandations à destination des Etats membres.

Les articles 15.3. et 16.1. de la Directive Cadre prévoient, quant à eux, que les autorités réglementaires nationales (les « ARN ») sont chargées de réaliser des analyses de marchés « nationales » dans les marchés recensés dans les recommandations de la Commission européenne (ce que l'on désigne comme étant « *les marchés pertinents correspondant aux circonstances nationales* » et, en particulier « *les marchés géographiques pertinents* »).

La Directive Cadre opère une distinction entre le cas où l'analyse d'un marché révèle que ce marché est devenu concurrentiel ou qu'il n'est pas encore concurrentiel.

- Le premier cas de figure est régi par l'article 16.3. de la Directive Cadre. Dans ce cas de figure, lorsqu'une ARN conclut que le marché est effectivement concurrentiel, elle n'impose ni ne maintient l'une quelconque des obligations réglementaires spécifiques visées à l'article 16.2. Dans les cas où des obligations réglementaires sectorielles s'appliquent déjà, elle supprime ces obligations pour les entreprises sur ce marché pertinent. Les parties concernées par cette suppression d'obligations en sont averties dans un délai approprié.
- Le second cas de figure est régi par l'article 16.4. de la Directive Cadre. Suivant cette disposition, lorsqu'aux termes d'une analyse de marché « nationale », les ARN constatent qu'au sein d'un ou plusieurs marchés déterminés, il n'existe aucune concurrence effective, celles-ci désignent les opérateurs disposant d'une puissance significative sur ces mêmes marchés.

Suivant l'article 8.2. de la Directive 2002/19/CE (« Directive Accès »)⁶, ces « *opérateurs puissants* » peuvent se voir imposer par les ARN diverses obligations et mesures spécifiques qui sont décrites dans les articles 9 à 13 de la Directive Accès :

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

⁴ Ce cadre réglementaire est amené à être profondément modifié suite à l'adoption de la Directive (UE) 2018/1972 du Parlement et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques, *J.O.*, 17 décembre 2018.

⁵ La Directive Cadre a fait l'objet de diverses modifications introduites par les Règlements 717/2007 et 544/2009 ainsi que par la Directive 2009/140/CE. Le texte consolidé de la Directive Cadre est disponible à l'adresse <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:02002L0021-20091219&qid=1486649840184&from=FR>. Dans la présente requête, il ne sera fait référence qu'au texte consolidé de la Directive Cadre.

⁶ La Directive Accès a fait l'objet de diverses modifications introduites par la Directive 2009/140/CE. Le texte consolidé de la Directive Cadre est disponible à l'adresse <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:02002L0019-20091219&qid=1486650418482&from=FR>. Dans la présente requête, il ne sera fait référence qu'au texte consolidé de la Directive Accès.

L'article 13 de la Directive Accès prévoit, entre autres, que les ARN peuvent, dans ce cadre, prendre des mesures de contrôle des prix et imposer des obligations en matière de comptabilisation des coûts.

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

2. Les procédures d'analyse des marchés pertinents, de désignation des opérateurs puissants et d'imposition des mesures prévues par les articles 9 à 13 de la Directive Accès sont définies dans diverses autres dispositions.

Les objectifs de ces procédures sont, entre autres, d'assurer la transparence sur les marchés concernés par la régulation et de garantir, au niveau européen, la cohérence du marché des communications électroniques.

L'article 7.3. de la Directive Cadre énonce que toute « *mesure* » prise sur la base de l'article 8 de la Directive Accès – en ce compris, donc, les décisions de contrôle de prix – doit faire l'objet d'une **notification** à la Commission européenne, à l'Organe des Régulateurs Européens des Communications Electroniques (l' « ORECE ») et aux ARN des autres Etats membres. L'article 7.3. de la Directive Cadre énonce ainsi que :

« Sauf disposition contraire dans les recommandations ou les lignes directrices arrêtées conformément à l'article 7 ter au terme de la consultation visée à l'article 6, dans les cas où une autorité réglementaire nationale a l'intention de prendre une mesure qui :

- a) relève de l'article 15 ou 16 de la présente directive, ou de l'article 5 ou 8 de la directive 2002/19/CE (directive « accès »); et
- b) aurait des incidences sur les échanges entre les États membres,

elle met à disposition de la Commission, de l'ORECE et des autorités réglementaires nationales des autres États membres, simultanément, le projet de mesure ainsi que les motifs sur lesquels la mesure est fondée, conformément à l'article 5, paragraphe 3, et en informe la Commission, l'ORECE et les autres autorités réglementaires nationales. Les autorités réglementaires nationales, l'ORECE et la Commission ne peuvent adresser des observations à l'autorité réglementaire nationale concernée que dans un délai d'un mois. Le délai d'un mois ne peut pas être prolongé. »

Les notifications, délais et consultations prévus par l'article 7 de la Directive Cadre ont par ailleurs fait l'objet d'une Recommandation de la Commission européenne du 15 octobre 2008 (la « *Recommandation du 15 octobre 2008* »).

L'obligation pour les ARN de notifier leurs projets de décisions à la Commission européenne et à l'ORECE et de tenir compte de l'avis de cet organe est quant à elle précisée à l'article 7.7. de la Directive Cadre. En ce qui concerne l'ORECE, elle est également rappelée à l'article 1.3. du Règlement (CE) n° 1211/2009 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 instituant l'Organe des Régulateurs Européens des Communications Electroniques (ORECE) ainsi que l'Office (le « *Règlement ORECE* »).

B. LES CRITÈRES D'ANALYSE DES MARCHÉS PERTINENTS DE TÉLÉPHONIE ET DE DÉTERMINATION DES OPÉRATEURS PUISSANTS

3. Les critères d'analyse et de définition des marchés pertinents et de détermination des opérateurs puissants, auxquels les mesures de contrôle des prix et les obligations en matière de comptabilisation des coûts peuvent être imposées ont été définis dans divers actes de la Commission européenne. Il s'agit, entre autres, des actes suivants :
- Les Lignes Directrices du 11 juillet 2002 sur l'analyse de marché et l'évaluation de la puissance significative sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques (les « *Lignes Directrices 2002* »);
 - La Recommandation 2007/879/CE de la Commission 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 (la « *Recommandation 2007* ») ;
 - La Recommandation 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 et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communications électroniques (la « *Recommandation du 9 octobre 2014* »);
 - Les Lignes Directrices du 7 mai 2018 sur l'analyse de marché et l'évaluation de la puissance significative sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques (les « *Lignes Directrices 2018* »).

Dans leurs missions prévues dans les Directives Accès et Cadre, les ARN doivent tenir compte des critères et des méthodes définis par la Commission européenne.

S'agissant de l'analyse et de la définition du marché pertinent, l'on peut synthétiser les critères comme suit :

- Les ARN doivent procéder à une *analyse* du ou des marchés concernés, en se basant sur « *toute information recueillie ou constatation faite ainsi que sur les études et les rapports éventuellement commandités ou utilisés par les ARN* »⁷.
- Le point de départ d'une analyse de marché est l'appréciation des marchés de détails pertinents, compte tenu de la *substituabilité du côté de la demande* et de la *substituabilité du côté de l'offre*⁸.

Le critère de la substituabilité du côté de la demande est utilisé pour déterminer si et dans quelle mesure les consommateurs sont disposés à substituer d'autres services ou produits au service ou produit en question, en réaction à une hypothétique augmentation des prix relatifs légère mais significative et durable⁹.

Le critère de la substituabilité du côté de l'offre est utilisé pour déterminer si des fournisseurs autres que ceux qui offrent le produit ou le service en question réorienteraient, sans délai ou à

⁷ Lignes Directrices 2002, point 35.

⁸ Lignes Directrices 2018, point 26.

⁹ Lignes Directrices 2018, point 38.

court terme, leur production ou offrirait les produits ou les services en question sans encourir d'importants coûts supplémentaires¹⁰.

- Pour établir l'existence d'une éventuelle substituabilité du côté de la demande ou du côté de l'offre, les ARN peuvent, entre autres, se fonder sur la méthode dite du « *monopoleur hypothétique* ».
- Lorsqu'un marché de produits ou de services a été identifié, les ARN doivent ensuite définir sa dimension géographique. Le marché géographique en cause peut être défini comme le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans la fourniture ou la demande de produits et de services en cause, où elles sont exposées à des conditions de concurrence suffisamment homogènes et qui se distinguent des territoires voisins sur lesquels les conditions de concurrence sont significativement différentes¹¹.

C. LES RECOMMANDATIONS DES 17 DÉCEMBRE 2007 ET 9 OCTOBRE 2014

4. Le **17 décembre 2007**, la Commission européenne a adopté la Recommandation 2007. Cette Recommandation recensait les marchés de produits et de services de communications électroniques qui pouvaient faire l'objet d'une régulation *ex ante*, conformément à l'article 15.1 de la Directive Cadre.

La Recommandation 2007 énonce les principes suivants :

- Les ARN sont invités à analyser divers marchés de produits et de services énumérés en annexe de cette Recommandation. Ces marchés incluent, entre autres, les deux marchés visés par la Décision Attaquée :
 - *Marché 1 : Marché de détail* - Accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle et non résidentielle.
 - *Marché 2 : Marchés de gros* - Départ d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée.
- Lorsqu'elles recensent les autres marchés, qui ne sont pas repris dans cette annexe, les ARN doivent s'assurer que les trois critères suivants sont remplis « *en même temps* », pour décider si ces autres marchés peuvent être soumis à une régulation *ex ante* :
 - la présence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée, qu'elles soient de nature structurelle, légale ou réglementaire ;
 - une structure de marché qui ne présage pas d'évolution vers une situation de concurrence effective au cours de la période visée. Il faut pour cela examiner quelle est la situation de la concurrence au-delà des barrières à l'entrée ;
 - l'incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul à la ou aux défaillances concernées du marché.

5. La Recommandation du 17 décembre 2007 a été remplacée par la Recommandation du 9 octobre 2014 (« *la Recommandation 2014* »).

¹⁰ Lignes Directrices 2002, point 19 ; Lignes Directrices 2018, point 28.

¹¹ Lignes Directrices 2018, point 48.

- Cette Recommandation 2014 ôte les deux marchés visés dans la Décision Attaquée de la liste des marchés de produits et de services qui doivent être analysés.
- Cette Recommandation reprend, pour le reste, les mêmes principes que ceux énoncés dans la Recommandation 2007. Elle reprend, plus précisément, les trois critères cumulatifs énoncés dans la Recommandation 2007 pour maintenir une éventuelle régulation *ex ante*.
- Cette Recommandation ajoute cependant quelques précisions.
 - o Premièrement, l'analyse des marchés de produits ou de services, qu'ils soient ou non expressément visés par la Recommandation, fera l'objet d'une vérification par la Commission européenne¹².
 - o Deuxièmement, dans la mesure où les trois critères énoncés pour maintenir éventuellement la régulation *ex ante* des marchés de produits ou de services non expressément visés sont cumulatifs, les ARN doivent démontrer qu'au moins l'un de ces trois critères n'est pas rempli pour un marché pour déréguler ces marchés¹³.

D. LA LÉGISLATION BELGE

6. Les Directives Accès et Cadre précitées ont été transposées dans la législation belge par différents textes. Le texte de référence est la LCE précitée.

- L'article 54 de la LCE dispose que :

« 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 définit la procédure que l'IBPT doit suivre pour procéder à l'analyse de marché « nationale » et désigner les opérateurs disposant d'une puissance significative sur ce marché.

L'article 55, § 1^{er}, précise que l'analyse de marché doit être réalisée en tenant le plus possible compte des Recommandations et des Lignes Directrices de la Commission européenne et en appliquant les procédures de publication et de consultation prévues aux articles 140 à 143/1 de la LCE. Dans ce cadre, l'IBPT doit consulter la Commission européenne et l'ORECE, conformément à l'article 141, § 1^{er}, 1^{er}, de la LCE.

L'article 55, § 4, de la LCE prévoit en outre que l'IBPT doit soumettre, en vue d'une concertation préalable, ses projets de décision à l'Autorité Belge de la Concurrence.

Enfin, si l'IBPT conclut, au terme de cette procédure de concertation, qu'un marché est effectivement concurrentiel, il n'impose ni ne maintient l'une quelconque des obligations visées aux articles 58 à 65/1 de la LCE, à savoir les obligations de non-discrimination, de transparence, de séparation comptable et de contrôle des prix

¹² Points 2 et 3 de la Recommandation 2014.

¹³ Point 3, Recommandation 2014.

- Les articles 57 et suivants de la LCE énoncent les diverses mesures que l'IBPT peut prendre à l'égard des opérateurs disposant d'une puissance significative sur un marché pertinent. L'article 62 de la LCE traite spécifiquement de la mesure de contrôle des prix.

E. L'ÉVOLUTION DU CADRE RÉGLEMENTAIRE

7. Le **4 décembre 2018**, le Conseil de l'UE a officiellement adopté la directive établissant le code des communications électroniques européen (le « CCEE »). Cette directive a été publiée au Journal Officiel le 17 décembre 2018¹⁴.

Le CCEE est entré en vigueur le 20 décembre 2018¹⁵.

L'article 67 de ce nouveau code décrit la procédure d'analyse de marchés.

L'article 67.1. énonce :

« Les autorités de régulation nationales déterminent si un marché pertinent défini conformément à l'article 64, paragraphe 3, est tel qu'il justifie l'imposition des obligations réglementaires énoncées dans la présente directive. Les États membres veillent à ce qu'une analyse soit effectuée, le cas échéant, en coopération avec les autorités nationales chargées de la concurrence. Les autorités de régulation nationales tiennent le plus grand compte des lignes directrices sur la PSM et suivent les procédures visées aux articles 23 et 32 lorsqu'elles procèdent à cette analyse.

Un marché peut être considéré comme justifiant l'imposition d'obligations réglementaires énoncées dans la présente directive si tous les critères suivants sont remplis :

- a) il existe des obstacles à l'entrée importants et non transitoires d'ordre structurel, juridique ou réglementaire;
- b) la structure du marché ne présage pas d'évolution vers une concurrence effective au cours de la période visée, compte tenu de la situation de la concurrence fondée sur les infrastructures et d'autres facteurs influant sur la concurrence, indépendamment des obstacles à l'entrée;
- c) le droit de la concurrence ne permet pas à lui seul de remédier de manière adéquate aux défaillances du marché constatées.

Lorsqu'une autorité de régulation nationale procède à une analyse d'un marché figurant dans la recommandation, elle considère qu'il a été satisfait au deuxième alinéa, points a), b) et c), à moins qu'elle ne détermine qu'un ou plusieurs de ces critères ne sont pas remplis dans les circonstances nationales spécifiques. »

L'article 67.3. énonce :

« Lorsqu'une autorité de régulation nationale conclut qu'un marché pertinent ne justifie pas l'imposition d'obligations réglementaires conformément à la procédure prévue aux paragraphes 1 et 2 du présent article, ou lorsque les conditions énoncées au paragraphe 4 du présent article ne sont pas remplies, elle n'impose ni ne maintient aucune obligation réglementaire spécifique conformément à l'article 68. Dans les cas où des obligations réglementaires sectorielles spécifiques sont déjà imposées conformément à l'article 68, elle supprime ces obligations pour les entreprises sur ce marché pertinent.

Les autorités de régulation nationales veillent à ce que les parties concernées par ce retrait d'obligations bénéficient d'une période de préavis appropriée, établie en recherchant un équilibre entre la nécessité d'assurer une transition durable pour les bénéficiaires de ces obligations et les utilisateurs finaux, le choix des utilisateurs finaux, et la nécessité de ne pas maintenir la régulation plus longtemps que nécessaire. Lorsqu'elles fixent la durée de cette période de préavis, les

¹⁴ La Directive (UE) 2018/1972 du Parlement et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques, *J.O.*, 17 décembre 2018, consultable sur <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L1972&from=EN>

¹⁵ Art. 125.

autorités de régulation nationales peuvent fixer des conditions et des périodes de préavis spécifiques en ce qui concerne les accords existants en matière d'accès. »

IX. Décisions de l'IBPT – LA DECISION ATTAQUEE ET LES DECISIONS ANTERIEURES

A. LA PREMIÈRE DÉCISION DU 11 AOÛT 2006 – ANALYSE DU MARCHÉ DE LA TERMINAISON D'APPEL SUR LE RÉSEAU TÉLÉPHONIQUE PUBLIC EN POSITION DÉTERMINÉE (“FTR”)

8. Le 11 août 2006, le Conseil de l'IBPT a adopté une première décision (la « Décision du 11 août 2006 ») 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 « Téléphonie Fixe ». Cette décision porte, entre autres, sur le marché de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée ainsi que sur le marché de gros du départ d'appel (**pièce 4**)

L'analyse de marché réalisée par l'IBPT, à cette époque, met en évidence la position dominante de BELGACOM (PROXIMUS) sur ces deux marchés. BELGACOM (PROXIMUS) est considérée comme le seul opérateur puissant (« PSM »).

Cette analyse de marché relève en outre que *le marché de détail d'accès* connaît d'importants obstacles à une libre concurrence :

« Selon l'Institut, quatre problèmes peuvent se produire plus spécifiquement sur le marché de détail :

- l'opérateur puissant peut pratiquer des prix excessifs
- l'opérateur puissant peut pratiquer des prix d'éviction qui visent à entraver l'entrée de nouveaux acteurs sur le marché ou à détériorer la situation des concurrents
- l'opérateur puissant peut favoriser dans ses conditions de services certains utilisateurs par exemple sur les sections du marché où la concurrence est bien développée au détriment d'autres utilisateurs qui se trouvent donc pénalisés
- l'opérateur puissant peut chercher à grouper des produits d'une manière qui n'est pas duplicable par ses concurrents dans une manière qui fausse la concurrence.

(...)

Toutefois, les remèdes de gros imposés dans le cadre des analyses des marchés du départ d'appel, de la terminaison d'appel, et du transit sont insuffisants pour assurer une concurrence effective sur les marchés de détail et ne protègent pas les consommateurs contre les comportements de l'opérateur puissant. Si la réglementation des services de départ d'appel ou des services de terminaison d'appel fournis aux opérateurs alternatifs leur permet de fournir des services téléphoniques, elle ne constitue pas pour autant un remède efficace pour d'autres comportements potentiels de l'opérateur puissant. En particulier :

- Les remèdes de gros ne garantissent pas l'absence de couplage abusif de produits, alors que Belgacom dispose d'une gamme de services plus étendue que la plupart de ses concurrents (avec en outre une position de puissance sur les marchés de plusieurs de ces services).
- Les remèdes de gros ne garantissent pas l'absence de prix prédateurs ou de prix ciseaux ou de préférences abusives au profit de certains utilisateurs finals sur les marchés de détail par l'opérateur puissant. L'IBPT se réfère à titre d'exemple aux plaintes déposées

par des opérateurs alternatifs (soit auprès de l'IBPT, soit auprès des autorités en charge de la concurrence) concernant les plans tarifaires Benefit Excellence et Happy Time de Belgacom. Sans se prononcer ici sur ces offres, l'Institut estime qu'il existe un risque réel que des offres comportant des prix prédateurs soient introduites, et qu'il faut en tenir compte dans l'élaboration de remèdes appropriés.

- Les risques de subventions croisées anticoncurrentielles ne peuvent pas non plus être écartés, quand bien même Belgacom est soumise à une obligation de séparation comptable. Jusqu'ici en effet, l'implémentation faite par Belgacom de son obligation de séparation comptable n'a pas permis à l'Institut de se prononcer avec certitude sur l'absence de subventions croisées anticoncurrentielles (voir à ce sujet le projet de décision du Conseil de l'IBPT concernant le rapport financier séparé de Belgacom pour l'année 2002, soumis à consultation le 17 juin 2005).
- Belgacom pourrait être incitée à pratiquer des tarifs anormalement hauts en refusant de répercuter sur les clients finals les baisses de tarifs de terminaison sur les réseaux d'opérateurs tiers, privant les clients de l'effet bénéfique pour les consommateurs et des mesures imposées par l'IBPT sur les marchés de terminaison fixe (marché 9) et mobile (marché 16). Belgacom pourrait également appliquer des surtaxes ou tarifs discriminatoires qui pénaliseraient des appels vers certains abonnés d'opérateurs tiers et qui ne seraient pas justifiés par le niveau des tarifs de terminaison de ces opérateurs.

Compte tenu des comportements anticoncurrentiels que l'opérateur puissant sur les marchés de détail est susceptible d'adopter et de l'insuffisance des obligations au niveau des marchés de gros pour y remédier, l'IBPT décide d'imposer certains remèdes de détail additionnels aux obligations déjà en vigueur dans le cadre du service universel. »¹⁶

Cette analyse de marché révèle également que le *marché de gros du départ d'appel* connaît aussi d'importants obstacles à la libre concurrence.

« Le problème principal identifié lors de l'analyse de marché est la présence de barrières à l'entrée élevée que constitue l'investissement nécessaire pour dupliquer le réseau très capillaire et étendu de l'opérateur historique, créé lors d'une époque où l'opérateur bénéficiait de droits exclusifs. Imposer à l'opérateur puissant l'obligation d'offrir des services de gros aux opérateurs alternatifs est donc nécessaire pour permettre le développement d'une concurrence au niveau des services qui apportera aux utilisateurs finals un choix satisfaisant de services concurrentiels, tout en promouvant l'investissement efficace et l'innovation par les concurrents de l'opérateur puissant. Lors de l'accès au réseau de l'opérateur puissant, les opérateurs alternatifs risquent de rencontrer les problèmes suivants :

- refus d'accorder l'accès et l'interconnexion, ou retrait de l'accès,
- emploi discriminatoire des ressources du réseau de l'opérateur historique et réticence d'échanges d'informations
- des retards injustifiés dans la négociation ou la livraison
- conditions de fourniture injustifiées
- utilisation des prix anticoncurrentiels
- discrimination qualitative
- couplage de services de manière injustifiée
- utilisation illégitime d'informations concernant les concurrents. »¹⁷

Par cette première décision, l'IBPT impose à BELGACOM (PROXIMUS) diverses obligations pour réguler le *marché de gros du départ d'appel*, notamment ces obligations suivantes :

- Une obligation de faire droit aux demandes raisonnables en matière d'accès et d'interconnexion nécessaires au départ d'appel pour la fourniture au détail d'opérateurs alternatifs de services téléphoniques de base, de services de données, de services VPN, de services à valeur ajoutée (VAS) et de services utilisant des numéros 0797 ;

¹⁶ Décision du 11 août 2006, pp. 105 et suivantes.

¹⁷ Décision du 11 août 2006, pp. 148-149.

- Une *obligation de non-discrimination*, qui consiste à proposer à l'ensemble des opérateurs alternatifs les mêmes prestations de départ d'appel que celles que PROXIMUS utilise elle-même, dans des conditions tarifaires et techniques non discriminatoires ;
- Une *obligation de transparence*, imposant à PROXIMUS de publier une offre de référence concernant les prestations d'accès nécessaires à la fourniture par les opérateurs alternatifs de services téléphoniques de base (en sélection et la présélection), de services de données, de services VPN, de services à valeur ajoutée, de services utilisant des numéros 0797 ;
- Une *obligation de contrôle des prix*, imposant à PROXIMUS de soumettre à l'IBPT, pour autorisation préalable, les tarifs applicables à ces services de gros.

B. LA DEUXIÈME DÉCISION DU 31 JANVIER 2013 – MARCHÉ DE DÉTAIL D'ACCÈS

9. Le **31 janvier 2013**, l'IBPT a adopté une deuxième décision (la « *Décision du 31 janvier 2013* ») relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour le Marché 1 de la liste de la Recommandation de la Commission européenne du 17 décembre 2007 (**pièce 5**).

Cette Décision vise, en d'autres termes, *le marché de détail d'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle et non résidentielle*. Elle ne porte pas sur le marché de gros visé dans la Décision du 11 août 2006.

10. Dans le cadre de l'analyse de marché, l'IBPT relève que *le marché de détail concerné n'est pas pleinement concurrentiel*.

« 5:12 Il ressort de l'analyse de la concurrence que les marchés à faible et haute capacité se caractérisent par d'importantes parts de marché de BELGACOM, une forte concentration et l'existence de barrières à l'entrée.

5:13 Afin de favoriser la concurrence sur les marchés en question et donc de remédier aux problèmes rencontrés sur ces marchés, il convient de mettre en place des services de gros appropriés en amont. Les investissements nécessaires pour dupliquer le réseau d'accès capillaire et étendu de l'opérateur historique constituent en effet une barrière à l'adhésion élevée. Imposer l'obligation à l'entreprise d'offrir des services de gros à d'autres opérateurs de réseau est donc nécessaire pour permettre le développement de la concurrence afin que les utilisateurs finals aient un choix suffisamment large parmi les services concurrents et que les concurrents de l'opérateur historique aient la possibilité d'innover et d'investir.

5:14 Concernant ces marchés de détail, il s'agit de fournir le CS/CPS au niveau de gros sur les réseaux téléphoniques publics en position déterminée. Pour obtenir les prestations nécessaires au CS/CPS, les opérateurs de réseau alternatifs peuvent être confrontés aux problèmes suivants :

- 5:14.1 un refus d'accorder l'accès et l'interconnexion, ou un retrait de l'accès ;
- 5:14.2 utilisation discriminatoire et rétention d'information ;
- 5:14.3 tactiques de ralentissement ;
- 5:14.4 des conditions de fourniture injustifiées ;
- 5:14.5 application de prix anticoncurrentiels ;
- 5:14.6 discrimination qualitative ;
- 5:14.7 groupement injustifié de services ;
- 5:14.8 l'utilisation illégitime d'informations concernant les concurrents.

- 5:15 Les opérateurs de réseau alternatifs qui souhaitent offrir un accès sécurisé à des clients non résidentiels de grande taille avec numéros portés doivent pouvoir dupliquer l'accès sécurisé que Belgacom offre à ses grands clients non résidentiels. Si l'analyse du numéro porté s'effectue dans un central local, l'indisponibilité de ce central engendre également l'indisponibilité du client concerné. Pour ses propres clients, Belgacom a développé un accès sécurisé où le client concerné est associé à deux centraux locaux et où l'analyse du numéro s'effectue dans deux centraux de transit supérieurs.
- 5:16 Un certain nombre de problèmes peuvent évidemment se poser aussi sur les marchés de détail.
- 5:17 En comparaison des tarifs de gros facturés, le fournisseur dominant peut demander des prix trop bas sur les segments de marché où la concurrence est plus forte, de sorte que les concurrents éprouvent davantage de difficultés à acquérir ou même à conserver une part de marché plus grande. Dans une situation de ciseaux tarifaires, la duplicabilité des offres de l'opérateur PSM à l'aide des offres de gros, dont c'est justement la raison d'être, est impossible.
- 5:18 Le prestataire dominant peut offrir à certains utilisateurs un prix plus favorable au détriment d'autres utilisateurs finals. Le prestataire dominant pourrait avantager les clients sur un marché plus concurrentiel au détriment des clients présents sur un marché moins concurrentiel. Il pourrait appliquer des tarifs supérieurs sur les segments où il a pratiquement un monopole (le marché ISDN) pour pouvoir baisser les tarifs sur les segments de marché où il subit plus de concurrence comme le marché ISDN-30.
- 5:19 Ce privilège injustifié accordé à certains utilisateurs finals peut également prendre la forme d'un service moindre. Lors du raccordement ou de dépannages, le prestataire dominant peut donner la préférence aux clients sur les segments de marché concurrents au détriment de clients qui n'ont pas la possibilité ou ne sont pas enclins à passer aux fournisseurs d'accès alternatifs.
- 5:20 Le fournisseur dominant peut utiliser sa position dominante sur ce marché pour également obtenir ou renforcer une position dominante sur d'autres marchés. Les marchés de services téléphoniques en sont un exemple évident. »

11. Sur la base de ce constat, l'IBPT va imposer diverses obligations à PROXIMUS (BELGACOM), en tant qu'opérateur puissant (« PSM ») sur le marché. Il s'agit, entre autres, des obligations suivantes :

- Des obligations d'accès et d'interconnexion, notamment en matière de sélection et de présélection d'opérateur ; ces obligations comprennent les obligations de négocier de bonne foi avec les opérateurs qui demandent des prestations en matière d'accès et d'interconnexion pour la fourniture de la sélection et présélection de l'opérateur, les obligations de proposer une offre de colocalisation et d'autres formes de partage des ressources et les obligations de ne pas retirer l'accès et/ou l'interconnexion déjà accordé(e) sans préavis raisonnable¹⁸ ;
- Une obligation de *non-discrimination*, qui signifie que, « dans des circonstances analogues », l'opérateur puissant PROXIMUS doit « appliquer à l'ensemble des opérateurs tiers qui demandent des prestations pour la sélection et la présélection de l'opérateur » des conditions qualitatives et quantitatives analogues à celles qu'elle s'applique à elle-même, de sorte que la division retail de PROXIMUS ne puisse pas avantager ses propres clients »¹⁹

¹⁸ Décision du 31 janvier 2013, § 5.25.

¹⁹ Décision du 31 janvier 2013, § 5.78.

- Une obligation de *transparence*, imposant à PROXIMUS de publier une offre de référence précisant les conditions techniques et tarifaires associées au départ d'appel, les services de colocalisation et les conditions de livraison²⁰ ;
- Une obligation d'*information* à destination de l'IBPT, imposant à PROXIMUS de communiquer à l'IBPT ses accords avec les opérateurs alternatifs en matière d'accès et d'interconnexion²¹, cela afin de garantir l'application effective de l'obligation de non-discrimination²² ;
- Une obligation de *publier des indicateurs de qualité des services* (« *KPI* » ou « *Key Performance Indicators* ») ;
- Une obligation de *transparence relative à l'évolution du réseau* de PROXIMUS²³, afin de permettre aux opérateurs alternatifs d'adapter leur modèle commercial aux évolutions techniques du réseau²⁴ ;
- Une obligation de *séparation comptable* ;
- Une obligation de *contrôle des prix*, imposant à PROXIMUS de pratiquer des prix orientés sur les coûts pour les prestations relatives à la (pré)sélection de l'opérateur et pour le service relatif au routage au niveau A-AGE pour les numéros sécurisés ; cette obligation vaut tant pour le marché des raccordements à faible capacité que pour le marché des raccordements à haute capacité²⁵ ;

Cette décision est entrée en vigueur le **1^{er} mars 2013**.

Elle précise qu'elle restera en vigueur jusqu'à l'adoption d'une nouvelle décision concernant le marché de détail concerné²⁶.

C. LA DÉCISION DU 7 DÉCEMBRE 2018 – LA DÉCISION ATTAQUÉE

12. Le **27 décembre 2017**, l'IBPT a publié un projet de décision relative au marché de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée et relative au marché de gros du départ d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée (**pièce 2**).

Ce projet de décision a pour but d'analyser les deux marchés suivants et d'examiner s'il y a lieu, le cas échéant, de maintenir, de modifier ou de lever les obligations imposées à BELGACOM (PROXIMUS) par les deux décisions du 11 août 2006 et du 31 janvier 2013.

- Aux chapitres 6 et 7, l'IBPT analyse les tendances sur le marché de la téléphonie fixe et définit le **marché de détail pertinent** comme étant le **marché des raccordements téléphoniques**²⁷. L'IBPT laisse par ailleurs ouverte la question de la dimension géographique de ce marché.
- Au chapitre 8 du projet, l'IBPT procède à l'examen des trois critères énoncés dans la Recommandation du 9 octobre 2014. L'examen de l'IBPT s'arrête cependant à celui du

²⁰ Décision du 31 janvier 2013, § 5.95.

²¹ Décision du 31 janvier 2013, § 5.101.

²² Décision du 31 janvier 2013, § 5.103.

²³ Décision du 31 janvier 2013, § 5.123.

²⁴ Décision du 31 janvier 2013, § 5.131.

²⁵ Décision du 31 janvier 2013, § 5.150.

²⁶ Décision du 31 janvier 2013, § 6.21.

²⁷ Projet de décision, point 7.3.5.

premier critère, celui de *l'existence de barrières structurelles* pour l'entrée sur le marché d'accès pour la téléphonie fixe. L'IBPT propose de conclure cet examen en précisant :

« L'IBPT estime, d'un point de vue prospectif, qu'il n'y a plus de barrières structurelles pour entrer sur le marché d'accès pour la téléphonie fixe. D'une part, il est possible d'entrer sur le marché de la téléphonie stand alone comme opérateur unmanaged VoIP. D'autre part, il est possible de commercialiser des offres groupées comprenant la téléphonie fixe via les offres de gros existantes (BRUO, BROBA, WBA VDSL 2). Le fait qu'une série d'opérateurs unmanaged VoIP soient déjà sur le marché confirme ce point de vue. »²⁸

Sur la base de ce constat, l'IBPT ne procède pas à l'examen des deux autres critères de la Recommandation du 9 octobre 2014 et propose de décider de lever les obligations imposées à PROXIMUS (BELGACOM) par la Décision du 31 janvier 2013.

Plus particulièrement, l'IBPT propose de lever l'obligation imposée jusqu'alors à PROXIMUS de proposer le service d'appel pour les numéros géographiques (services « CS/CPS »). L'IBPT indique, à cet égard, que :

« La suppression de l'obligation CPS n'a pas d'impact, étant donné que PROXIMUS souhaite s'engager à continuer à exécuter les services CS et CPS aux conditions actuelles et sur une base volontaire. »²⁹

- Au chapitre 10, l'IBPT procède à l'analyse du **marché de gros pertinent du départ d'appel**.

L'IBPT constate, tout d'abord, qu'il existe deux formes de services de départ d'appel, qui « *connaissent une dynamique différente* »³⁰.

- Les services de départ d'appel pour les numéros géographiques (services CS/CPS),
- Les services de départ d'appel pour les numéros non géographiques (services VAS).

Les différences entre ces deux formes de services de départ d'appel sont détaillées aux paragraphes 234 et suivants du projet de décision.

L'IBPT note cependant que :

« Étant donné que le chapitre précédent a conclu que l'obligation de proposer le CPS est supprimée, le marché ne se compose plus que des services de départ d'appel à destination des services à valeur ajoutée. »³¹

L'IBPT procède ensuite à l'examen des marchés pertinents de produits et de services ainsi qu'à l'examen des marchés géographiques pertinents, en appliquant les tests de substituabilité de l'offre et de la demande. L'IBPT conclut son examen en écrivant que les offres de départ d'appel sur les réseaux téléphoniques publics fixes et les offres de départ d'appel sur les réseaux téléphoniques mobiles ne doivent pas être intégrées dans le marché pertinent³².

Enfin, l'IBPT examine la dimension géographique du marché pertinent. Il conclut, sur ce point, en écrivant que :

²⁸ Projet de décision, § 220.

²⁹ Projet de décision, § 222.

³⁰ Projet de décision, § 233.

³¹ Projet de décision, § 237.

³² Projet de décision, § 255.

« l'IBPT estime que la conclusion qui serait tirée concernant la délimitation géographique n'est pas pertinente. »³³

- Au chapitre 11, l'IBPT procède à l'examen des trois critères énoncés dans la Recommandation du 9 octobre 2014. Il choisit toutefois de n'analyser que le critère de la *concurrence effective*³⁴, avant même celui de l'existence de barrières structurelles pour l'entrée sur le marché pertinent. Très curieusement, l'IBPT qualifie ce critère de « *premier critère* » alors que, suivant les Recommandations de 2007 et de 2014, ce critère est le deuxième...

Sur ce point, l'IBPT arrive, par un raccourci de pensée assez étonnant, à la conclusion que ce marché serait devenu effectivement concurrentiel, en constatant que, sur la période 2010-2016, le marché de gros pour le départ d'appel vers les services VAS a diminué en importance³⁵ et évoluerait vers une situation où, sur le marché de détail en aval, il y aurait « *suffisamment d'alternatives disponibles, comme les applications smartphone et les SMS premium.* »³⁶.

Pour le reste, l'IBPT énonce, de manière lapidaire, que :

« En outre, il n'y a pas de préjudice pour le consommateur final, étant donné que l'arrêté royal du 24 mars 2009 modifiant diverses dispositions de l'arrêté royal du 27 avril 2007 relatif à la gestion de l'espace de numérotation national a fixé un plafond tarifaire. »

L'IBPT ne procède dès lors pas à l'examen des deux autres critères.

- Compte tenu de ce qui précède, l'IBPT propose, au chapitre 12, de supprimer toutes les obligations qui avaient été imposées à PROXIMUS (BELGACOM) par la Décision du 11 août 2006³⁷. En d'autres termes, PROXIMUS ne serait plus contrainte de respecter les obligations d'accès et d'interconnexion, de non-discrimination, de transparence (en ce compris l'obligation de publier une offre de référence) ou de contrôle des prix pour les services de départ d'appel vers les services VAS.

L'IBPT propose également de ne pas imposer de période transitoire après le retrait de ces obligations. Il estime que l'engagement de PROXIMUS de maintenir ses conditions actuelles d'exécution des services de départ d'appel jusqu'au 31 décembre 2019 équivaudrait *de facto* à une période transitoire³⁸.

- Pour le reste, l'IBPT propose d'abroger les deux décisions précédentes des 11 août 2006 et 31 janvier 2013 à la date d'entrée en vigueur de la future décision définitive³⁹.

13. La version non confidentielle du projet de décision de l'IBPT a fait l'objet :

- d'une consultation nationale du 28 décembre 2017 au 21 février 2018, par le biais d'une publication sur le site internet de l'IBPT ;
- d'une communication à l'Autorité Belge de la Concurrence en date du 7 septembre 2018 ;
- d'une communication aux différents régulateurs des Médias en date du 28 septembre 2018 ;

³³ Projet de décision, § 266.

³⁴ Projet de décision, point 11.2.

³⁵ Projet de décision, § 269-271.

³⁶ Projet de décision, § 278.

³⁷ Projet de décision, § 284.

³⁸ Projet de décision, § 287.

³⁹ Projet de décision, § 289.

- d'une notification à la Commission européenne en date du 30 octobre 2018.

En revanche, le projet de décision n'a fait l'objet d'aucune notification ni d'aucune consultation avec l'ORECE et les autres ARN⁴⁰, alors même que la Décision Attaquée rappelle l'existence de l'article 141 de la LCE⁴¹.

14. Suite à la publication du projet de décision, la requérante a introduit ses observations auprès de l'IBPT.

Elle a notamment fait valoir ce qui suit quant à l'analyse du *marché de détail de l'accès*:

- « 8. 3STARSNET n'est pas d'accord avec l'analyse globale et la caractérisation du marché de détail de l'accès au réseau de téléphonie fixe présentée par l'IBPT dans le projet de décision (qui constitue l'essentiel du texte du projet de décision de l'IBPT) et 3STARSNET est en désaccord avec les conclusions que l'IBPT propose de tirer, qui équivalent à une dérégulation de l'opérateur dominant du réseau fixe.
9. Pour éviter tout doute, nos préoccupations ne sont pas spécifiquement liées à la suppression des obligations d'accès de gros CS/CPS imposées à PROXIMUS (nous ne comptons pas sur le CS/CPS) ; nos préoccupations portent sur la capacité des opérateurs alternatifs, tels que 3STARSNET, à être un acteur significatif sur le marché belge des services de télécommunications à venir. Il s'agit notamment du marché de détail de la téléphonie fixe autonome, des marchés groupés et du marché du traitement des appels vers des numéros de services à valeur ajoutée.
10. L'IBPT décrit ce qu'il appelle le "caractère de moins en moins pertinent" de la téléphonie fixe autonome de détail (point 109, en référence aux points 98 et 100-101-102 sur la pénétration globale du marché des lignes autonomes et le nombre de lignes CS/CPS encore actives). 3STARSNET considère que la téléphonie fixe autonome au détail restera cruciale pour les intérêts des utilisateurs finaux professionnels (entreprises, administrations publiques et fournisseurs de contenu premium) dans un avenir prévisible, tout en reconnaissant que le regroupement est important dans tous les segments du marché. De nombreux utilisateurs finaux professionnels n'exigent pas des offres groupées de la même manière que les consommateurs préfèrent souvent les offres groupées. L'IBPT s'appuie sur des statistiques agrégées pour toutes les lignes, mais n'a pas examiné spécifiquement l'importance et les besoins des utilisateurs finaux professionnels. Un tel examen est nécessaire avant que l'IBPT puisse tirer des conclusions sur la pertinence des marchés autonomes et groupés, en particulier lorsque cela alimente la définition du marché et un test à trois critères pour une régulation *ex-ante* des marchés de gros.
11. L'IBPT semble relativement peu préoccupé par l'état de la concurrence dans le domaine de l'accès au réseau de téléphonie fixe au détail, tant autonome que groupé, en mettant l'accent sur la faiblesse des barrières à l'entrée (points 207 et 208) et la disponibilité d'un accès (générique) réglementé au réseau de gros (points 211, 213 et 217). 3STARSNET trouve cela très surprenant, étant donné que les marchés de détail de la téléphonie fixe (marchés de détail s'adressant aux consommateurs et marchés s'adressant aux professionnels) en Belgique sont exceptionnellement concentrés entre les mains de deux opérateurs de réseaux basés sur l'infrastructure dans une zone géographique donnée, et que PROXIMUS continue à dominer tous les segments du marché s'adressant aux utilisateurs finaux professionnels. L'IBPT doit examiner de manière spécifique et complète la situation réelle du marché (en fait sa concentration), et l'IBPT ne peut se fonder sur des considérations hypothétiques concernant les coûts prétendument faibles des opérateurs alternatifs (potentiels). L'IBPT doit également se demander pourquoi les options d'accès en gros (génériques) auxquelles il fait référence, bien que techniquement disponibles, ne semblent pas être un vecteur majeur de concurrence. Si les barrières à l'entrée étaient vraiment aussi faibles que celles décrites par l'IBPT, pourquoi la situation du marché est-elle aussi concentrée qu'elle l'est et pourquoi les autres opérateurs qui existent ont-ils eu un impact aussi limité sur le marché ? Un examen approfondi de l'IBPT est nécessaire avant que l'IBPT puisse tirer des conclusions sur les barrières à l'entrée - et les barrières à l'expansion - d'autres opérateurs. Un tel examen est nécessaire avant que l'IBPT puisse

⁴⁰ Projet de décision, § 37.

⁴¹ Décision Attaquée, § 23.

tirer des conclusions sur le test des trois critères pour le marché de détail de l'accès au réseau de téléphonie fixe.

12. Nous sommes particulièrement consternés de voir l'IBPT affirmer que les coûts d'entrée/existence sur le marché pour les opérateurs alternatifs seraient faibles ou inexistant (points 207, 208, 211, 212, 213, 217) - sans fournir aucune donnée technique et/ou financière/économique. Cela ne tient pas compte de la réalité et de l'économie des petites entreprises, pour lesquelles les dépenses d'investissement et les dépenses d'exploitation représentent des dépenses de trésorerie très réelles. L'IBPT affirme qu'il serait facile de passer du TDM au IP, y compris pour l'interconnexion, que l'investissement serait bon marché et que les coûts irrécupérables seraient faibles voire nuls. Tous ces éléments nous semblent gravement défectueux. 3STARSNET n'a pas été consulté par l'IBPT sur ce qu'est son CAPEX et son OPEX en tant que petite entreprise participant aux marchés que l'IBPT analyse. Il est clair que l'IBPT a encore beaucoup à faire pour comprendre la position économique des opérateurs alternatifs actifs en Belgique sur les marchés qui font l'objet de la présente consultation, avant que l'IBPT puisse parvenir à des conclusions définitives. Il en va de même lorsque l'IBPT discute des solutions d'accès de gros (génériques) et affirme que, d'ici 2018, l'on peut compter sur le dégroupage de la boucle locale pour entrer sur le marché et que la vente en gros, la revente et l'accès aux réseaux câblés constituent un élément pertinent. Le fait est que le dégroupage de la boucle locale est en déclin et que seul Orange a été en mesure de surmonter les obstacles à l'entrée initiale inscrits dans les décisions de l'IBPT sur la revente/accès au câble (tarifs initiaux élevés à payer à plusieurs câblo-opérateurs, complexité opérationnelle, etc.) Nous sommes donc en profond désaccord avec chacune des déclarations et conclusions de l'IBPT à cet égard. Il s'agit d'affirmations de l'IBPT, que l'IBPT n'a singulièrement pas étayées, ne répondant pas aux normes requises pour une analyse de marché par une ARN, comme l'exigent la législation belge et le cadre réglementaire de l'UE.
13. Nous réitérons également notre déclaration en réponse à la CONSULT-2017-D8 de l'IBPT selon laquelle les opérateurs alternatifs, en particulier ceux qui se concentrent sur la téléphonie fixe, seront prochainement confrontés à un pic des investissements et à un pic OPEX liés à la nécessité d'exécuter en parallèle une interconnexion TDM et une interconnexion IP avec PROXIMUS. Ceci est particulièrement problématique lorsque le trafic augmente (nécessitant des investissements dans l'interconnexion TDM juste au moment où elle est sur le point d'être supprimée) et serait économiquement très problématique si elle était combinée avec les réductions de FTR imposées par l'IBPT dans le même laps de temps.
14. Sur la base des points exposés ci-dessus, 3STARSNET ne peut être d'accord avec les points 220 et 223 du projet de décision de l'IBPT, dans lesquels l'IBPT propose qu'il n'existe, à l'avenir, aucune barrière structurelle à l'entrée sur le marché de détail de l'accès au réseau téléphonique fixe (critère 1) et l'IBPT juge superflu d'examiner les obstacles à une évolution vers une situation de concurrence effective (critère 2). 3STARSNET estime inconcevable que l'IBPT puisse se satisfaire des conditions de *statu quo* du niveau de concurrence sur le marché belge de la téléphonie fixe. Il existe certainement des obstacles à l'entrée et à l'expansion sur le marché et il n'y a pas d'évolution vers la réalisation d'une concurrence effective dans le cadre du cadre réglementaire actuellement en vigueur. La mise en œuvre des propositions de l'IBPT reviendrait à cimenter la structure de marché existante, ce qui est manifestement insatisfaisant tant du point de vue de l'utilisateur final professionnel que de celui des concurrents.
15. Remarque : 3STARSNET ne demande pas le maintien des obligations CS/CPS traditionnelles sur PROXIMUS. 3STARSNET considère que l'IBPT devrait se détourner de l'aspect dérégulateur de cette analyse de marché et devrait au contraire reconnaître et réellement s'attaquer aux obstacles sérieux à l'expansion auxquels sont confrontés les petits opérateurs alternatifs dans un environnement qui est de plus en plus caractérisé par le regroupement des services par de grands opérateurs intégrés verticalement. » (**pièce 3**)

La requérante a en outre fait valoir ce qui suit, quant à l'analyse du marché de gros de départ d'appel et a, entre autres, contesté le raisonnement tenu par l'IBPT pour considérer que ce marché serait effectivement concurrentiel.

- « 16. 3STARSNET reconnaît qu'il existe deux marchés de gros distincts, avec une dynamique concurrentielle différente, l'un pour le départ d'appel fixe en gros et l'autre pour le départ d'appel en gros pour la fourniture de services à valeur ajoutée (ci-après "SVA").
17. Nous constatons que le projet de décision de l'IBPT ne définit pas formellement le marché de gros du départ d'appel en gros pour la fourniture de SVA. En fait, l'IBPT semble disposer d'un matériel standard copié-collé sur les distinctions entre les marchés fixe et mobile, les marchés de départ et de transit, la dimension géographique, etc. 3STARSNET considère qu'il s'agit d'une grave défaillance réglementaire de la part de l'IBPT. Il est clair que l'IBPT a encore beaucoup à faire pour comprendre et exprimer l'économie spécifique du marché du départ d'appel SVA en gros, avant que l'IBPT puisse adopter une décision à ce sujet.
18. En ce qui concerne la réalisation du test des trois critères, l'IBPT indique que les volumes d'appels vers les numéros SVA ont fortement diminué d'année en année au cours des dix dernières années (points 269 et 270) et que l'auto-provisionnement par les opérateurs intégrés verticalement a augmenté (point 271). Bien que ces éléments soient incontestablement corrects sur le plan factuel (notamment en raison de la détérioration de la concurrence sur le marché belge au cours des dix dernières années), l'IBPT s'appuie sur ces éléments (y compris les paragraphes 272 à 277 suivants) pour conclure (paragraphes 278 à 279) qu'il existe une concurrence suffisante (même si la part de marché de PROXIMUS dépasse le seuil *prima facie* pour la PSM - paragraphe 277) et que les alternatives sont suffisantes (SMS et Internet) et que le premier critère des trois critères ne serait donc pas satisfait.
19. **3STARSNET est en profond désaccord avec le projet de décision de l'IBPT à cet égard, pour les raisons suivantes : i) la réduction globale des volumes d'appels SVA n'est PAS un indicateur d'un meilleur fonctionnement du marché, ii) l'augmentation de l'auto-provisionnement par les opérateurs verticalement intégrés n'est PAS un indice d'une concurrence accrue (bien au contraire, elle reflète très probablement une concentration malsaine du marché), iii) le fait que le départ des appels SVA pour des opérateurs tiers représente seulement un petit volume d'appels ne justifie pas de négliger des problèmes de concurrence, (iv) Les SMS et Internet peuvent affecter indirectement les marchés des SVA vocaux, mais si l'IBPT souhaite faire valoir que les applications SMS et smartphones, et plus généralement Internet, font partie du même marché en cause que le départ d'appel SVA en gros, l'IBPT doit procéder à une analyse de substitution du marché entièrement détaillée, plutôt que de faire une affirmation non fondée en deux paragraphes seulement (272 et 273).**

V. Paragraphe 280

20. Au paragraphe 280 du projet de décision, l'IBPT indique simplement, sans fournir d'analyse juridique ou économique connexe, que la régulation directe du marché de détail, sous la forme de l'arrêté royal du 24 mars 2009, implique qu'il n'y aurait aucun préjudice pour les consommateurs (de la dérégulation du marché de gros du départ d'appel aux numéros à valeur ajoutée) puisque les prix de détail sont limités par la législation.
21. 3STARSNET est fondamentalement en désaccord avec le projet de décision de l'IBPT à cet égard. L'existence d'un plafonnement des prix de détail n'empêche pas les opérateurs de départ d'appel de gros de chercher à augmenter leur part de la valeur générée, c'est-à-dire à redistribuer la chaîne de valeur des télécommunications en leur faveur et au détriment des autres acteurs de la chaîne de valeur. C'est exactement ce qui s'est produit en 2009, lorsque les opérateurs de réseaux mobiles ont décidé d'augmenter considérablement leurs tarifs de gros pour le départ d'appel, ce qui s'est avéré un succès en 2010, malgré l'existence - déjà à l'époque - de plafonds de prix de détail établis par la législation belge.
22. L'expérience récente aux Pays-Bas, après la dérégulation par ACM du départ d'appel en gros pour les appels vers des numéros de services à valeur ajoutée, en présence de plafonds de prix de détail établis par la législation, démontre également que KPN (l'opérateur historique du réseau fixe) a pu faire basculer le marché, au détriment des autres opérateurs. Nous demandons instamment à l'IBPT de contacter l'ACM aux Pays-Bas pour une discussion approfondie sur l'évolution des marchés des SVA au cours des dernières années. Cela conduira certainement l'IBPT à reconnaître que les marchés de gros et de détail liés aux SVA se caractérisent par des problèmes de concurrence très importants, même en présence d'une législation directe fixant des prix maximaux pour les SVA au détail.

23. L'ORECE a également identifié de graves problèmes en ce qui concerne le départ d'appel en gros pour les appels vers les SVA. 3STARSNET a été l'un des contributeurs à ce rapport de l'ORECE, reflétant son expérience sur le marché belge. 3STARSNET invite instamment l'IBPT à examiner le rapport de l'ORECE sur cette question et à en tenir compte dans son analyse de marché.
- VI. Traitement global de l'origine des appels SVA
24. En examinant le projet de décision de l'IBPT, nous constatons que le départ d'appel en gros pour la fourniture de services à valeur ajoutée ne représente que les paragraphes 231 à 283, correspondant aux pages 82 à 96 du projet de décision. Sur la base de ces 14 pages seulement, l'IBPT propose de conclure que la dérégulation serait justifiée.
25. 3STARSNET n'est respectueusement pas d'accord. Nous considérons que l'IBPT n'a pas satisfait à la norme de preuve pour la dérégulation proposée. L'analyse économique et juridique nécessaire fait défaut et l'IBPT n'a pas tenu compte des préoccupations de l'ORECE sur cette question très spécifique et semble également ignorer le précédent belge en matière de départ d'appel mobile en gros. 3STARSNET s'attend à ce que l'IBPT maintienne un niveau plus élevé d'analyse de marché et de rigueur administrative avant de prendre des décisions de dérégulation qui auront de profondes répercussions sur le marché.
- VII. Offre de référence PROXIMUS pour l'établissement d'appels SVA
26. 3STARSNET est très préoccupée par le fait que l'IBPT, en incluant dans son projet de décision des propositions de modification des offres de référence en gros de PROXIMUS, pourrait avoir négocié bilatéralement avec PROXIMUS, avant la consultation publique, des addenda aux offres de référence en gros de PROXIMUS, et des engagements réglementaires connexes au-delà des dates proposées de dérégulation, sans impliquer de preneurs d'accès.
27. 3STARSNET, pour sa part, n'a connaissance d'aucune discussion sur les engagements de PROXIMUS concernant le maintien des dispositions actuellement applicables au-delà de la dérégulation. C'est très inquiétant. Tous les aspects des accords proposés entre l'organisme de réglementation et l'exploitant PSM devraient faire l'objet d'une consultation publique complète, en particulier lorsqu'il est proposé de supprimer le statut de PSM.
28. Il est particulièrement préoccupant qu'après la dérégulation, PROXIMUS soit en mesure (sans contrôle de l'IBPT) de :
- a) modifier sa structure de tarification du départ d'appel SVA (notamment son départ d'appel, son "coût de transfert d'argent" et ses frais de transit (non réglementés), et
 - b) augmenter ses tarifs en fonction de l'inflation (indice de consommation SPF Economie) alors que les prix de détail sont plafonnés par arrêté royal, ce qui permet à PROXIMUS d'augmenter sa marge aux dépens des autres acteurs de la chaîne de valeur. Nous croyons comprendre que, dans le régime actuel, l'ajustement à l'inflation n'est pas prévu.
- Cela permettrait à PROXIMUS de favoriser ses propres activités verticalement intégrées et de nuire *de facto* à des entreprises telles que 3STARSNET. » (**pièce 3**)

La requérante conclut ses observations par les remarques suivantes :

- « 29. En bref, et sur la base des considérations exposées dans les sections précédentes, nous demandons à l'IBPT d'examiner formellement les points suivants, avant de finaliser toute décision sur le départ d'appel fixe en gros.
30. L'IBPT ne peut pas finaliser une décision sans avoir réalisé, avec sérieux, des études d'impact économique spécifiques, comme suit :
- i) Évaluation économique spécifique des besoins des utilisateurs professionnels (entreprises, administrations publiques, fournisseurs de contenu) pour la téléphonie fixe autonome de détail et pour les marchés groupés de détail impliquant la téléphonie fixe. Cela est nécessaire pour établir, sur la base des faits, si la demande du marché est satisfaite et si une intervention réglementaire est justifiée, notamment en ce qui concerne les marchés groupés.
 - ii) Appréciation économique spécifique de la structure du marché et du degré de concurrence pour la téléphonie fixe autonome de détail et pour les marchés

groupés de détail impliquant la téléphonie fixe. Ceci est nécessaire afin d'exposer le degré de concentration de ces marchés en Belgique et d'éviter de fonder les décisions de l'IBPT sur des considérations hypothétiques d'entrée (potentielle) sur le marché. Une attention particulière doit être accordée à la position des petits opérateurs alternatifs, aux coûts (CAPEX, OPEX, cash-flow) auxquels ils sont confrontés (y compris les coûts d'interconnexion et de transit avec PROXIMUS) et aux obstacles à leur expansion.

- iii) Évaluation économique spécifique de la pertinence des solutions (génériques) d'accès de gros (dégrouper de la boucle locale, WBA VDSL2, revente/accès au câble) en tant que moyen de soutenir la concurrence sur les marchés de détail de la téléphonie fixe, une attention particulière étant accordée à la capacité des autres opérateurs à se faire concurrence efficacement tant pour la téléphonie fixe de détail autonome que pour les marchés groupés, dont la téléphonie fixe.
- iv) Analyse de marché spécifique du marché du départ d'appel en gros vers des numéros de service à valeur ajoutée. L'IBPT ne peut déréglementer ce marché sans l'avoir analysé.
- v) Analyse spécifique du marché de gros pour accéder par SMS et Internet aux fournisseurs de services/contenu/applications. L'IBPT ne peut invoquer une telle substitution pour justifier une déréglementation sans l'avoir analysée. » (**pièce 3**)

15. Le **17 décembre 2018**, le site de l'IBPT publie la Décision Attaquée, qui est datée du 7 décembre 2018 (**pièce 1**).

Cette décision est entrée en vigueur le premier jour du deuxième mois qui a suivi sa publication, soit le **1^{er} février 2019**.

La Décision Attaquée reprend, en très grande partie, le même raisonnement que celui tenu dans le projet de décision. La Décision Attaquée ne contient que quelques ajustements et compléments par rapport au projet de décision du 27 décembre 2017.

- L'analyse de marché reprend la chaîne de valeur de ce marché qui avait été décrite dans le projet de décision⁴².
- L'analyse de marché reprend la distinction entre les services de départ d'appel CS/CPS (vers des numéros géographiques) et les services de départ d'appel VAS .

L'analyse de marché de ces derniers services reste toutefois très succincte.

L'IBPT n'inclut par ailleurs plus les « *chatbots* » (robots conversationnels), les SMS et les applications mobiles dans le marché analysé. L'IBPT note toutefois que ces solutions techniques peuvent être prises en compte dans le cadre du test des trois critères pour déterminer si ce marché peut encore faire l'objet d'une régulation *ex ante*⁴³.

Pour le reste, l'IBPT répond à diverses remarques des opérateurs.

- L'analyse de marché se poursuit par l'application des tests de substituabilité de l'offre et de la demande.
- L'IBPT conclut à la substituabilité du côté de la demande entre les différentes méthodes techniques pour fournir des services de gros pour le départ d'appel⁴⁴, sans prendre la peine d'énumérer ou, à tout le moins, de décrire ces différentes méthodes techniques⁴⁵.

⁴² Décision Attaquée, §§ 348-354.

⁴³ Décision Attaquée, § 356.

⁴⁴ Décision Attaquée, § 372.

⁴⁵ Décision Attaquée, § 370-371.

En revanche, l'IBPT rejette la substituabilité entre le départ d'appel et la terminaison d'appel⁴⁶ ainsi que la substituabilité entre le départ d'appel et le transit d'appel⁴⁷.

Enfin, l'IBPT considère également que les services de départ d'appel sur les réseaux publics fixes (en position déterminée) ne peuvent pas être intégrés dans le même marché pertinent.

- Pour le reste, l'IBPT conclut son analyse de marché en écrivant que le marché pertinent a une dimension géographique nationale⁴⁸.

L'examen des trois critères de la Recommandation du 9 octobre 2014 est, quant à lui, réalisé en appliquant la même approche que dans le projet de décision. L'IBPT n'examine que le deuxième des trois critères, à savoir celui de l'existence d'une concurrence effective sur le marché concerné. L'examen de l'IBPT ne porte pas sur le premier critère (l'existence de barrières à l'entrée), alors que ce point avait été très longuement analysé dans la précédente analyse de marché. L'IBPT note, en effet, dans le chapitre 11 :

« Ce chapitre soumet le marché de gros du départ d'appel au test des trois critères. L'IBPT commence son évaluation avec le critère de l'évolution vers la concurrence effective (deuxième critère de la recommandation susmentionnée). »⁴⁹

- Pour affirmer que ce marché serait devenu effectivement concurrentiel, l'IBPT part du constat que le marché des appels VAS a connu une diminution entre 2010 et 2017. Il relève, en passant, que PROXIMUS a vu sa part de marché diminuer à 40 %⁵⁰. L'IBPT admet cependant que PROXIMUS reste « *un opérateur dominant* » et « *a toujours une part de marché assez élevée* »⁵¹.

- L'IBPT affirme ensuite, sans fournir quelques données ni éléments précis que ce soient, que la diminution du volume d'appels VAS et de la part de marché de PROXIMUS serait due au fait que « *de plus en plus de services proposés via des numéros non géographiques sont à présent également proposés via Internet (entre autres des robots conversationnels) ou des services SMS (premium)* »⁵². L'IBPT ajoutera, un peu plus loin, les services accessibles par l'internet mobile ou via la téléphonie mobile. Selon l'IBPT,

« le rétrécissement du marché » pourrait être « vu comme un signal d'évolution du marché vers une situation de concurrence effective de par la concurrence de formes de communications alternatives. »⁵³

« la diminution de la demande et la diminution de la part de marché de PROXIMUS peuvent donc s'expliquer par un déplacement des appels de téléphonie fixe vers d'autres manières de joindre les services à valeur ajoutée. »⁵⁴

- Par ailleurs, l'IBPT continue à affirmer, sans démonstration précise, que le marché évoluera vers une situation de concurrence effective à l'avenir⁵⁵.
- Enfin, dans la mesure où, suivant l'IBPT, le deuxième critère de la Recommandation du 9 octobre 2014 n'est plus rempli, l'IBPT termine son examen et conclut à la nécessité de déréguler le marché de gros de départ d'appel vers les numéros non géographiques.

⁴⁶ Décision Attaquée, §§ 374-379.

⁴⁷ Décision Attaquée, §§ 380-390.

⁴⁸ Décision Attaquée, § 406.

⁴⁹ Décision Attaquée, § 410.

⁵⁰ Ce chiffre n'est toutefois étayé par aucune donnée précise.

⁵¹ Décision Attaquée, § 413.

⁵² Décision Attaquée, § 419.

⁵³ Décision Attaquée, § 425.

⁵⁴ Décision Attaquée, § 431.

⁵⁵ Décision Attaquée, § 433.

En ce qui concerne le marché de gros de départ d'appel, l'IBPT estime qu'il n'y a pas lieu d'imposer une période transitoire. L'IBPT reprend, sur ce point aussi, les arguments développés dans le projet de décision⁵⁶. L'IBPT estime que l'offre de PROXIMUS de maintenir les conditions actuelles jusqu'au 31 décembre 2019 constitue un substitut satisfaisant à cette période transitoire.

L'IBPT explique, enfin, qu'après cette dérégulation, il lui sera toujours possible de faire usage des moyens légaux octroyés par la LCE pour corriger les effets néfastes de cette dérégulation, à savoir les procédures de conciliation, les procédures de règlement des litiges entre opérateurs ou l'imposition de solutions destinées à garantir l'interconnexion entre les réseaux des divers opérateurs⁵⁷.

Sur la base de ce qui précède, l'IBPT abroge les deux décisions antérieures des 11 août 2006 et 31 janvier 2013 qui imposaient diverses obligations réglementaires à PROXIMUS.

D. EFFETS ET CONSEQUENCES DE LA DECISION ATTAQUEE

16. La Décision Attaquée a, comme précisé ci-dessus, pour effet de déréguler un marché antérieurement régulé par les deux décisions des 11 août 2006 et 31 janvier 2013.

Plus particulièrement, la Décision Attaquée supprime les obligations suivantes, qui avaient été imposées à PROXIMUS, en sa qualité d'opérateur puissant sur le marché de gros du départ d'appel par la Décision du 11 août 2006 :

- L'obligation de faire droit aux demandes raisonnables en matière d'*accès* et d'*interconnexion* nécessaires au départ d'appel pour la fourniture au détail d'opérateurs alternatifs de services téléphoniques de base, de services de données, de services VPN, de services à valeur ajoutée (VAS) et de services utilisant des numéros 0797 ;
- L'*obligation de transparence*, imposant à PROXIMUS de publier une offre de référence concernant les prestations d'accès nécessaires à la fourniture par les opérateurs alternatifs de services téléphoniques de base (en sélection et la présélection), de services de données, de services VPN, de services à valeur ajoutée, de services utilisant des numéros 0797 ;
- L'*obligation de non-discrimination*, qui consiste à proposer à l'ensemble des opérateurs alternatifs les mêmes prestations de départ d'appel que celles que PROXIMUS utilise elle-même, dans des conditions tarifaires et techniques non discriminatoires ;
- L'*obligation de contrôle des prix*, imposant à PROXIMUS de soumettre à l'IBPT, pour autorisation préalable, les tarifs applicables à ces services de gros (**pièce 4**).

Par ailleurs, la Décision Attaquée n'impose, formellement, aucune obligation pour PROXIMUS de maintenir les conditions actuelles. La Décision Attaquée se borne en effet à constater que PROXIMUS a pris un engagement de ce faire jusqu'au 31 décembre 2019.

17. *De facto*, la suppression de la régulation *ex ante* entraîne des risques importants pour les utilisateurs finaux, et pour les opérateurs alternatifs.

⁵⁶ Décision Attaquée, §§ 444-445.

⁵⁷ Décision Attaquée, §§ 448 et suivants.

A partir du 1^{er} janvier 2020, les opérateurs alternatifs seront à la merci des décisions de PROXIMUS lorsque l'accès et l'interconnexion au réseau PROXIMUS sera nécessaire pour déployer leurs activités sur le marché des communications téléphoniques non géographiques.

En cas de difficultés (telles que le refus d'interconnexion avec le réseau de PROXIMUS, l'augmentation des tarifs (notamment de gros) de la part de PROXIMUS, l'application de conditions techniques déraisonnables ou anormales), la seule possibilité qui leur est offerte, pour protéger leurs activités, est de recourir au droit commun de la concurrence (régulation *ex post*) et de mettre en œuvre les moyens de contrôle *a posteriori* prévus par la LCE et la législation belge en matière de concurrence. La disponibilité de la procédure de médiation que l'IBPT invoque dans au chapitre 12 de la Décision Attaquée ne peut être invoquée qu'après qu'un incident se produise entre opérateurs, et n'a pas prouvé son efficacité en termes de protection de la concurrence et de l'utilisateur final (qu'il soit un consommateur ou une entreprise).

L'utilisation de moyens de contrôle *a posteriori* peut faire perdre un temps considérable aux opérateurs alternatifs, dans un secteur d'activités qui est caractérisé par son caractère très évolutif.

Ces risques ne sont pas purement théoriques. A diverses reprises, la Décision Attaquée fait référence aux litiges survenus en 2009, suite à l'entrée en vigueur de l'arrêté royal du 24 mars 2009⁵⁸. Cet arrêté avait harmonisé les plafonds tarifaires entre les appels fixes et les appels mobiles. Un opérateur menaçait de ne plus transmettre certains appels, étant donné que l'indemnité de gros ne lui paraissait plus suffisante pour rémunérer ses services⁵⁹. Un autre opérateur avait même augmenté les frais qu'ils pratiquaient pour le transit des appels vers les services VAS entre les réseaux fixes et les réseaux mobiles⁶⁰.

Ces difficultés avaient mis en péril l'activité d'opérateurs alternatifs qui, à l'instar de la requérante, proposaient à leurs clients des numéros VAS. Il n'était plus possible de garantir l'acheminement des appels vers les numéros VAS ni de garantir la rentabilité des services de contenus/applications proposés via les numéros VAS. L'augmentation des frais de transit pouvait diminuer le solde du tarif maximal appliqué aux appels VAS que devaient se partager les autres intervenants (opérateurs alternatifs ou service providers concernés).

Ce n'est finalement que le 28 juin 2011, soit deux ans après l'entrée en vigueur de cet arrêté du 24 mars 2009, que l'IBPT a publié « une communication » (dont le caractère contraignant n'est pas démontré) en vue résoudre les problèmes dénoncés⁶¹.

Pendant une période de deux ans, certains opérateurs ont donc vécu avec l'incertitude.

⁵⁸ Arrêté royal modifiant diverses dispositions de l'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, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2009.

⁵⁹ Décision Attaquée, § 365.

⁶⁰ Communication du Conseil de l'IBPT du 28 juin 2011 concernant les appels vers des services à valeur ajoutée au départ des réseaux mobiles, § 8; consultable sur https://www.ibpt.be/public/files/fr/1819/3526_fr_communication_principes_conciliation_vas_fr_final.pdf.

⁶¹ Idem.

X. MOYENS DE LA REQUERANTE

A. A TITRE LIMINAIRE – ABSENCE DE PREUVE D'UNE DÉCISION PRISE CONFORMÉMENT AUX DISPOSITIONS LÉGALES APPLICABLES (PREMIER MOYEN) – ANNULATION TOTALE DE LA DÉCISION ATTAQUÉE

18. La Décision Attaquée a été publiée sur le site de l'IBPT en date du 17 décembre 2018. Elle ne reprend aucune signature.

A ce stade, la requérante n'est pas en mesure de déterminer si la Décision Attaquée a effectivement et valablement été prise par le Conseil de l'IBPT, dans les conditions imposées, d'une part, par les articles 16, al. 1^{er}, et 22 de la loi du 17 janvier 2003 sur le statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges et, d'autre part, par les articles 5 à 8 de l'arrêté royal du 19 mars 2014 portant règlement d'ordre intérieur du Conseil de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications.

Dans une telle situation, la jurisprudence enseigne qu'il faut présumer, jusqu'à preuve du contraire (non fournie à ce stade), que la Décision Attaquée a été prise par une personne incompétente⁶².

19. L'incompétence de l'auteur de la Décision Attaquée entraîne l'annulation de cette décision.

20. A titre subsidiaire et avant dire droit, la requérante invite la Cour de céans à condamner l'IBPT à produire tous les éléments probants démontrant que le Conseil de l'IBPT a effectivement et valablement pris la Décision Attaquée.

Il s'agit des documents suivants : la convocation et l'ordre du jour pour la réunion du 7 décembre 2018, le quorum de cette réunion, l'original du procès-verbal de cette réunion ainsi que l'original de la Décision Attaquée.

B. VIOLATION D'UNE FORME SUBSTANTIELLE - ABSENCE DE NOTIFICATION ET DE CONSULTATION DE L'ORECE ET DES AUTRES REGULATEURS (DEUXIÈME MOYEN) – ANNULATION TOTALE DE LA DÉCISION ATTAQUÉE

21. La Décision Attaquée précise ce qui suit :

« 37. L'article 141 de la loi du 13 juin 2005 détermine les conditions et règles applicables en matière de consultation par l'IBPT de la Commission européenne, de l'ORECE et des autorités réglementaires nationales (ARN) des autres États membres.

⁶² C.E., 19 mai 2004, n° 131.610, *SWDE*; 21 octobre 1987, n 28.641, *Naoumoff*.

38. En application de ces dispositions, l'IBPT a notifié son projet de décision à la Commission européenne le 30 octobre 2018. Le projet de décision a été enregistré sous le code BE/2018/2124.
39. La Commission européenne a envoyé à l'IBPT une demande d'informations le 15 novembre 2018 et l'IBPT y a répondu le 20 novembre 2018.
40. La Commission européenne a envoyé son avis le 30 novembre 2018 et n'a pas de remarques.»

22. L'article 141, § 1^{er}, de la LCE, auquel ce passage de la Décision Attaquée fait expressément référence, énonce que :

« Pour autant qu'un projet de décision de l'Institut puisse avoir des incidences sur les échanges entre les Etats membres et qu'il tende à :

- 1° définir un marché pertinent, en application de l'article 54,
- 2° conclure qu'un marché pertinent est concurrentiel ou non, en application de l'article 55, §§ 2 et 3, ou
- 3° imposer ou modifier des obligations à un opérateur disposant d'une puissance significative sur un marché pertinent, en application de l'article 55, § 3, ou
- 4° imposer des obligations à des opérateurs qui n'ont pas été désignés comme disposant d'une puissance significative sur un marché pertinent, en application de l'article 56, § 1er, 1° et 5°, ou
- 5° imposer la modification d'accords d'accès déjà conclus, en application de l'article 57, ou
- 6° imposer la modification de l'offre de référence, en application de l'article 59, § 4, ou
- 7° déterminer les conditions de l'accès à fournir, en application des articles 51, 52 et 61, § 3, alinéa 2,

l'Institut consulte la Commission européenne, l'ORECE et les autorités réglementaires nationales des Etats membres. »

A la lecture de cette disposition, l'on peut constater que la consultation de l'ORECE et des autres ARN constitue une formalité expressément imposée à l'IBPT. Dans tous les cas de figure visés aux points 1° à 7°, l'IBPT est tenu de respecter cette obligation de consultation. Cette disposition ne fait aucune distinction et ne crée aucune hiérarchie entre la consultation de la Commission européenne et la consultation de l'ORECE et des autres régulateurs. Cette disposition ne prévoit pas non plus d'exception.

23. Toutefois, force est de constater que la Décision Attaquée ne respecte pas cette obligation, alors que cette même décision a plusieurs objets, qui rencontrent les cas de figure visés aux points 1°, 2°, et 3° de l'article 141, § 1^{er}, de la LCE.

- La Décision Attaquée procède à l'analyse de marché pertinent (le marché de gros de départ d'appel fixe) (article 141, § 1^{er}, 1°, et article 54 de la LCE) ;
- La Décision Attaquée conclut que ce même marché pertinent est concurrentiel (article 141, § 1^{er}, 2° et article 54 et 55, §§ 2 et 3, de la LCE).

24. La violation de cette obligation de consultation constitue une violation de la « loi » et une violation d'une forme substantielle qui n'est pas prévue dans le seul intérêt de l'administration.

- Il y a tout d'abord une violation de l'article 141, § 1^{er}, de la LCE.

L'article 141, § 2, de la LCE précise par ailleurs que :

« L'Institut tient compte le plus possible des observations qui lui sont adressées dans le mois de la notification du projet de décision par la Commission européenne, l'ORECE et les autorités réglementaires nationales des Etats membres. »

Ces dispositions sont complétées par l'article 7, 4°, de la LCE :

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

4° en coopérant avec d'autres autorités réglementaires nationales ainsi qu'avec la Commission européenne et l'ORECE, de manière transparente, afin de veiller à l'élaboration de pratiques réglementaires cohérentes au niveau européen. »

- La violation de cette obligation constitue également une violation de l'article 7.3. de la Directive Service qui énonce que :

« Sauf disposition contraire dans les recommandations ou les lignes directrices arrêtées conformément à l'article 7 ter au terme de la consultation visée à l'article 6, dans les cas où une autorité réglementaire nationale a l'intention de prendre une mesure qui :

- a) relève de l'article 15 ou 16 de la présente directive, ou de l'article 5 ou 8 de la directive 2002/19/CE (directive «accès»); et
- b) aurait des incidences sur les échanges entre les États membres,

elle met à disposition de la Commission, de l'ORECE et des autorités réglementaires nationales des autres États membres, simultanément, le projet de mesure ainsi que les motifs sur lesquels la mesure est fondée, conformément à l'article 5, paragraphe 3, et en informe la Commission, l'ORECE et les autres autorités réglementaires nationales. Les autorités réglementaires nationales, l'ORECE et la Commission ne peuvent adresser des observations à l'autorité réglementaire nationale concernée que dans un délai d'un mois. Le délai d'un mois ne peut pas être prolongé. »

L'article 7.7. de la Directive Service insiste sur l'importance de la consultation avec l'ORECE et les autres ARN.

« L'autorité réglementaire nationale concernée tient le plus grand compte des observations formulées par les autres autorités réglementaires nationales, l'ORECE et la Commission et, à l'exception des cas visés au paragraphe 4 et au paragraphe 5, point a), elle peut adopter le projet de mesure final et, le cas échéant, le communiquer à la Commission. »

- Plus particulièrement, la violation de l'obligation de consulter l'ORECE constitue une violation des articles 11, a), et 1.3. du Règlement (CE) n° 1211/2009 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 instituant l'Organe des Régulateurs Européens des Communications Electroniques (ORECE) ainsi que l'Office (le « *Règlement ORECE* »).

L'article 1.1., a), dudit règlement précise que l'ORECE a pour tâches de rendre des avis sur les projets de mesures des ARN tendant à la définition du marché pertinent, à la définition des entreprises disposant d'une puissance significative et à l'imposition de mesures.

L'article 1.3. dudit règlement précise quant à lui, en sa première phrase :

« Les ARN et la Commission tiennent le plus grand compte de tous les avis, recommandations, lignes directrices, conseils ou meilleurs pratiques réglementaires adoptés par l'ORECE. »

- Enfin, il y a violation d'une forme substantielle. L'obligation de consulter l'ORECE et les autres ARN est établie dans un but particulier, qui touche à **l'intérêt général**.

Dans les travaux préparatoires de la loi du 10 juillet 2012, qui a modifié et complété la LCE en insérant cette étape de consultation dans le texte de l'article 141, § 1^{er}, de la LCE, le législateur précise bien qu'il s'agit d'assurer le fonctionnement du marché intérieur.

« Les modifications apportées à l'article 141 visent à donner une vision globale du processus d'adoption d'une décision par l'Institut lorsqu'il y a lieu de consulter la Commission européenne, l'ORECE et que ces institutions n'expriment pas de doutes particuliers quant à la pertinence de la décision envisagée par rapport au fonctionnement du marché intérieur. »⁶³

Cet objectif est rappelé dans les textes communautaires énumérés aux points suivants. A titre d'exemple, dans les considérants du Règlement ORECE, il est expressément précisé que cet organe est destiné à assurer la cohérence dans la mise en œuvre, dans tous les Etats membres de l'Union européenne, du cadre réglementaire pour les réseaux et les services de communications électroniques et contribuer ainsi au développement du marché intérieur⁶⁴.

Cet objectif est du reste renforcé par l'article 14, § 2, 3°, de la loi du 17 janvier 2003 sur le statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges. L'IBPT doit être transparent envers l'ORECE et les autres ARN. Cette disposition précise que l'IBPT « *coopère et communique de l'information* » à l'ORECE et aux ARN.

25. La violation de cette obligation entraîne l'annulation de la Décision Attaquée.

La Cour des Marchés a déjà statué en ce sens, *mutatis mutandis*, en annulant des décisions antérieures de l'IBPT. La Cour des Marchés a sanctionné l'absence de consultation de l'Autorité Belge de la Concurrence⁶⁵.

Dans l'arrêt du 15 mars 2017, la Cour des Marchés a considéré que la circonstance que la consultation de la Commission européenne et la consultation de l'Autorité de la Concurrence aient des objectifs différents n'ôte rien au constat qu'il faille respecter l'une et l'autre de ces consultations préalables. Il s'agit d'une obligation imposée à l'IBPT qui conditionne l'adoption d'une décision d'analyse de marché ou de définition des mesures à l'attention des opérateurs disposant d'une puissance significative.

26. Dans le cas présent, la violation de cette formalité apparaît d'autant plus étonnante que, lors de la consultation publique, la requérante avait expressément invité l'IBPT à consulter l'ARN néerlandaise, afin de connaître sa position sur l'évolution du marché d'appels vers les numéros non géographiques (VAS).

La requérante avait également invité l'IBPT à tenir compte des avis et recommandations de l'ORECE (**pièce 3**).

Force est de constater que, bien qu'informé de l'intérêt (sinon de l'obligation) de notifier le projet de décision et de consulter d'autres ARN et l'ORECE, l'IBPT a adopté la Décision Attaquée sans ce faire.

Enfin, la requérante tient à préciser que d'autres ARN respectent cette obligation de notification. A titre d'exemple, l'ARN espagnole a notifié son projet de réguler le marché de gros de départ d'appel à l'ORECE en date du 14 novembre 2018.

⁶³ Projet de loi portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques, *Doc. Parl.*, Ch., s.o. 2011-2012, n° 2143/001, p. 80.

⁶⁴ Règlement ORECE, précité, considérant 8.

⁶⁵ Bruxelles, 18^e ch., 30 juin 2006, 2003/AR/2474, n° 53 ; 29 juin 2016, 2015/AR/196, n° 29 et suivants ; 15 mars 2017, 2016/AR/1725 et 2016/AR/1769, n° 30 et suivants.

27. Pour le surplus, l'annulation doit porter sur l'intégralité de la Décision Attaquée, eu égard au fait que l'obligation décrite ci-dessus s'appliquait aux deux analyses de marché contenues dans la Décision Attaquée.

C. VIOLATION DU CADRE REGLEMENTAIRE PERTINENT (TROISIÈME MOYEN) - ANNULATION PARTIELLE DE LA DÉCISION ATTAQUÉE

C.1. CONTRARIÉTÉ AVEC LES LIGNES DIRECTRICES ET LES RECOMMANDATIONS - DÉFAUT DE MOTIVATION ET MAUVAIS USAGE DES COMPÉTENCES DE L'IBPT DANS L'ANALYSE DU MARCHÉ DE GROS DE DÉPART D'APPEL VERS LES NUMÉROS NON GÉOGRAPHIQUES (TROISIÈME MOYEN, PREMIÈRE BRANCHE)

28. Dans la Décision Attaquée, l'IBPT a décidé de déréguler tous les marchés, y compris le marché du départ d'appel VAS. Cette décision se fonde sur une analyse de marché inexacte et entachée de nombreuses lacunes sinon d'erreurs.

- Premièrement – 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 (numéros géographiques) 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. L'IBPT rappelle dans d'autres décisions que les services VAS participent d'« *une autre logique économique* »⁶⁶. De surcroît, l'IBPT adopte le point de vue d'un consommateur « *normal* » ou « *moyen* » pour analyser le marché VAS, alors que le consommateur de services VAS peut être très différent. A titre d'exemple, certains services VAS ne peuvent être fournis qu'à certaines catégories de consommateurs (adultes, entreprises, etc.).
- Deuxièmement, au point 10.2.2, l'IBPT procède à une analyse très succincte de la substituabilité entre les services de gros de départ d'appel proposés selon les différentes méthodes techniques. La Décision Attaquée se borne en effet à considérer qu'il y a une substituabilité dans ce cas, sans prendre la peine d'énumérer ou, à tout le moins, de décrire les méthodes techniques prises en considération⁶⁷.

L'examen de l'IBPT pêche dès lors par une très sérieuse lacune, qui vicie son raisonnement.

- Troisièmement, l'IBPT invoque, de manière tronquée, la baisse de l'utilisation des appels vers des numéros non géographiques⁶⁸, la baisse de la part de marché de PROXIMUS⁶⁹ ou encore la possibilité de recourir aux appels téléphoniques mobiles. S'il est vrai que le trafic diminue et que les appels peuvent être effectués à partir de téléphones mobiles, il convient de souligner que les opérateurs mobiles belges ont systématiquement augmenté les tarifs de gros de départ d'appel vers les numéros non géographiques, en l'absence de réglementation

⁶⁶ Décision du Conseil de l'IBPT du 20 novembre 2018 – Analyse du marché de la terminaison d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée, consultable sur https://www.ibpt.be/public/files/fr/22663/FTR-2018_publicque_FR.pdf, § 195 ; Décision du Conseil de l'IBPT du 2 mars 2012 concernant l'analyse de marché du marché de la terminaison d'appel sur le réseau téléphonique en position déterminée, p. 45, disponible sur <http://www.bipt.be/fr/operateurs/telecom/marches/telephonie-fixe/analyse-de-marche-services-de-terminaison-fixe-2012/decision-du-conseil-de-l-4367>

⁶⁷ Décision Attaquée, § 373.

⁶⁸ Décision Attaquée, §§ 411-412.

⁶⁹ Décision Attaquée, §§ 413 et 418.

(une situation qui s'est également produite dans d'autres États membres de l'UE, et qui est récemment survenue dans le sillage d'une dérégulation des appels fixes non géographiques au départ aux Pays-Bas).

En d'autres termes, la diminution constatée dans la fourniture de services VAS n'est pas (uniquement) la résultante d'un désintérêt des utilisateurs finaux pour ces services ou d'une utilisation des solutions de remplacement. D'autres facteurs économiques expliquent cette diminution. Ces facteurs économiques contredisent l'affirmation de l'IBPT suivant laquelle la baisse de trafic vers les services VAS témoignerait d'une prétendue concurrence accrue. Les augmentations tarifaires placés dans la chaîne de fournitures des services VAS constituent un obstacle à la fourniture de ces services VAS.

L'examen de l'IBPT sur ce point participe d'un a priori non démontré et d'une vision tronquée des questions liées à la fourniture des services VAS, de la chaîne de valeur et des marchés liés.

- Quatrièmement, l'IBPT se contente d'une affirmation non démontrée pour prétendre qu'à l'avenir, les appels vers les VAS pourront être remplacés par les chatbots (AI)⁷⁰ avec Internet ainsi que par l'Internet mobile⁷¹. L'IBPT n'a pas engagé de réelle analyse de marché à ce sujet, et ne produit aucun élément objectif et tangible. Il ne cite qu'une seule étude d'un consultant/intégrateur vendeur de solutions dans ce secteur. La Décision Attaquée, sur ce point, manque cruellement d'une motivation adéquate et pertinente.

En outre, cette affirmation témoigne d'une méconnaissance flagrante dans le chef de l'IBPT du secteur des services VAS. L'IBPT omet en effet de relever qu'il existe deux catégories distinctes de services VAS : les services automatisés ou robotisés et les services « live ». Les services automatisés ou robotisés peuvent être réalisés au moyen de messages préenregistrés ou pouvant être sélectionnés par l'appelant. Les services d'horoscope quotidien en sont un bel exemple : l'appelant forme un numéro et accède au message préenregistré qui correspond à son signe astrologique en sélectionnant un numéro proposé. Les services « live » nécessitent, quant à eux, une intervention humaine directe. Les services de conseils ou d'aides en ligne, pour répondre aux questions de l'appelant, en sont un bel exemple. Contrairement à ce que prétend l'IBPT, les services « live » ne pourront jamais être remplacés par les chatbots ou l'Internet mobile. De même, l'IBPT omet de relever que les services VAS incluent également des services de paiement ou de micro-paiement (l'appelant « paie » le service provider par le biais de ses factures de communications téléphoniques). Ces services ne peuvent être remplacés ou « substitués » par les chatbots ou l'internet mobile. Les chatbots et l'internet mobile ne constituent pas une solution de rechange aussi sûre et réglementée que les services de paiement VAS. Ce fait a d'ailleurs été expressément reconnu par l'IBPT dans son Rapport final pour une analyse d'impact ex post de la réglementation fédérale belge en matière de protection des consommateurs en droit des communications électroniques du 10 août 2017. Dans ce rapport, l'IBPT relève que les autres solutions proposées aux consommateurs (comme l'internet avec le paiement d'une carte de crédit) ne sont pas soumises aux mêmes règles éthiques⁷².

- Cinquièmement, l'IBPT n'accorde que très peu d'attention à la situation des prestataires de services (les « *Service Providers* ») ou à la situation des consommateurs.

S'agissant des Service Providers, l'IBPT se borne à rappeler que la facturation des services VAS à un niveau supérieur de celui des appels vers les numéros géographiques est destinée en partie à rémunérer ceux-ci⁷³. L'IBPT n'examine pas si les solutions techniques qu'il estime être substituables aux services VAS constitueraient réellement des solutions de rechange

⁷⁰ Décision Attaquée, §§ 419-421.

⁷¹ Décision Attaquée, §§ 423-424

⁷² P. 125, consultable sur https://www.ibpt.be/public/files/fr/22285/Analyse_impact.pdf.

⁷³ Voy. Notamment Décision Attaquée, § 354.

pour ces service providers. L'IBPT perd ainsi de vue les caractéristiques spécifiques des services VAS.

S'agissant des utilisateurs de services de téléphonie fixe, l'IBPT se borne à rappeler qu'actuellement, 14 % de ces derniers optent toujours pour ces services en tant que produits *stand alone*. L'IBPT n'examine pas pour quelle raison une part résiduelle aussi importante n'opte pas pour des offres conjointes (des « bundles »). D'autres ARN ont pourtant fait cet exercice. A titre d'exemple, l'ARN néerlandaise a comparé les diverses solutions basées sur les technologies de l'Internet avec les services VAS⁷⁴. Un examen effectif des besoins de ces utilisateurs par l'IBPT aurait permis de mettre en évidence que des entreprises sont contraintes de conserver des numéros non géographiques pour déployer leurs activités économiques ou répondre à certains besoins de leurs clients⁷⁵.

Ces éléments ont bien évidemment une incidence pour analyser le marché de gros de départ d'appel.

29. La requérante tient à préciser qu'elle avait spécifiquement attiré l'attention de l'IBPT sur la nécessité de procéder à une analyse effective et réelle du marché des services VAS. Dans ses observations à la consultation organisée suite à la publication du projet de décision, la requérante avait ainsi indiqué :

« 17. Nous constatons que le projet de décision de l'IBPT ne définit pas formellement le marché de gros du départ d'appel en gros pour la fourniture de SVA. En fait, l'IBPT semble disposer d'un matériel standard copié-collé sur les distinctions entre les marchés fixe et mobile, les marchés de départ et de transit, la dimension géographique, etc. 3STARSNET considère qu'il s'agit d'une grave défaillance réglementaire de la part de l'IBPT. Il est clair que l'IBPT a encore beaucoup à faire pour comprendre et exprimer l'économie spécifique du marché du départ d'appel SVA en gros, avant que l'IBPT puisse adopter une décision à ce sujet. » (**pièce 3**)

L'IBPT n'a pas donné suite à cette observation.

30. Il convient dès lors de constater que l'analyse de marché réalisée par l'IBPT pêche par de nombreux défauts et des lacunes importantes dans sa motivation, qui vicie la Décision Attaquée. L'IBPT commet des erreurs manifestes d'appréciation.

Il convient dès lors d'annuler cette décision qui est contraire aux obligations applicables en matière de motivation en fait et en droit des décisions administratives ainsi qu'au cadre réglementaire applicable⁷⁶.

En vertu de l'article 8/1, § 2, de la LCE, l'IBPT doit exercer ses compétences en tenant le plus possible compte des recommandations formulées par la Commission européenne sur la base des Directives Cadre et Accès (comme les Lignes Directrices précitées). Cette obligation est également rappelée à l'article 16.1. de la Directive Cadre. L'article 55, § 1^{er}, énonce la même obligation en indiquant que l'IBPT doit également tenir compte des Lignes Directrices.

La requérante rappelle, entre autres, ce qui suit :

- Le considérant 4 de la Recommandation de 2007 invite les ARN à prendre en compte « *lors du recensement et de la définition des marchés* », à la fois « *les services fournis par les*

⁷⁴Buying power for the purchase of call Origination to 0800 numbers, Rapport du 11 mars 2011 de l'OPTA, https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/10313_SEO%20Report%202011-18%20Buying%20power%200800%20numbers%20%28translated%29.pdf

⁷⁵ Cela sera significativement le cas des numéros 0800 (pour fournir des conseils ou des aides en ligne) ou des numéros adultes.

⁷⁶ L. du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, art. 2 et 3.

intermédiaires de réseaux » (les opérateurs) mais également les « *émetteurs* » et les « *récepteurs d'informations ou de contenus* ».

- Le point 4 de la Recommandation de 2014 impose aux ARN de prendre en compte « *toutes les pressions concurrentielles pertinentes* »
- Les Lignes Directrices 2018 précisent quant à elles que les ARN doivent prendre en compte les « *données actuelles et antérieures dans leur analyse de marché* »⁷⁷. Ce qui signifie que l'IBPT doit se fonder sur des éléments tangibles et objectifs et non sur de simples affirmations, des *a priori* ou des impressions. Ces mêmes Lignes Directrices rappellent aussi que l'analyse de marché « *doit être fondée sur une compréhension fonctionnelle des liens entre le(s) marché(s) de gros et le(s) marché(s) de détail sous-jacent(s) pertinent(s) ainsi que sur d'autres marchés liés* »⁷⁸.

Il y a également lieu de rappeler qu'en vertu de l'article 8/1, § 1^{er}, e), l'IBPT doit tenir dûment compte de la diversité des situations en matière de concurrence et de consommateurs. L'IBPT n'apparaît pas avoir tenu compte de cet objectif.

31. Pour le surplus, l'annulation doit porter sur la partie de la Décision Attaquée relative au marché de gros de départ d'appels non géographiques.

C.2. CONTRARIÉTÉ AVEC LES RECOMMANDATIONS – ABSENCE DE DÉMONSTRATION OBJECTIVE ET CERTAINE DE L'EXISTENCE D'UNE CONCURRENCE EFFECTIVE (TROISIÈME MOYEN, DEUXIÈME BRANCHE)

32. Les graves lacunes dans l'analyse de marché réalisée par l'IBPT qui ont été relevées plus haut amènent à considérer que l'IBPT ne fait pas la démonstration d'une situation de concurrence effective sur le marché de gros de départ d'appel vers les numéros fixes non géographiques.

33. D'autre part, l'affirmation de l'IBPT, suivant laquelle ce marché de gros serait prétendument concurrentiel apparaît résulter d'un raisonnement tronqué voire même erroné.

- L'IBPT constate que, sur ce marché, PROXIMUS conserve une position dominante, disposant d'une part de 40 % sur ce marché⁷⁹. L'IBPT constate par ailleurs la part de PROXIMUS aurait tendance à diminuer. Par un raccourci de pensée assez étonnant, l'IBPT en tire argument pour considérer que cela démontrerait que le marché de gros de départ d'appel vers les numéros non géographiques serait devenu concurrentiel. L'IBPT ne démontre en effet pas si cette diminution serait en lien avec l'apparition d'autres acteurs sur ce marché ou d'autres solutions techniques, par exemple.
- L'IBPT adopte par ailleurs un raisonnement qui est manifestement incomplet. L'IBPT n'étudie pas le comportement que PROXIMUS pourrait adopter sur le marché de gros d'appel, en l'absence d'une réglementation *ex ante*, ni ne prend en considération la circonstance que PROXIMUS conserve également une position dominante sur d'autres marchés liés au marché analysé (transit ou terminaison des appels, etc.) ni ne prend en considération le fait que PROXIMUS demeure un opérateur qui est verticalement intégré qui lui procure un avantage substantiel par rapport aux autres opérateurs.

⁷⁷ Lignes Directrices 2018, point 19.

⁷⁸ Lignes Directrices 2018, point 21.

⁷⁹ Décision Attaquée, § 413.

- En outre, l'IBPT n'apporte pas la démonstration que tous les problèmes observés lors de la précédente analyse du marché de gros auraient été levés. A titre d'exemple, l'IBPT ne démontre pas l'existence d'une réelle concurrence au niveau des infrastructures (comme relevé plus haut, l'IBPT se contente de faire référence à certaines solutions techniques, sans les énumérer ni les décrire) ou d'une réelle concurrence au niveau des services (comme précisé plus haut, l'IBPT se contente de citer quelques solutions alternatives, sans prendre la peine de démontrer que ces solutions constitueraient une alternative sérieuse et certaine aux services VAS).
- L'IBPT ne démontre pas non plus que les barrières à l'entrée, qui avaient été observées dans la précédente analyse de marché, auraient été totalement levées⁸⁰. Dans cette précédente analyse de marché, l'IBPT en avait recensé de très nombreuses et très importantes, qui résultaient, en partie de la position dominante de PROXIMUS.

L'IBPT n'évacue dès lors pas le risque que tout ou partie de ces barrières n'ait subsisté, alors même qu'il souligne que PROXIMUS dispose toujours d'une position dominante sur ce marché (voir partie C.3 ci-dessous).

En cela encore, le raisonnement tenu par l'IBPT n'est pas correct. L'existence de barrières structurelles, légales ou autres peut exercer une influence directe sur la concurrence.

- Enfin, on relèvera, en passant, que l'IBPT n'apparaît pas avoir tiré les leçons du passé. Comme précisé plus haut, lorsqu'il s'est avéré qu'il y avait des problèmes sur le marché de gros de départ d'appel vers les numéros mobiles non géographiques, il avait été constaté que certains opérateurs en avaient profité pour exercer des pressions anti-concurrentielles importantes sur les autres opérateurs. Ces premiers menaçaient de ne pas réaliser le transfert des appels vers les numéros VAS, à défaut d'une rémunération plus importante pour leurs services⁸¹.

Dans la Décision Attaquée, l'IBPT se contente de faire référence à cet épisode sans examiner si celui-ci pourrait se reproduire ni exclure qu'il ne se reproduise en des circonstances similaires, une fois la dérégulation imposée.

Il convient à la Cour d'interroger l'Autorité de la Concurrence à ce sujet.

34. Cette absence de démonstration réelle d'une concurrence effective constitue une violation de des articles 8/1, § 2, et 55, § 1^{er} de la LCE et de l'article 16.1. de la Directive Cadre. L'IBPT ne respecte pas les conditions imposées par les Recommandations de 2007 et de 2014.

Du reste, l'IBPT ne procède pas à l'examen des deux autres critères énoncés dans ces Recommandations.

Il s'en suit que la Décision Attaquée doit être annulée, pour contrariété à ces dispositions.

35. Pour le surplus, l'annulation doit porter sur la partie de la Décision Attaquée relative au marché de gros de départ d'appels non géographiques.

⁸⁰ Décision du 11 août 2006, p. 145.

⁸¹ Décision Attaquée, §§ 365-366.

C.3. ABSENCE DE PROMOTION D'UNE CONCURRENCE DURABLE ET EFFICACE ET/OU AU PROFIT DU CONSOMMATEUR – DISCRIMINATION (TROISIÈME MOYEN, TROISIÈME BRANCHE)

36. La Décision Attaquée lève toutes les obligations imposées à PROXIMUS, l'opérateur puissant, sur le marché de gros de départ d'appel vers les numéros non géographiques, tandis que l'IBPT reconnaît la position dominante de PROXIMUS. Cette Décision amène dès lors un risque sérieux d'effets pervers pour ce marché.
37. Le marché des appels fixes VAS est un marché concurrentiel, pour autant qu'il soit encadré. Tant l'IBPT que l'ORECE relèvent que les opérateurs fixes se concurrencent pour héberger des Service Providers⁸². PROXIMUS est, à cet égard, un concurrent direct de la requérante et d'autres opérateurs alternatifs proposant des numéros non géographiques à leurs clients.

Le marché des services VAS se caractérise par des éléments spécifiques, sur le plan tarifaire. Les tarifs appliqués aux utilisateurs finaux sont des tarifs supérieurs qui sont strictement réglementés. L'arrêté précité du 27 avril 2007, dit arrêté « *numérotation* », fixe des tarifs de communications maximaux. Ces tarifs maximaux constituent une enveloppe fermée, dans laquelle chaque intervenant dans la chaîne de valeur doit puiser sa rémunération : l'opérateur de départ de l'appel, l'opérateur de transit, l'opérateur de terminaison de l'appel, le Service Providers et, le cas échéant, les hébergeurs ou agrégateurs.

La dérégulation du marché de départ de l'appel risque d'entraîner un risque d'augmentation des tarifs pratiqués par l'opérateur de départ de l'appel. Cela s'est d'ailleurs vu lors des incidents concernant les à partir des mobiles. Pareille augmentation ne peut pas se répercuter sur l'utilisateur final, compte tenu de l'arrêté précité du 27 avril 2007. Cette augmentation ne peut dès lors que se répercuter sur les autres intervenants dans la chaîne de valeur, sous la forme d'une diminution de leur rémunération.

Cette situation aura dès lors un impact négatif pour les divers intervenants. Ainsi, en cas d'augmentation par PROXIMUS de ses tarifs de départ d'appel fixe vers les numéros VAS, l'opérateur concurrent de PROXIMUS, qui met des numéros surtaxés ou non géographiques à la disposition d'un Service Provider, n'aura d'autre choix que de diminuer sa propre rémunération ou de diminuer la rémunération de son client Service Provider.

- La première option est néfaste pour ce concurrent : elle entraîne une diminution des revenus de ce concurrent et peut, à terme, poser la question de la viabilité de son activité sur ce marché. L'élimination d'un tel concurrent (tel que 3STARSNET) permettra à PROXIMUS d'augmenter encore sa rémunération, au détriment du consommateur, et au détriment de la concurrence.
- La seconde option est néfaste pour ce concurrent et pour son client Service Provider. Le Service Provider risque de ne pas accepter la diminution de sa rémunération et décider de s'en aller chez un autre concurrent qui propose des tarifs plus avantageux. Le concurrent de PROXIMUS sera, quant à lui, confronté à ce risque de perte de clientèle et pourra dès lors également se poser la question de la viabilité de son activité sur ce marché.

PROXIMUS pourra agir sur les frais de départ d'appel fixe pour récupérer le Service Provider qui délaisserait l'opérateur concurrent confronté au dilemme décrit ci-dessus.

⁸² Décision Attaquée, § 352.

Cette situation sera dès lors néfaste pour le consommateur ainsi que pour la concurrence. Cette situation diminuera l'offre disponible pour le consommateur et le contreponds que pourra offrir un concurrent.

Cette situation favorise un opérateur comme PROXIMUS et réduit voire élimine la possibilité de concurrence par d'autres opérateurs.

38. Les remèdes *ex post* décrits au chapitre 12 de la Décision Attaquée ne permettent pas de prévenir ce risque. Ces remèdes ne sont pas immédiats mais nécessitent au contraire de suivre des procédures spécifiques. En tout état de cause, ces remèdes ne sont pas dissuasifs. Les risques de sanctions éventuelles auxquels un opérateur qui augmenterait ses tarifs ou créerait un obstacle pour la fourniture des services VAS demeurent limités. L'expérience de la dérégulation des tarifs de départ d'appel mobiles enseigne que les opérateurs mobiles n'ont ainsi été contraints que de participer à une conciliation organisée par l'IBPT, plusieurs mois après que les premières difficultés ne soient survenues⁸³. Cette conciliation leur a permis, en définitive, d'obtenir une augmentation effective de leur tarif au détriment des autres parties.

39. Sur ce point aussi, la Décision Attaquée possède un effet contre-productif. La Décision Attaquée contrevient aux objectifs énoncés à l'article 8.5., c), de la Directive Cadre et des articles 6, 2°, 8, 2°, et 8/1, § 1^{er}, b), et c), de la LCE.

Il s'en suit que la Décision Attaquée doit être annulée, pour contrariété à ces dispositions.

40. Pour le surplus, l'annulation doit porter sur la partie de la Décision Attaquée relative au marché de gros de départ d'appels non géographiques.

C.4. ABSENCE DE PRÉVISIBILITÉ ET DE COHÉRENCE RÉGLEMENTAIRE SUFFISANTE ABSENCE DE PÉRIODE TRANSITOIRE RÉELLE (TROISIÈME MOYEN, QUATRIÈME BRANCHE)

41. La Décision Attaquée supprime les obligations qui étaient antérieurement imposées à PROXIMUS, sans imposer de période transitoire effective. La Décision Attaquée se contente de mentionner l'engagement unilatéral de PROXIMUS de maintenir ses offres actuelles de référence jusqu'au 31 décembre 2019.

L'IBPT n'a dès lors pas exercé de véritable pouvoir réglementaire sur ce point. Elle n'impose pas de véritable obligation à PROXIMUS ; ce qui est contraire à l'exigence de prévisibilité imposée par la réglementation. Rien ne permet de déterminer quel sera le comportement de PROXIMUS jusqu'au 31 décembre 2019 ou même après.

Sur ce point, la Décision Attaquée contrevient aux objectifs énoncés à l'article 8.5., a), de la Directive Cadre et de l'article 8/1, § 1^{er}, a), de la LCE.

42. Outre que le délai proposé par PROXIMUS est extrêmement court, l'absence de décision de l'IBPT sur ce point étonne.

⁸³ Voir supra. Voy. également Décision Attaquée, §§ 365-366.

L'article 16.3. de la Directive précise que lorsqu'une ARN constate qu'un marché est devenu concurrentiel et décide de le déréguler, celle-ci doit en avertir « *dans un délai approprié* » les parties concernées par cette dérégulation.

Le nouvel article 67.3, al. 2, du CCEE prévoit en outre qu'en cas de dérégulation, les ARN doivent veiller à ce que les parties concernées par cette dérégulation puissent bénéficier d'une période transitoire appropriée. Ces parties concernées sont non seulement les opérateurs (à savoir l'ancien opérateur puisant à qui les obligations réglementaires s'imposaient et les autres opérateurs concurrents) mais également les utilisateurs finaux. L'IBPT doit tenir compte des intérêts de toutes les parties concernées, de manière à assurer un équilibre.

L'IBPT n'a pas respecté ces principes ni veillé à organiser et imposer une période transitoire effective. Rien n'indique que l'IBPT ait tenu compte des intérêts des utilisateurs finaux. La justification donnée par l'IBPT pour se contenter de l'engagement de PROXIMUS est extrêmement sommaire. L'approche de l'IBPT n'est dès lors pas cohérente avec le cadre réglementaire et ses évolutions (dont l'IBPT a été partie prenante). Rien n'indique non plus que l'IBPT ait usé effectivement de son pouvoir réglementaire en cette matière.

Sur ce point, la Décision Attaquée contrevient aux objectifs énoncés à l'article 8.5., a), de la Directive Cadre et de l'article 8/1, § 1^{er}, a), de la LCE.

43. Il s'en suit que la Décision Attaquée doit être annulée, pour contrariété à ces dispositions.

Pour le surplus, l'annulation doit porter sur la partie de la Décision Attaquée relative au marché de gros de départ d'appels non géographiques.

D. VIOLATION DES PRINCIPES DE BONNE ADMINISTRATION (QUATRIÈME MOYEN) - ANNULATION PARTIELLE DE LA DÉCISION ATTAQUÉE

D.1. VIOLATION DU DEVOIR DE MINUTIE ET DE PRUDENCE (QUATRIÈME MOYEN, PREMIÈRE BRANCHE)

44. Comme déjà démontré plus haut, l'IBPT a procédé à une analyse tronquée et rapide du marché de gros de départ d'appel vers des numéros non géographiques. La requérante renvoie à ce qui a été exposé plus haut aux points X.C.1. et X.C.2.

La Décision Attaquée est en outre entachée de nombreuses confusions, incohérences⁸⁴ ou d'approximations⁸⁵. Le raisonnement de l'IBPT est, çà et là, fondé sur une source unique⁸⁶ ou des pétitions de principe⁸⁷. La requérante pourrait en faire une longue liste...

Ce faisant, l'IBPT a manifestement violé les principes de bonne administration et, plus particulièrement, le devoir d'agir avec minutie⁸⁸ ou avec prudence⁸⁹. Ce devoir impose à toute

⁸⁴ Voy. projet de décision, p. 92 : l'IBPT qualifie le critère de la concurrence effective comme « premier critère » à examiner pour maintenir ou abroger la régulation du marché de gros de départ d'appel fixe, alors que tant dans la Recommandation de 2007 que la Recommandation de 2014, la « *concurrence effective* » est le deuxième critère.

⁸⁵ Voy. Décision Attaquée, § 353 : l'IBPT écrit que les « fournisseurs de services » ont un « abonnement de téléphonie avec le fournisseur de plateforme » ; ce qui témoigne d'une méconnaissance manifeste du marché des services VAS et est en outre contraire aux figures reproduites dans le projet de décision et la Décision Attaquée, pour décrire la chaîne de valeur des VAS.

⁸⁶ Décision Attaquée, § 422.

⁸⁷ Voy. Décision Attaquée, §§ 370-373 ; voir également § 420.

administration de veiller, avant d'arrêter une décision, de recueillir toutes les données utiles de l'espèce et de les examiner soigneusement⁹⁰. Le but est de pouvoir prendre une décision en parfaite connaissance de cause⁹¹. Ce devoir requiert que l'administration procède à un examen complet et particulier des données de l'espèce, avant de prendre une décision⁹².

45. Par ailleurs, l'IBPT a adopté une décision qui dérégule le marché de gros du départ d'appel en ne prévoyant aucune période transitoire précise. Dans la Décision Attaquée, l'IBPT se borne à faire référence aux offres de référence que PROXIMUS se serait unilatéralement engagée à maintenir jusqu'au 31 décembre 2019.

Cette absence de réelle période transitoire étonne dès lors que l'article 67.3, al. 2, du CCEE dispose expressément ce qui suit :

« Les autorités de régulation nationales veillent à ce que les parties concernées par ce retrait d'obligations bénéficient d'une période de préavis appropriée, établie en recherchant un équilibre entre la nécessité d'assurer une transition durable pour les bénéficiaires de ces obligations et les utilisateurs finaux, le choix des utilisateurs finaux, et la nécessité de ne pas maintenir la régulation plus longtemps que nécessaire. Lorsqu'elles fixent la durée de cette période de préavis, les autorités de régulation nationales peuvent fixer des conditions et des périodes de préavis spécifiques en ce qui concerne les accords existants en matière d'accès. »

L'IBPT ne peut ignorer la teneur de cette disposition, dont l'objectif est d'assurer l'équilibre entre toutes les parties concernées par le retrait d'obligations réglementaires (qu'il s'agisse de PROXIMUS, des autres opérateurs mais également des utilisateurs finaux). L'IBPT a en effet été **étroitement** associé à l'élaboration du CCEE.

La prudence commandait que l'IBPT examine les mesures destinées à assurer cet équilibre et fixe une période transitoire.

46. Pour ce motif, il y a lieu d'annuler la Décision Attaquée. Cette annulation porte sur la partie de la Décision Attaquée relative au marché de gros de départ d'appels non géographiques.

D.2. VIOLATION DU PRINCIPE DE MOTIVATION INTERNE OU MATÉRIELLE (QUATRIÈME MOYEN, DEUXIÈME BRANCHE)

47. Les nombreuses erreurs et lacunes relevées plus haut dans la Décision Attaquée amènent à conclure que cette Décision ne repose pas sur des motifs de droit et de fait qui sont exacts, pertinents et/ou légalement admissibles.

⁸⁸ Sur cette question, voy. DE JONGHE et P. HENRARD, « L'actualité des principes généraux de droit administratif et de bonne administration en droit administratif, social – questions choisies », in *Actualité des principes généraux en droit administratif, social et fiscal*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 23 et s.

⁸⁹ Pour un exemple, voy. C.E. (7^e ch.) n° 239.416, 17 octobre 2017 (Toon Denayer, Willy Dewaele, Anneleen Vanden Boer, e.a. / Vlaamse Gewest), *M.E.R.* 2018, liv. 1, 25, note JACOBS, S., VANHEUSDEN, B.; <http://www.raadvst-consetat.be> (12 mars 2018); *R.W.* 2017-18 (sommaire), liv. 28, 1111 et <http://www.rw.be/> (12 mars 2018); *T.M.R.* 2018, liv. 1, 129.

⁹⁰ C.E. (12^e ch.) n° 130.662, 27 avril 2004, *A.P.M.* 2004 (sommaire), liv. 5, 99; *O.C.M.W.-Visies* 2007 (sommaire), liv. 2, 68; <http://www.raadvst-consetat.be> (30 septembre 2005); *R.W.* 2006-07, liv. 33, 1359 et <http://www.rw.be> (18 avril 2007), note DENYS, S.

⁹¹ C.E., 23 février 1996, n° 58.328, *Hadad*.

⁹² C.E., 31 mai 1979, n° 19.671, *S.A. Integan*.

D'autre part, l'IBPT adopte une approche assez étonnante dans l'analyse des trois critères énoncés par les Recommandations de 2007 et 2014. Comme déjà relevé plus haut, l'IBPT passe directement à l'examen du deuxième critère sans prendre la peine d'examiner le premier critère.

Enfin, l'IBPT ne répond pas à de très nombreuses et très fondamentales objections de la requérante.

De ce fait, l'IBPT a violé le principe général de droit de motivation interne ou matérielle, lequel a également valeur constitutionnelle⁹³.

D.3. VIOLATION DU DEVOIR DE TRANSPARENCE ET D'IMPARTIALITÉ (QUATRIÈME MOYEN, TROISIÈME BRANCHE)

48. Lors de la consultation publique, suite à la publication du projet de décision, la requérante avait fait part à l'IBPT de sa plus grande préoccupation quant à la proposition de l'IBPT de se référer uniquement aux offres de gros de PROXIMUS.

« 3STARSNET est très préoccupée par le fait que l'IBPT, en incluant dans son projet de décision des propositions de modification des offres de référence de gros de PROXIMUS, que l'IBPT pourrait avoir négocié bilatéralement avec PROXIMUS, avant la consultation publique, des addenda aux offres de référence en gros de PROXIMUS, et des engagements réglementaires connexes au-delà des dates proposées de dérégulation, sans impliquer de preneurs d'accès. » **(pièce 3)**

La crainte de la requérante tenait au fait que l'IBPT pouvait avoir déjà négocié avec l'opérateur dominant sur le marché de gros de départ d'appel vers les numéros non géographiques des conditions spécifiques, sans prendre l'avis des autres parties concernées et soumettre ses discussions avec PROXIMUS à la contradiction des autres parties concernées.

Cette crainte n'a pas été levée par l'IBPT. La Décision Attaquée ne fournit aucun élément de réponse. La Décision Attaquée n'explique pas dans quel contexte ni pour quelle raison l'IBPT a pu obtenir l'engagement unilatéral de PROXIMUS de maintenir son offre actuelle jusqu'au 31 décembre 2019. Il n'est donc pas exclu que l'IBPT ait négocié séparément avec PROXIMUS certains aspects qui ont échappé aux autres parties concernées ou ait obtenu cet engagement unilatéral en contrepartie d'autres éléments.

Le 31 décembre 2019 est désormais très proche. L'engagement présumé de PROXIMUS est dès lors d'une durée presque futile en pratique et ne respecte ni le cycle d'analyses de marché dans le cadre européen existant à l'époque de l'adoption de la Décision Attaquée (cycle de 3 ans) ni le cycle d'analyse de marché prévu dans le nouveau cadre institué par le CCEE (cycle de 5 ans). En réalité, la décision de l'IBPT dérégule le marché et permet à PROXIMUS (l'opérateur que l'IBPT reconnaît comme étant dominant) de dicter les conditions futures du marché pertinent, sans s'inquiéter de l'impact sur le consommateur et sur la concurrence.

A cela s'ajoute le fait (déjà évoqué au point précédent) que l'IBPT s'est écarté de l'obligation imposée par le nouvel article 67.03, al. 2, du CCEE. (*cf. infra*).

Ce faisant, l'IBPT apparaît avoir violé les principes généraux de droit et de bonne administration de transparence et d'impartialité⁹⁴. La requérante tient à rappeler que la seule apparence de partialité suffit⁹⁵. Tout doute de partialité ou de parti pris doit être exclu⁹⁶.

⁹³ Sur ce point, voy. P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 169-170.

⁹⁴ Pour un exemple d'application : C.E. (10e ch.) n° 235.392, 7 juillet 2016 (Luc Orye / Stad Hasselt), *Limb. Rechtsl.* 2017, liv. 1, 63; *C.D.P.K.* 2017 (sommaire), liv. 4, 743 et 744; <http://www.raadvst-consetat.be> (10 mars 2017); *R.W.* 2017-18 (sommaire), liv. 2, 62 et

49. Pour ce motif, il y a lieu d'annuler la Décision Attaquée. Cette annulation porte sur la partie de la Décision Attaquée relative au marché de gros de départ d'appels non géographiques.

PAR CES MOTIFS,

Sous toutes réserves généralement quelconques et sous dénégation de tous faits non expressément reconnus,

PLAISE A LA COUR DE CEANS,

- Déclarer la présente requête recevable et fondée ;
- Ce fait :
 - o A titre liminaire et avant dire droit quant au fond :
 - ordonner la production des documents suivants par l'IBPT : la convocation et l'ordre du jour pour la réunion du 7 décembre 2018, le quorum de cette réunion et l'original du procès-verbal de cette réunion ainsi que l'original signé de la Décision Attaquée, conformément aux articles 19, al. 3, et 870 et suivants du Code judiciaire ;
 - Surseoir à statuer dans l'attente de la production de ces documents ;
 - o A titre principal : annuler la Décision Attaquée en toutes ses dispositions ;
 - o A titre plus subsidiaire : annuler la Décision Attaquée dans la mesure qu'elle dérégule de manière injustifiée 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 € ;

Bruxelles, le 15 février 2019.

Pour la S.A. 3STARSNET,
Son conseil,
Marc LOVENIERS
(marc.loveniers@d-lawfirm.be)

Annexe : inventaire des pièces

<http://www.rw.be/> (13 septembre 2017); *T.R.O.S.* 2017, liv. 86, 134, note VERBIST, S. Dans cette espèce, le Conseil d'Etat a sanctionné une administration qui avait adopté une autorisation alors qu'elle avait déjà contracté certains engagements relatifs au contenu de cette autorisation.

⁹⁵ C.E. (8e ch.) n° 237.908, 6 avril 2017 (Knockaert Michel / la commune de Watermael-Boitsfort), *A.P.T.* 2017 (sommaire), liv. 4, 412; *C.D.P.K.* 2017 (sommaire), liv. 1-2, 249, note -; *Rev. dr. commun.* 2017 (sommaire VANHAEVERBEEK, J., DELANNAY, G.), liv. 3, 39; <http://www.raadvst-consetat.be> (28 septembre 2017).

⁹⁶ Cass., 9 janvier 2002.

Marc Loveniers
Avocat
132, boulevard Brand Whitlock
1200 BRUXELLES

INVENTAIRE DES PIECES

En cause de la S.A. 3STARSNET / IBPT

1. Décision Attaquée (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
2. Project de Décision du Conseil de l'IBPT– Décision 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
3. Observations de la S.A. 3STARSNET
4. Décision du 11 août 2006 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 « Téléphonie Fixe »
5. *Décision du 31 janvier 2013* relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour le Marché 1 de la liste de la Recommandation de la Commission européenne du 17 décembre 2007