

La COUR D'APPEL DE BRUXELLES,  
18 CHAMBRE,

N°: 432

N°Rép.: 2009/3526

après délibéré, prononce l'arrêt suivant :

R.G. N° 2008/AR/787

B.I.P.T.

12 -05- 2009

I.B.P.T.

EN CAUSE DE :

1. BELGACOM société anonyme de droit public, dont le siège social est établi à 1030 BRUXELLES, Boulevard du Roi Albert II 27, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0202.239.951, partie requérante,

✓ représentée par Maître VAN LIEDEKERKE Dirk, avocat à 1050 BRUXELLES, Avenue Louise 326 b26 ;

CONTRE :

L'INSTITUT BELGE DES SERVICES POSTAUX ET DES TELECOMMUNICATIONS, en abrégé IBPT, organisme d'intérêt public créé par l'article 71 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques et dont l'Institut continue la personne juridique conformément à l'article 13 de la loi du 17 janvier 2003 relatif au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, dont le siège est situé à 1030 Bruxelles, Ellipse Building-Bâtiment C, boulevard Roi Albert II 35  
Partie adverse,

✓ représentée par Maître DEPREE Sebastien, Maître F. VISEUR et Me. L. MOURLON BEERNAERT, avocats à 1050 BRUXELLES, Avenue Louise 240

Chambre 18

Audience du

07 -05- 2009

Arrêt définitif

**TELENET S.A.**, dont le siège est situé à 2800 MECHELEN, Liersesteenweg 4, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0439.840.857,  
Partie en intervention volontaire,

✓ représentée par Maître VERHEYDEN Alexandre et Me. Yvan DESMEDT, avocats à 1200 BRUXELLES, Boulevard Brand Whitlock 165 ;

\*\*\*

Vu la requête déposée au greffe de la cour d'appel de Bruxelles par la société anonyme de droit public BELGACOM en date du 20 mars 2008 ayant pour objet la « *Décision du Conseil de l'IBPT du 10 janvier 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 de gros du groupe 'Accès', sélectionnés dans la recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003* » concernant les marchés 11 et 12.

Vu la requête en intervention volontaire de la société anonyme TELENET déposée au greffe de la cour en date du 12 juin 2008.

Les parties ont déposé leurs conclusions et pièces et les conseils respectifs des parties concernées ont été entendus à l'audience du 12 et 13 janvier 2009.

## L. LE CONTEXTE FACTUEL ET LA DÉCISION ENTREPRISE

1. Les services et marchés concernés. La Recommandation (2003/311) du 11 février 2003 (J.O. du 8 mai 2003, pp. 45-49) de la Commission européenne 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 ( « **Recommandation 2003** ») identifie les marchés 11 et 12 comme marchés pertinents de communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation sectorielle *ex ante*. Il s'agit de la fourniture en gros d'accès dégroupé (y compris l'accès partagé) aux boucles et sous-boucles sur lignes métalliques pour la fourniture de services à large bande et de services vocaux (marché 11) et de la fourniture en gros d'accès à large bande (marché 12).

2. Les marchés 11 et 12 sont des marchés de gros qui se situent en amont du marché de détail des services d'accès à Internet à large bande. BELGACOM est l'opérateur historique disposant, comme opérateur unique, d'un réseau de télécommunication fixe (ou paire de cuivre) couvrant

l'intégralité du territoire national, qui permet de fournir des services d'accès

Internet à large bande, grâce à la technologie - dénommée 'Digital Subscriber Line' ('DSL') - qui exploite les bandes de fréquences élevées du réseau.

3. La boucle locale. La partie la plus coûteuse (en termes de travaux de génie civil) du réseau est la boucle locale. Elle relie le réseau téléphonique ('backbone') par un central ou répartiteur principal (le LEX, abréviation de 'Local Exchange' où se font toutes les connexions) et par des sous-répartiteurs situés dans la rue au point de terminaison dans l'établissement de l'abonné (téléphone ou ordinateur).

La boucle locale est une infrastructure unique, difficile à reproduire et revêt donc une importance stratégique pour tout opérateur de télécommunications électroniques. Son contrôle permet la gestion totale de la liaison du réseau qui le relie à ses clients. Un nouvel entrant sur le marché qui ne dispose pas d'une boucle locale est forcé d'emprunter la boucle locale de BELGACOM. En principe, un abonné à un service de téléphonie fixe ou d'un accès à Internet de type ADSL commercialisé par un opérateur indépendant de son choix devrait payer un abonnement à BELGACOM pour l'utilisation de sa boucle locale. Pour stimuler la concurrence en matière de services de communication électroniques, le législateur européen a imposé à l'opérateur historique l'obligation de fournir à ses concurrents un accès direct à sa boucle locale: c'est le dégroupage de la boucle locale. Les frais d'accès à la boucle locale sont payés directement à BELGACOM par l'opérateur de l'abonné dans les zones dites dégroupées.

La sous-boucle locale est la partie de la boucle locale comprise entre les sous-répartiteurs et les terminaisons de ligne chez les abonnés.

Il existe deux types de dégroupage de la boucle locale. En dégroupage total ('sans voix'), l'opérateur alternatif dispose de l'intégralité de la ligne de l'abonné (c'est-à-dire toutes les fréquences), qu'il raccorde à ses propres équipements. L'abonné n'est plus relié à BELGACOM. En dégroupage partiel, l'opérateur alternatif utilise seulement les fréquences hautes de la ligne pour transporter les données, tandis que BELGACOM continue de fournir la téléphonie traditionnelle sur les fréquences basses ('avec voix').

Pour un opérateur alternatif, dans les deux cas, le dégroupage de la boucle locale consiste à :

(i) relier un répartiteur de BELGACOM à son propre réseau, à l'aide d'une connexion à très haut débit capable de supporter le trafic cumulé de l'ensemble de ses abonnés reliés à ce répartiteur, par exemple par une liaison fibre optique (extension du réseau propre de l'opérateur) ou par la location de services de transport de données à un autre opérateur ;

(ii) installer ses propres équipements dans un local de colocalisation partagé avec BELGACOM, notamment un DSLAM, qui est un équipement reliant les différentes lignes DSL au coeur du réseau de l'opérateur.

Pour un opérateur, l'ensemble de ces dépenses constitue le coût d'entrée sur un marché de détail, tel que celui d'accès à Internet. La pénétration du dégroupage sur un territoire dépend fortement de ce coût : l'opérateur n'y viendra que si les revenus apportés localement par ses propres abonnés 'haut débit' lui permettent de rentabiliser son investissement initial. On peut ainsi constater que si le dégroupage de la boucle locale a contribué au développement de la concurrence sur le marché de détail de l'accès à Internet, l'investissement qu'il requiert limite l'intervention des opérateurs alternatifs à ceux qui se concentrent principalement dans les zones rentables à forte densité de population.

4. Le dégroupage constitue la forme d'accès la plus complète, car il laisse à l'opérateur alternatif une marge pour définir ses propres services, en termes techniques et commerciaux.

A côté du dégroupage total ou partiel, le législateur a introduit un deuxième type d'accès, l'accès au débit binaire (« **bitstream** »), qui est utilisé par l'opérateur alternatif ne disposant pas de boucle locale propre pour fournir des services Internet à haut débit. L'accès au réseau de BELGACOM se réalise à un niveau supérieur à la boucle locale, c'est-à-dire au niveau du commutateur ATM qui permet à l'opérateur alternatif d'exploiter les fréquences à haut débit sur une ligne. Ce deuxième type d'accès donne aux opérateurs alternatifs (« **OLO** ») qui ne disposent pas d'un réseau de transport très étendu la possibilité d'offrir des services d'accès à Internet dans les régions peu peuplées, où il n'est pas (encore) économiquement rentable de recourir au dégroupage.

Selon la Commission et les régulateurs nationaux (« **ARN** »), cette deuxième forme d'accès permettrait d'ailleurs aux opérateurs alternatifs de développer graduellement leur propre réseau alternatif. En effet, l'accès au débit binaire leur permet d'acquérir une base de clientèle suffisante, sans consentir beaucoup d'investissements ; ils peuvent ainsi atteindre des économies d'échelle qui les autorisent à investir progressivement dans un réseau de transport plus étendu sur base de l'accès dégroupé à la boucle locale.

5. Le câble. A côté des offres d'accès à Internet basées sur la technologie DSL (BELGACOM et les OLO bénéficiant d'un accès au réseau de BELGACOM via le dégroupage ou le débit binaire), il existe, sur le marché de détail, des offres analogues de la part des câblo-opérateurs (comme TELENET et VOO) qui, grâce à des investissements importants, ont pu adapter leur propres réseaux à l'aide de technologies spécifiques comme EURODOCSIS. A la différence de la boucle locale classique, le câble coaxial ne dispose pas de lignes dédiées pour chaque utilisateur. Le réseau local câblé est partagé par plusieurs utilisateurs.

L'accès de gros au câble n'a pas été régulé par l'IBPT.

6. Les offres existantes sous l'ancien cadre réglementaire. Depuis 2001, il existe, pour le dégroupage total et partiel, une offre de référence de BELGACOM (offre BRUO) qui a été régulée sur base de l'ancien cadre réglementaire (p. 85 de la décision entreprise).

7. Depuis 2001 également, BELGACOM a l'obligation de proposer aux OLO des offres en gros d'accès à haut débit de type bitstream au niveau ATM, qui sont régulées sous le nom d'offres de référence BROBA I et BROBA II. Ces offres sont décrites plus en détail dans la décision entreprise (p. 149-156).

8. La décision entreprise. La décision entreprise analyse et régule les marchés 11 et 12, qui ont été préalablement identifiés par la Commission comme candidats à la régulation *ex ante* dans la Recommandation 2003.

9. La décision a été adoptée à la suite d'une procédure administrative et de consultations à divers niveaux. Cette procédure est décrite en plus de détails dans la décision entreprise (p. 28- 42), c'est-à-dire :

- (i) la collecte d'informations et l'analyse des données (à partir de 2005) ;
- (ii) la publication d'un projet de décision pour consultation publique (octobre-décembre 2005) ;
- (iii) la communication du projet pour avis au Conseil de la concurrence (février-mars 2006) ;
- (iv) la communication du projet pour avis aux régulateurs des Communautés (octobre 2007) ;
- (v) la communication du projet à la Commission (novembre 2007) ;
- (vi) l'adoption définitive de la décision le 10 janvier 2008.

10. Les données de marché. Les données de base sur lesquelles la décision se fonde datent principalement de l'année 2005. Certaines données ont été actualisées pendant la procédure de consultation et d'élaboration de la décision (période 2006-2007) comme il ressort de la lecture de la décision entreprise. La décision précise d'ailleurs (p. 216) que l'IBPT mettra tout en œuvre pour réaliser une nouvelle analyse de marché avant le 15 mai 2009, « *ce qui lui permettra de mettre une fois encore son analyse à jour tenant compte des données les plus récentes* ».

11. Période de régulation. La décision entreprise couvre une période de 18 mois, alors qu'en principe une période de régulation couvre trois ans (voir conclusions de l'IBPT).

12. Définitions des marchés retenus par la décision entreprise. L'IBPT considère que le marché 11 est le marché de l'accès dégroupé, total et partiel, aux boucles et sous-boucles sur lignes métalliques. Il estime que le marché 11 est un marché national.

L'IBPT a identifié le marché 12 comme celui de la fourniture en gros d'accès

large bande, qui intègre notamment les offres d'accès à un débit binaire ou bitstream ADSL, SDSL et VDSL avec ou sans voix. Il a considéré que ce marché est également national.

13. Analyse de marché et désignation de BELGACOM comme opérateur SMP. La décision entreprise analyse les marchés de gros 11 et 12 et constatant qu'ils ne sont pas concurrentiels ; elle désigne BELGACOM comme opérateur puissant sur ces marchés.

14. Remèdes imposés. L'IBPT impose à BELGACOM une série d'obligations destinées à assurer le développement concurrentiel de ces marchés. Il s'agit de :

- (i) la fourniture de prestations d'accès dégroupé à la boucle locale et aux sous-boucles locales et d'accès à un débit binaire (p. 122-133 et 190 -199) ;
- (ii) la non discrimination (p. 133-135 et 200-202) ;
- (iii) la transparence qui comprend l'obligation de publier une offre de référence (p. 136-142 et 202-209) ;
- (iv) la séparation comptable (p. 143-144 et 210-211) ; et
- (v) et le contrôle des prix avec des obligations relatives au système de comptabilisation des coûts (p. 144-148 et 211-215).

A l'occasion de l'analyse des marchés de gros 11 et 12, l'IBPT a également pris l'initiative d'analyser les marchés de détail des services d'accès à Internet pour déterminer s'ils doivent être soumis à une réglementation sectorielle *ex ante*. Compte tenu de la dynamique de ces différents marchés et de leurs faibles barrières à l'entrée, il conclut par la négative (p. 43-84).

## II. LE CADRE REGLEMENTAIRE

15. Le nouveau cadre réglementaire. La fourniture de réseaux et services de télécommunications électroniques est régie principalement par les articles 54 à 67 de la loi de 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (« **Loi du 13 juin 2005** »), qui transpose en droit belge les directives européennes suivantes :

- (i) 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 (« **Directive Cadre** ») ;
- (ii) la directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation des réseaux et de services de communications électroniques ;
- (iii) la directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (« **Directive Accès** ») ;
- (iv) la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques ;

(v) la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

16. La décision entreprise se réfère également:

(i) à la directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques ;

(ii) aux Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques (2002/C 165/03) (« **Lignes Directrices SMP** ») ;

(iii) à la Recommandation 2003 de la Commission du 11 février 2003 (2003/311) 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 Cadre.

17. La recommandation 2007. Par contre, la décision entreprise ne vise pas la nouvelle version de la recommandation (2007/879) datant du 17 décembre 2007 et publiée au J.O. le 28 décembre 2007, c'est-à-dire quelques jours avant l'adoption de la décision entreprise (ci-après la « **Recommandation 2007** »).

18. Le cadre réglementaire précité de 2002 prévoit une approche décentralisée, sous le contrôle de la Commission, dans laquelle les ARN sont chargées, selon une démarche préétablie, de définir et d'analyser les marchés pertinents et de déterminer les obligations réglementaires *ex ante* qu'il convient d'imposer aux entreprises disposant d'une puissance significative sur un marché de télécommunications électroniques dont la situation concurrentielle est considérée défailante.

19. La première étape de cette démarche consiste dans la publication par la Commission d'une recommandation identifiant la liste de marchés candidats à la régulation *ex ante* sur la base d'un test, appelé 'test des trois critères'. Dans sa Recommandation 2003, la Commission a identifié notamment les marchés 11 et 12 (les marchés 4 et 5 visés dans la nouvelle Recommandation 2007 leur correspondent) comme candidats à une régulation.

Dès que possible après la publication de la recommandation ou de sa révision par la Commission, les ARN sont invitées à définir, sur leur territoire, les marchés (notamment géographiques) qu'elles considèrent, au vu des circonstances nationales, 'pertinents' et ce, en tenant « *le plus grand compte* » de la recommandation et des Lignes Directrices SMP, conformément aux principes du droit de la concurrence.

20. Après avoir défini les marchés pertinents, les ARN examinent s'ils sont effectivement concurrentiels. Lorsqu'une ARN considère qu'un marché

pertinent ne l'est pas, elle identifie une ou plusieurs entreprises qui y dispose(nt) d'une puissance significative (« **SMP** », abrégé de 'significant market power'). Une entreprise dispose d'une puissance significative sur le marché lorsque, individuellement ou conjointement avec d'autres, elle se trouve dans une position équivalente à une position dominante, c'est-à-dire lorsqu'elle est en mesure de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et, en fin de compte, des consommateurs.

21. Lorsqu'une ARN détermine qu'un marché pertinent n'est pas effectivement concurrentiel et qu'elle identifie une ou plusieurs entreprises en position SMP, elle est autorisée et même tenue d'imposer des obligations, choisies parmi les mesures prévues par le cadre réglementaire et destinées à atteindre les objectifs du cadre réglementaire.

22. Outre les marchés jugés candidats à une régulation par la Commission, les ARN peuvent analyser d'autres marchés qu'ils considèrent candidats à régulation *ex ante* (selon les circonstances nationales et sur base du test des trois critères déjà évoqué ci-dessus) et les réguler. Ni les marchés de détail de fourniture d'accès à Internet ni le marché d'accès de gros via le câble ne figurent parmi la liste établie par la Commission.

### III. L'OBJET DU RECOURS ET LES DEMANDES DES PARTIES

23. Le recours de BELGACOM est dirigé contre plusieurs aspects de la décision entreprise et il est introduit sur pied l'article 2 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.

24. Selon le dispositif de ses dernières conclusions, BELGACOM demande à la cour de (i) mettre à néant la décision entreprise dans la mesure dans laquelle la cour accueille les différents moyens invoqués ; (ii) lui donner acte pour dix éléments discutés entre parties pour lesquels BELGACOM aurait obtenu des confirmations ou des précisions de l'IBPT en cours de procédure et (iii) condamner l'IBPT aux dépens, en ce compris l'indemnité de procédure de base de 1.200 EUR, s'agissant d'un litige non évaluable en argent au sens de l'article 3 de l'AR du 26 octobre 2007.

25. L'IBPT demande à la cour de déclarer le recours de BELGACOM recevable mais non fondé et de condamner BELGACOM aux dépens en fixant l'indemnité de procédure à 75 EUR.

26. TELENET intervient volontairement pour que le recours de BELGACOM soit déclaré non fondé.



#### IV. SUR LA RECEVABILITÉ DU RECOURS ET DE L'INTERVENTION VOLONTAIRE

27. L'intérêt de BELGACOM d'obtenir l'annulation totale ou partielle de la décision n'est pas contesté. La cour ne peut répondre à la demande de BELGACOM de lui donner acte des réponses fournies par l'IBPT dans ses conclusions, qui est étrangère à la demande d'annulation dont elle a été saisie.

28. En ce qui concerne la recevabilité de l'intervention volontaire de TELENET, BELGACOM demande de la déclarer recevable, pour autant que cette intervention ait un caractère purement conservatoire. BELGACOM s'est réservé tous ses droits pour le cas où l'argumentation de TELENET dépasserait la discussion relative à la définition et à l'analyse de marché. TELENET ayant limité le débat à ces moyens, la recevabilité de son intervention n'est plus contestée.

29. TELENET ne précise pas son intérêt à entendre déclarer (i) recevable et fondée sa requête d'intervention volontaire et (ii) non fondé le recours de BELGACOM contre la décision entreprise.

Il ressort néanmoins des conclusions de TELENET et de la décision entreprise que TELENET dispose d'un intérêt justifiant une intervention volontaire et conservatoire. TELENET est un concurrent de BELGACOM sur le marché de détail en aval et l'argumentation développée par BELGACOM contre la décision entreprise repose en grande partie sur (i) la présence de TELENET comme concurrent sur le marché en aval de l'accès à Internet à haut débit (ii) la non inclusion du câble dans la définition des marchés de gros et l'absence de la prise en compte du câble comme source de pressions concurrentielles sur BELGACOM par l'IBPT et (iii) les griefs de BELGACOM concernant l'absence de régulation du câble comme élément de discrimination et de distorsion du marché. Il est évident que si la cour devait réformer, dans le cadre de l'exercice de sa pleine juridiction, la décision entreprise en ce qui concerne les éléments (ii) ou (iii), les droits et obligations de TELENET pourraient en être affectés.

30. La notion d'utilisateur ou d'entreprise 'affecté(e)' au sens de l'article 4, § 1, de la Directive Cadre précisant les 'parties' ayant un droit de recours contre une décision d'une ARN a été interprétée récemment par la Cour de Justice dans l'affaire *Tele2 Telecommunication* (arrêt de la Cour de Justice du 21 février 2008, C-426/05, Rec. 2008, p. I-685). Cette notion doit selon la Cour de Justice être interprétée de façon large et peut viser, non seulement une «*entreprise (précédemment) puissante sur le marché pertinent*» qui a fait l'objet d'une décision d'une autorité réglementaire nationale prise dans le cadre d'une procédure d'analyse de marché et qui en est destinataire, mais également les utilisateurs et les entreprises concurrents qui ne sont pas eux-mêmes destinataires de cette décision, mais qui sont défavorablement affectés dans leurs droits par celle-ci.

TELENET, qui n'est pas directement affectée par la décision entreprise elle-même, pourrait néanmoins être affectée défavorablement dans ses droits et obligations par une réforme éventuelle de la décision entreprise. Il convient donc de recevoir sa requête en intervention volontaire conservatoire, conformément aux principes énoncés dans l'arrêt précité de la Cour de Justice.

## V. SUR LES GRIEFS DE BELGACOM RELATIFS À LA DÉCISION ET LEUR DISCUSSION

### A. GRIEFS RELATIFS À LA VIOLATION DES RÈGLES RÉPARTITRICES DE COMPÉTENCES ET LA COOPÉRATION INSUFFISANTE AVEC LES RÉGULATEURS COMMUNAUTAIRES

#### ***La décision entreprise et la procédure de consultation***

31. Le 8 octobre 2007, l'IBPT transmettait le projet de décision aux trois régulateurs communautaires, le VRM, le Conseil supérieur de l'audiovisuel et le Medienrat. Il précisait se conformer ainsi à l'accord de coopération du 17 novembre 2006 (ci-après « **Accord de coopération** » ou « **Accord** ») entre l'Etat fédéral, la Communauté flamande, le VRM, la Communauté française, le CSA et la Communauté germanophone, le Medienrat « *relatif à la consultation mutuelle lors de l'élaboration d'une législation en matière de réseaux de communications électroniques, lors de l'échange d'informations et lors de l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques par les autorités de régulation en charge des télécommunications ou de la radiodiffusion et la télévision* ».

Cet Accord, qui porte « *sur l'élaboration d'une législation relative aux réseaux de communications électroniques, l'échange d'informations et l'exercice de compétences en matière de réseaux de communications électroniques par les autorités de régulation en charge des télécommunications ou de la radiodiffusion et la télévision* » dispose en son article 3 que :

*« Chaque projet de décision d'une autorité de régulation relatif aux réseaux de communications électroniques est transmis par cette autorité aux autres autorités de régulation énumérées à l'article 2, 2° ... (soit l'IBPT et les trois régulateurs précités).*

*Les autorités de régulation consultées font part de leurs remarques à l'autorité de régulation qui a transmis le projet de décision dans les 14 jours civils. Dans ce délai, chacune des autorités de régulation consultées peut demander que la Conférence des Régulateurs du secteur des Communications électroniques soit saisie du projet de décision. Cette demande d'envoi immédiat à la CRC est motivée.*

*L'autorité de régulation concernée prend en considération les remarques que lui ont fournies les autres autorités de régulation et leur envoie le projet de décision modifié. Ces dernières disposent,*

*après réception du projet de décision modifié, d'un délai de 7 jours civils pour demander que la CRC soit saisie du projet de décision modifié.*

*Les projets de décision et les remarques y afférentes sont toujours motivés du point de vue de la compétence légale de celui qui transmet le projet de décision ou la remarque.*

*Au-delà des délais prévus aux alinéas 2 et 3, le projet de décision est présumé, sauf preuve contraire, ne pas porter atteinte aux compétences des autres autorités de régulation ».*

32. Le 22 octobre 2007, le VRM et le CSA répondaient à l'IBPT, tandis que le Medienrat n'émettait aucun commentaire.

33. Le VRM indiquait, en substance, qu'il n'était pas encore investi, par un décret du parlement flamand, des compétences requises et que dès lors, il ne pouvait procéder à l'analyse des marchés 11 et 12 ni émettre des remarques sur l'analyse de l'IBPT. Il ajoutait qu'il s'attellerait, dès que possible, à cette analyse afin de contribuer à une solution concertée (entre tous les régulateurs), qu'un délai de 18 mois lui paraissait nécessaire pour y aboutir et il concluait, qu'afin de ne faire obstacle à la régulation du marché, il n'avait pas d'objection à émettre à l'encontre du projet de décision, à la condition que la durée de la décision définitive n'excède pas 18 mois après l'entrée en vigueur du décret flamand précité.

34. La position du CSA n'était guère différente de celle du VRM. Il estimait que, selon l'avis émis par le Conseil d'Etat sur le projet de l'Accord de coopération précité:

*« la nécessité d'une coopération implique qu'aucune des autorités concernées ne peut prendre de décisions unilatérales à l'égard d'une infrastructure qui est utilisée tant pour la transmission des programmes de radiodiffusion et de télévision, pour lesquels les Communautés sont compétentes, que pour les autres services de communications électroniques, qui relèvent de l'autorité fédérale ».*

Il était d'avis que la Conférence des régulateurs (ou « **CRC** ») se prononce sur la régulation des marchés 11 et 12 mais il constatait que cette instance n'était pas officiellement constituée.

35. Comme le VRM, il annonçait la réalisation de sa propre étude des marchés, « suite à la publication de la nouvelle recommandation de la Commission européenne sur les marchés pertinents » et « dans cette perspective », il souhaitait « porter dès à présent à la connaissance de l'IBPT les éléments suivants :

*- L'analyse par l'IBPT de la situation du marché de détail des services d'accès à Internet s'éloigne quelque peu des objectifs fixés à l'article 8 de la directive « cadre », notamment en termes de promotion de la concurrence et d'intérêts des citoyens de l'Union européenne : il nous semble qu'une étude comparative des offres*

*belges de détail et de celles proposées dans les autres Etats membres de l'Union européenne serait intéressante et qu'une meilleure prise en compte de la contrainte indirecte des prix de détail serait souhaitable dans l'analyse des marchés de gros et dans l'éventuelle désignation de Belgacom comme opérateur ayant une position significative sur le marché ;*

*- L'analyse prospective du marché et des développements technologiques proposée par l'IBPT n'est pas suffisamment étayée : une présentation d'estimations chiffrées est souhaitable ;*

*- Le CSA partage la position de l'IBPT concernant la régulation de toutes les technologies DSL (ADSL, VDSL,...), mais tient à rappeler l'importance de la prise en compte des investissements réalisés par Belgacom tant dans les analyses de marché que dans la finalisation des prix de gros pour l'accès au réseau de Belgacom »*

*- Enfin le CSA attire l'attention sur les éventuelles conséquences de la suppression annoncée du marché 18 de la liste des marchés pertinents sur l'analyse des marchés 11 et 12. Il nous semble important de nous assurer qu'il existe une possibilité technique pour un opérateur tiers disposant de sa propre infrastructure dédiée de proposer aux utilisateurs finaux des services audiovisuels à partir des réseaux Belgacom. Le CSA souhaite garantir une concurrence saine sur le marché de la livraison de services audiovisuels dans la région unilingue de langue française. Sur ce point, nous vous renvoyons à nos commentaires relatifs à la future recommandation de la Commission européenne sur les marchés pertinents... ».*

36. L'IBPT a modifié une première fois son projet de décision qu'il a communiqué aux régulateurs, le 5 novembre 2007. Ce nouveau projet répondait aux remarques du CSA et il prévoyait, pour la durée, en son article 5 « *Entrée en vigueur, voies de recours et signatures du Conseil :*

*« La durée de validité normale d'une analyse de marché est fixée à trois ans. Cependant, vu l'évolution rapide des marchés de l'accès, l'IBPT a l'intention d'effectuer une nouvelle analyse dans les 18 mois qui suivent l'entrée en vigueur de la présente décision. Les mesures prévues par la présente décision resteront toutefois en vigueur jusqu'à l'approbation finale d'une nouvelle décision relative à ces marchés ».*

37. Le VRM n'a pu se satisfaire de cette modification et il a insisté pour que la décision prenne fin à la date 'butoir' du 15 mai 2009. A la différence du VRM, le CSA accepta la nouvelle rédaction de l'article 5. Sans se ranger totalement à l'exigence du VRM, l'IBPT a précisé à l'article 5, alinéa 2 de la décision définitive que :

*« La durée de validité normale d'une analyse de marché est fixée à trois ans mais pour les raisons exposées plus haut, à la page 40, l'IBPT fera tout son possible pour qu'une nouvelle analyse de marché soit réalisée avant le 15 mai 2009. Cependant, vu la*

*troisième observation de la Commission européenne, l'article 16, paragraphe 2 de la Directive « cadre » et l'article 55, §2 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, les obligations imposées en vertu de cette décision seront maintenues jusqu'à l'adoption définitive de cette nouvelle analyse de marché ».*

### **Les critiques de BELGACOM**

38. Dans sa requête et en conclusions, BELGACOM invoque la violation de l'article 127, §1 de la Constitution, de l'article 4, 6<sup>o</sup> de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, du principe d'ordre constitutionnel d'exercice proportionnel des compétences, de l'article 3 et l'économie générale de l'Accord de coopération du 17 novembre 2006 et de l'article 3, §4 de la Directive Cadre.

39. Elle considère que, par l'effet de ces dispositions, l'IBPT n'était pas compétent pour élaborer *seul* la Décision entreprise et qu'il devait y associer les autres régulateurs communautaires. Leur consultation, afin de recueillir leurs avis, alors que la décision était entièrement conçue, serait insuffisante.

40. Elle ajoute qu'au surplus, le VRM et le CSA n'ont pas marqué leur accord sur la décision et que, sans leur accord, l'IBPT ne pouvait l'adopter, tant par l'effet des dispositions européennes et légales en cause que de l'Accord de coopération lui-même.

Enfin, elle estime qu'en ne formulant aucune observation, le Medienrat n'a pu tacitement consentir à la décision, nonobstant les termes de l'article 3 de l'Accord de coopération précité.

### **La position de l'IBPT et TELENET**

41. L'IBPT considère qu'il a strictement respecté l'article 3 de l'Accord de coopération précité, en adressant son projet de décision aux trois régulateurs, en prenant en considération les remarques qu'ils lui ont adressées et en leur communiquant une version modifiée de son projet de décision.

Il précise que l'Accord de coopération n'organise pas une procédure d'approbation de ses décisions de sorte qu'il n'était pas tenu d'accepter toutes les demandes de modification des autres régulateurs mais qu'il a, dans la mesure du possible, pris en compte la demande du VRM relative à la durée de validité de la décision.

42. L'IBPT observe encore que le VRM s'est lui-même déclaré incompétent pour examiner plus avant le projet de décision tandis que le CSA s'est exprimé pour le futur sans s'opposer à la décision entreprise.

43. Enfin, l'IBPT admet que le Medienrat n'a pas pris position sur le projet de décision mais il estime que le Medienrat a eu la possibilité d'examiner le

projet et de faire part de ses observations, qu'il ne disposait d'aucun pouvoir pour contraindre le Medienrat à se manifester et enfin, que conformément à l'article 3 de l'Accord de coopération, il est permis de présumer que la décision ne porte pas atteinte aux compétences du Medienrat.

44. TELENET observe, pour sa part, que la décision entreprise a été adoptée à la suite d'une procédure administrative longue et complexe dans le respect des règles de répartition des compétences entre le pouvoir fédéral et les communautés et il renvoie sur ce dernier point aux conclusions de l'IBPT.

#### **Décision de la cour**

45. Les règles communautaires. Selon l'article 3, §4 de la Directive Cadre :

*« les Etats membres publient les tâches à accomplir par les autorités réglementaires nationales d'une manière aisément accessible, en particulier lorsque ces tâches sont confiées à plusieurs organismes. Les Etats membres assurent, le cas échéant, la consultation et la coopération entre ces autorités, ainsi qu'entre ces autorités et les autorités nationales chargées de l'application du droit de la concurrence et les autorités nationales chargées de l'application de la législation en matière de protection des consommateurs, sur des sujets d'intérêt commun. Lorsque plus d'une autorité est compétente pour traiter ces questions, les Etats membres veillent à ce que les tâches respectives de chaque autorité soient publiées d'une manière aisément accessible »* (la cour souligne).

Les considérants 15 et 16 de la Directive Cadre expriment l'intention du Parlement et du Conseil à ce propos:

*« il importe que les autorités réglementaires nationales consultent toutes les parties intéressées sur les décisions envisagées et tiennent compte de leurs observations avant d'adopter une décision définitive »* et *« il convient que les autorités réglementaires nationales fondent leur action sur un ensemble harmonisé d'objectifs et de principes »* » . (la cour souligne).

46. L'IBPT considère que les autorités visées dans cette disposition sont toutes les institutions impliquées dans le processus d'adoption des analyses de marché, à savoir les autorités de régulation, les autorités de la concurrence et les autorités en charge des consommateurs et que ce texte ne pourrait être considéré comme déterminant en soi de l'organisation nationale des procédures de coopération entre les régulateurs.

47. Cependant, le considérant 16 reproduit ci-dessus insiste sur la nécessité d'un *« ensemble harmonisé d'objectifs et de principes »* de sorte que la Cour constitutionnelle a considéré dans son arrêt du 14 juillet 2004, n° 132/2004, que *« tous les réseaux et services de transmission doivent relever d'un même*

*cadre réglementaire* », et qu'au cas où plusieurs autorités réglementaires existent au sein d'un Etat membre, la directive impose à *cet Etat* de se charger de la coopération (entre ces autorités) dans les sujets d'intérêt commun (...).

Bien plus, dans son arrêt du 12 novembre 2008, 2006/AR/2484 (en cause de BELGACOM/IBPT), la présente cour a estimé que l'article 3, §4 de la Directive Cadre, interprété à la lumière du prescrit de la directive et compte tenu de l'enseignement de la Cour constitutionnelle, obligeait *directement* l'IBPT à soumettre pour consultation et coopération aux autres régulateurs concernés un projet de décision, avant même que cet Accord de coopération ne soit exécutoire (page 13 de l'arrêt).

48. Ainsi que le relevait déjà cet arrêt du 12 novembre 2008, l'enseignement de la Cour constitutionnelle a été transposé dans l'ordre juridique fédéral par la modification de l'article 14, §2, 5<sup>o</sup> de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur et par l'article 73 de la loi du 20 juillet 2005 portant des mesures diverses. Le législateur a imposé à l'IBPT de ne pas prendre de décisions relatives aux réseaux de communications électroniques, pour lesquels les communautés sont également compétentes, avant l'entrée en vigueur d'un Accord de coopération conclu avec les communautés et portant sur l'exercice des compétences dans cette matière. Le législateur a ainsi exprimé deux principes : le régulateur fédéral ne peut agir unilatéralement lorsque les régulateurs des communautés sont également compétents et il doit attendre un accord de coopération exécutoire.

49. A cette fin, l'Etat fédéral et les législateurs communautaires ont conclu l'Accord de coopération du 17 novembre 2006 précité, qui est entré en vigueur le 19 septembre 2007.

50. Les règles internes de répartition de compétence. Cet Accord rencontre également les exigences des règles internes répartitrices de compétences, telles qu'interprétées par la Cour constitutionnelle dans le domaine des télécommunications dans son arrêt précité du 14 juillet 2004 ainsi que dans ses arrêts des 13 juillet 2005 et 8 novembre 2006, qui se réfèrent expressément aux considérants de l'arrêt du 14 juillet 2004.

51. Ainsi dans l'arrêt du 14 juillet 2004, la Cour constitutionnelle, après avoir constaté que la matière de la radiodiffusion et de la télévision et les autres formes de télécommunications sont confiées à des législateurs distincts (par l'article 127, §1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup> et 130, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup> de la Constitution, l'article 4, 6<sup>o</sup> de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 et l'article 4, §1<sup>er</sup> de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone), a considéré que :

*« les développements technologiques récents ont pour effet que les matières de la radiodiffusion et de la télévision, d'une part, et des télécommunications, d'autre part, ne peuvent plus être délimitées à l'aide de critères techniques tels que l'infrastructure sous-jacente, les réseaux ou les terminaux utilisés, mais bien sur la*

*base de critères de contenu et de critères fonctionnels* » (considérant B.4.3.) et elle a estimé que « *la convergence technologique des secteurs des télécommunications et de l'audiovisuel, en particulier l'usage commun de certaines infrastructures de transmission, fait apparaître, en cas de maintien de la répartition actuelle des compétences, l'absolue nécessité de prévoir une coopération entre l'autorité fédérale et les communautés pour déterminer les compétences du régulateur* » (B.5.1) et pour réglementer l'infrastructure des communications électroniques (B.6.2.) (la cour souligne).

52. Dans son arrêt du 8 novembre 2006, la Cour constitutionnelle a ajouté que l'obligation de coopérer entre l'Etat fédéral et les communautés n'est pas limitée au règlement de l'infrastructure des communications électroniques, mais porte également sur les services de transmission électronique communs à la radiodiffusion et à la télévision d'une part, et aux télécommunications d'autre part.

53. L'Accord de coopération du 17 novembre 2006 satisfait l'« absolue nécessité » selon la Cour constitutionnelle, d'une coopération entre l'Etat fédéral et les communautés, en donnant dans l'ordre juridique belge une implémentation très extensive de l'obligation de coopération entre les législateurs communautaires et le législateur fédéral.

54. Ces législateurs doivent ainsi coopérer pour « *l'élaboration d'une législation relative aux réseaux de communications électroniques, l'échange d'informations et l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques* » par les autorités de régulation en charge des télécommunications ou de la radiodiffusion et la télévision. Pour chaque projet de décision relatif aux réseaux de communications électroniques, et sauf pour les mesures provisoires adoptées en cas d'extrême urgence et de risque de préjudice grave et difficilement réparable, l'accord de coopération oblige le régulateur qui projette d'adopter une telle décision, à en communiquer 'le projet' (nécessairement élaboré !) aux autres régulateurs, à prendre en compte les observations de ceux-ci et à modifier son projet lorsque ces observations le justifient. Enfin, il prévoit le recours à l'arbitrage d'un organe indépendant, la Conférence des régulateurs.

55. Contrairement à ce que soutient BELGACOM, l'on ne peut déduire ni des dispositions constitutionnelles et légales en cause, ni de l'enseignement de la Cour constitutionnelle, ni enfin de l'arrêt de la présente cour du 12 novembre 2008 déjà cité, que la coopération requiert une association étroite entre l'IBPT et les régulateurs communautaires pendant toute la phase d'élaboration des décisions de l'IBPT ou qu'elle requiert l'approbation de ces régulateurs communautaires sur les projets de décision de l'IBPT.

56. Ces exigences n'ont pas non plus été formulées par le Conseil d'Etat dans son avis rendu sur l'avant-projet de loi, par lequel le gouvernement demandait à la chambre des représentants d'approuver l'Accord de coopération.



Certes, le Conseil d'Etat<sup>1</sup> a critiqué la disposition de l'article 3 de l'Accord de coopération selon laquelle :

*« au-delà des délais prévus aux alinéas 2 et 3, le projet de décision est présumé, sauf preuve contraire, ne pas porter atteinte aux compétences des autres autorités de régulation », en considérant que « (cette disposition) part manifestement de la considération que l'absence de réaction dans le bref délai de quatorze jours ou de sept jours civils (imparti par les alinéas 2 et 3 de l'article 3 – cf. ci-dessus), doit être tenue pour un assentiment tacite, en ce qui concerne la compétence, par les autres autorités de régulation, au projet de décision qui leur a été transmis. Il ne peut être souscrit à pareille approche. Par analogie avec la règle énoncée à l'article 1045 du Code judiciaire concernant l'acquiescement tacite à une décision judiciaire et par analogie avec la jurisprudence de la Cour de cassation à propos de la renonciation tacite à un droit, « un assentiment tacite au projet de décision ne peut être présumée que si elle peut être déduite « d'actes ou de faits qui révèlent l'intention certaine de la partie de donner son adhésion à la décision » ou « de faits et de comportements non susceptibles d'une autre interprétation » ».*

Cependant, cette objection était fondée sur l'article 1045 du Code judiciaire et la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la renonciation, et pas sur les règles répartitrices de compétence énoncées par la Constitution et les lois spéciales de réformes institutionnelles.

Le législateur fédéral pouvait, en votant une loi d'assentiment à l'Accord de coopération en cause, déroger à une disposition législative ordinaire et instaurer, dans le cadre de cet Accord, la présomption que, sauf preuve contraire, laquelle n'est pas rapportée en l'espèce, le projet de décision « ne porte pas atteinte aux compétences » du régulateur qui ne proteste pas. On lit ainsi dans l'exposé des motifs du gouvernement :

*« Le Conseil d'Etat fait remarquer qu'une entité ne peut approuver tacitement une décision sauf si l'approbation peut être déduite d'actes ou de faits dont il ressort qu'une partie a la ferme intention de marquer son accord ou de faits et comportements qui ne sont pas interprétables autrement. A cet égard, des experts siègent dans les organes institués par l'accord de coopération et sont censés être pleinement conscients des conséquences de leur silence éventuel » (doc. Chambre des représentants, 51-2761/002, pp. 3-4).*

57. Pour le surplus, les autres critiques du Conseil d'Etat ont été rencontrées dans la rédaction finale du texte de l'Accord de coopération. Ainsi, l'article 3

<sup>1</sup> Avis du Conseil d'Etat n<sup>o</sup> 41.711/VR, Chambre des représentants, doc. 51 2761/011 - 2006-2007

n'impose pas aux régulateurs consultés l'obligation de soumettre une contre-proposition détaillée dans les quinze jours civils, à défaut de quoi ils seraient supposés marquer leur accord sur le projet de décision, et il ne limite pas le contrôle de ces régulateurs à l'unique vérification que leur compétence propre est respectée par le projet de décision. L'alinéa 2 de l'article 3 de l'Accord prévoit en effet que « *les autorités de régulation consultées font part de leurs remarques à l'autorité de régulation qui a transmis le projet de décision, dans les 14 jours civils* ».

58. Toutes les remarques sont donc possibles et elles ne doivent pas faire l'objet d'une contre-proposition motivée. L'obligation de motivation ne subsiste que pour la saisine immédiate de la CRC et pour les remarques « *du point de vue de la compétence légale de celui qui transmet la remarque* » (alinéa 4).

59. La procédure de consultation organisée par l'Accord de coopération n'est donc pas insuffisante.

60. Respect de l'Accord de coopération. L'IBPT s'y est conformé puisqu'il a communiqué son projet de décision aux autres régulateurs, les a invités à lui faire part de leurs observations dans les 14 jours civils, a répondu auxdites observations et a modifié son projet dans la mesure où elles le justifiaient. Sur ce point, l'IBPT rappelle, à raison, que les objections du CSA étaient destinées à préparer l'élaboration des décisions futures et que le VRM s'est contenté d'exprimer la demande que la décision prenne nécessairement fin le 15 mai 2009.

61. Il est cependant exact que le VRM et le CSA regrettèrent l'absence de la Conférence des régulateurs et que la demande du VRM relative à une échéance fixe de la décision n'a pas été totalement satisfaite.

Toutefois, l'IBPT a rencontré les préoccupations des régulateurs sur le caractère essentiellement temporaire et relativement bref de la décision, dans la mesure qui était compatible avec les règles en vigueur, en particulier l'article 16, § 2 de la Directive Cadre et l'article 55, § 2 de la Loi précitée du 13 juin 2005.

En effet, ces dispositions requièrent une analyse de marché préalable avant de supprimer une obligation réglementaire qui a été imposée à un opérateur, (voir les commentaires de la Commission du 3 janvier 2008 sur le projet de décision, alors qu'elle s'interrogeait sur la possibilité de faire expirer la décision entreprise le 15 mai 2009, au vu de l'article 16, §2 de la Directive Cadre).

62. Pour ces motifs, ces griefs ne peuvent pas être retenus.

## B. GRIEFS RELATIFS À LA MÉCONNAISSANCE DE LA RECOMMANDATION 2007 ET A L'ACTUALITÉ DES DONNÉES DE MARCHÉ

### ***La décision entreprise***

63. L'IBPT identifie la Recommandation 2003, adoptée conformément à l'article 15 de la Directive Cadre, comme l'un des éléments du cadre réglementaire applicable. Pour rappel, cette Recommandation 2003 identifie les Marchés 11 et 12 comme deux marchés pertinents de communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation sectorielle *ex ante*.

64. La décision entreprise ne repose pas formellement<sup>2</sup> sur la Recommandation 2007 adoptée par la Commission le 17 décembre 2007 et publiée dans le J.O. le 28 décembre 2007, soit quelques jours avant l'adoption de la décision entreprise par l'IBPT.

65. Par ailleurs, elle se fonde sur des données de marché couvrant la période 2005 avec des actualisations pour la période 2006-2007, l'IBPT indiquant qu'il fera tout son possible pour qu'une nouvelle analyse de marché soit réalisée avant le 15 mai 2009 (p.216).

### ***Les critiques de BELGACOM***

66. BELGACOM reproche l'IBPT de ne pas avoir tenu « *le plus grand compte* » de la Recommandation 2007 qui était déjà en vigueur lors de l'adoption formelle de la décision entreprise. Elle signale l'importance des contours différents des marchés de gros du dégroupage et de l'accès à la large bande que cette nouvelle Recommandation recense et le fait que l'IBPT n'a pas pris en considération les remarques spécifiques que la Commission y a formulées à propos de la régulation de ces marchés en Belgique. BELGACOM estime que l'IBPT n'a pas respecté les dispositions de l'article 15, §3 de la Directive Cadre qui impose au ARN de tenir « *le plus grand compte* » de la recommandation et des lignes directrices pour la définition des marchés pertinents correspondant aux circonstances nationales.

67. L'IBPT aurait également violé l'article 16, §1 de la Directive Cadre en reportant à plus tard une analyse de marché pertinent, dans le cadre d'une nouvelle analyse que l'IBPT s'est proposée d'effectuer dans les 18 mois

---

<sup>2</sup> Voir cependant la page 37 où il est précisé : « En prenant en considération la remarque du CSA « *Par ailleurs, le CSA sera amené à réaliser des études de marché suite à la publication de la nouvelle recommandation de la Commission européenne sur les marchés pertinents.* », l'IBPT aussi analysera si la nouvelle Recommandation de la CE aura un impact sur l'analyse éventuelle des marchés et des remèdes pertinents » et à la page 39.

après l'adoption de la décision entreprise. Cette disposition requiert, en effet, de la part des ARN de procéder à une analyse de marchés «*dès que possible après l'adoption de la recommandation ou de sa mise à jour éventuelle*».

68. BELGACOM souligne que l'IBPT (i) a confirmé ne pas avoir tenu compte de la Recommandation 2007 et (ii) ne pouvait ignorer le contenu de la révision de la recommandation, qui était en cours pendant l'élaboration de la décision, puisqu'un projet déjà abouti avait été publié en juillet 2007 et une adoption de principe était intervenue en novembre 2007.

69. BELGACOM soutient que l'IBPT devrait nécessairement appliquer la nouvelle Recommandation 2007 dans le cadre de sa décision, alors qu'elle en travaillait le projet, et que les motifs pour lesquels l'IBPT n'en a pas tenu compte ne sont pas connus. Bien plus, selon BELGACOM, l'IBPT aurait dû reprendre son analyse, à la fin de l'année 2007, pour s'assurer que son projet finalisé était conforme à la nouvelle Recommandation 2007 et qu'il pouvait retarder quelque peu l'adoption finale puisque la date du 10 janvier 2008 n'était pas une date butoir.

70. BELGACOM estime que sa critique n'est pas seulement une question de principe. En effet, pour le marché 11, la nouvelle Recommandation 2007 aurait élargi la définition du marché en ne la liant plus à l'infrastructure de la boucle locale, comme le fait toujours l'IBPT dans la décision entreprise.

Pour le marché 12, BELGACOM observe que la Recommandation 2007 préciserait «*dans des circonstances particulières, il se peut que ce marché ne rencontre plus les trois critères justifiant en principe une régulation ex ante*», en visant la Belgique et en demandant une attention particulière du régulateur.

71. BELGACOM reproche encore à l'IBPT de se baser sur des données datant de la période 2005, ce qui serait déraisonnable pour une période de régulation en 2008-2009.

#### ***La position de l'IBPT et de TELENET***

72. Dans ses conclusions, l'IBPT précise que le processus de définition et d'analyse des marchés 11 et 12 a été entamé en 2005, que la consultation s'est clôturée vers la fin de l'année 2007 et que la Recommandation 2007 est entrée en vigueur le 28 décembre 2007, c'est-à-dire moins de 15 jours avant l'adoption de la décision entreprise. Il n'était donc, selon l'IBPT, matériellement plus possible d'en tenir compte dans la décision finale.

73. Une révision de la décision, à la suite à l'entrée en vigueur de la Recommandation 2007 aurait été déraisonnable car l'IBPT aurait dû recommencer tout le processus d'analyse et de consultation *ab initio*.

74. L'IBPT ajoute que le cadre réglementaire ne lui impose pas le devoir de procéder 'immédiatement' après l'adoption de la Recommandation ou de sa

révision, à de nouvelles définitions et analyses des marchés pertinents et donc *a fortiori* pas avant l'adoption de ladite Recommandation.

75. L'IBPT rappelle encore avoir indiqué dans la décision entreprise (p. 216) qu'il fera tout son possible pour réaliser une nouvelle analyse de marché avant le 15 mai 2009, c'est-à-dire « *le plus rapidement possible* » comme le prévoient l'article 16 § 1 de la Directive Cadre et l'article 55, §1 de la Loi du 13 juin 2005.

L'IBPT considère avoir néanmoins tenu compte pour son analyse des marchés 11 et 12 de « *l'existence d'une nouvelle recommandation de la Commission* » ainsi que de l'évolution des produits et services et par conséquent du marché, suivant les circonstances nationales, afin d'atteindre l'objectif de la recommandation.

76. Enfin, et pour autant que de besoin, l'IBPT fait observer que le Règlement 2887/2000 du 18 décembre 2000 sur l'accès dégroupé à la boucle locale était encore en vigueur pendant la période de l'analyse des marchés 11 et 12.

77. TELENET insiste sur l'accueil favorable de la décision entreprise par la Commission. Dans son avis rendu le 3 janvier 2008, donc après la publication de la Recommandation 2007, la Commission n'a pas émis des doutes sur la compatibilité du projet de décision avec le cadre réglementaire et la Commissaire Viviane REDING aurait publié le même jour un communiqué de presse<sup>3</sup> insistant sur l'application rapide d'une décision longuement attendue.

78. En ce qui concerne la critique de BELGACOM concernant l'actualisation des données de marché sur lesquelles la décision est basée, l'IBPT indique avoir travaillé, dans la mesure du possible, sur la base de données actualisées concernant la période 2006-2007 tout en rappelant la courte durée (18 mois) de la décision et son intention de mettre son analyse à jour le plus rapidement possible. Il s'oppose à la prise en compte de certaines données plus récentes apportées par BELGACOM. L'IBPT se réfère notamment aux données sur les parts de marché de BELGACOM, qui démontreraient une chute significative, au second semestre 2008. Il estime que l'examen de la légalité de la décision entreprise doit être réalisé en se plaçant dans le contexte chronologique et factuel du moment de son élaboration, en prenant compte les éléments dont le régulateur disposait alors. Selon l'IBPT, il ne lui appartient donc pas de justifier ou de compléter *a posteriori* la motivation d'une décision datant du 10 janvier 2008 en répondant à des données plus récentes fournies par BELGACOM après l'adoption de la décision.

### ***Décision de la cour***

79. Sur la prise en compte de la Recommandation 2007. Ainsi qu'il a été dit,

<sup>3</sup> Pièce 67, dossier administratif IBPT.

les articles 15 et 16 de la Directive Cadre ainsi que les articles 54 et 55 de la Loi du 13 juin 2005 imposent à l'IBPT une obligation (i) de tenir le plus grand compte de la recommandation sur les marchés pertinents ou de sa révision ultérieure adoptée par la Commission et (ii) de procéder le plus rapidement possible à une définition et à une analyse des marchés pertinents identifiés par ladite recommandation en fonction des circonstances nationales.

80. La Recommandation 2007 précise en son article 3:

*« La présente recommandation ne préjuge pas la définition des marchés, des résultats de l'analyse des marchés ni des obligations réglementaires adoptées par les autorités réglementaires nationales conformément à l'article 15, paragraphe 3, et à l'article 16 de la directive 2002/21/CE avant la date d'adoption de la présente recommandation ».*

Cette disposition instaure un régime de validité provisoire des décisions prises par le ARN sous l'ancienne Recommandation 2003 en attendant de nouvelles décisions prises sous la nouvelle Recommandation 2007. Formellement, la décision entreprise ne tombe pas sous le coup de cette mesure de transition.

81. Selon la Recommandation 2007 (cons. n°1 et 2) le but de la révision est de réduire progressivement la réglementation sectorielle *ex ante* à fur et à mesure que la concurrence s'intensifie sur le marché et de mettre à jour la liste des marchés candidats à la régulation *ex ante*, « *en tenant compte de l'évolution sur les marchés* ». Partant du constat que la Commission, dans l'Annexe de la Recommandation 2007, a retenu de nouveau les mêmes marchés 11 et 12 (dénommés marchés 4 et 5 dans la nouvelle version) comme candidats à régulation, la définition et l'analyse de ces marchés pertinents par l'IBPT pourrait, en substance, être conforme à la Recommandation 2007, même si la décision entreprise ne s'y réfère pas formellement. A cet égard, la cour constate l'absence de toute remarque de la part de la Commission dans son avis du 3 janvier 2008 sur le projet de décision, émis conformément à l'article 7, § 3 de la Directive Cadre. Bien que BELGACOM estime ne pas pouvoir exclure que la Commission s'est trompée à cet égard, il appartient à BELGACOM, de démontrer sur quels points précis l'IBPT dans sa définition et son analyse des marchés 11 et 12, n'aurait pas tenu « *le plus grand compte* » de la Recommandation 2007 à son détriment. Les critiques précises formulées par BELGACOM seront examinées ci-après dans le cadre de griefs y afférents (voir notamment à propos de l'exclusion du câble de la définition de marché 11 sur base de l'absence d'une boucle locale et la prise en compte des circonstances particulières sur le marché belge pour justifier la non inclusion du câble dans le marché 12).

82. Les articles 15 et 16 de la Directive Cadre imposent d'ailleurs des obligations de moyen et non de résultat, aux termes desquelles l'IBPT doit faire ses meilleurs efforts pour tenir compte dans sa régulation de la recommandation en vigueur, et ce, dès qu'il lui sera raisonnablement possible après l'adoption de la recommandation ou de sa mise à jour éventuelle.

L'examen du comportement de l'ARN s'effectue *in concreto*, afin de tenir compte des circonstances qui l'entouraient lors de l'élaboration et de l'adoption de sa régulation.

Ces dispositions ne contraignent donc pas l'ARN à modifier immédiatement et coûte que coûte son cadre réglementaire pour l'adapter à une nouvelle recommandation.

83. La nouvelle Recommandation 2007 n'est entrée en vigueur que quelques jours avant la publication de la décision, mais alors que son élaboration était terminée. Il ne résulte pas des articles 15 et 16 susvisés et de l'interprétation qu'ils appellent (voir ci-dessus) que la décision entreprise, dont l'élaboration avait pris fin à l'issue d'un long processus de consultations diverses et de tout un travail d'élaboration, aurait dû être aussitôt abandonnée et immédiatement revue à la lumière de cette nouvelle Recommandation.

84. Dès lors, en décidant de ne pas reprendre *ab initio* ce travail et ces consultations, pour l'unique motif que la nouvelle Recommandation 2007 venait d'entrer en vigueur, l'IBPT n'a pas enfreint les articles 15 et 16 de la Directive Cadre précités.

85. Pour le surplus, la cour relève que, conformément à ces dispositions réglementaires, l'IBPT a veillé à limiter les effets de sa décision sur un laps de temps abrégé au regard du délai habituel de trois ans s'engageant à procéder à une nouvelle analyse des marchés en cause, si possible dans les 18 mois. La cour constate qu'il n'est pas démontré, à ce jour, que l'IBPT aurait méconnu cet engagement et que, l'eût-il fait, ce manquement ne constituerait pas un vice entachant la décision entreprise.

86. Sur l'actualisation de la décision entreprise. En ce qui concerne l'absence de données actualisées dans la décision entreprise, la cour considère que la décision devait se fonder sur ceux qui étaient connus ou pouvaient être connus de l'IBPT, au moment de l'élaboration de la décision, à la suite d'investigations appropriées et raisonnables, ainsi que sur des hypothèses qu'il pouvait raisonnablement élaborer pour un futur proche. Il ne pouvait nécessairement pas tenir compte de données postérieures, et notamment de celles plus récentes avancées par BELGACOM pour la période 2008. Il s'ensuit que ces données ne peuvent être prises en considération pour apprécier les appréciations de l'IBPT et la motivation de la décision.

87. La cour relève également que la phase d'élaboration s'est avérée particulièrement longue pour des circonstances indépendantes de la volonté du régulateur (notamment la mise en place de l'Accord de coopération).

88. La cour constate encore que le régulateur a pris soin d'actualiser certaines données de marché dans sa décision finale. Le cas échéant, la cour examinera l'actualisation appropriée et suffisante (ou non) de ces éléments, lors de l'examen des griefs particuliers de BELGACOM concernant la définition et l'analyse des marchés pertinents.

### C. GRIEFS RELATIFS A L'APPROCHE MÉTHODOLOGIQUE SUIVIE PAR L'IBPT

#### *i. Grief de BELGACOM concernant la relation entre marchés de gros et marché de détail*

89. BELGACOM insiste sur la nécessité pour l'IBPT de prendre comme point de départ de l'analyse des marchés de gros, l'examen du marché de détail. Un lien indissociable existerait entre le dysfonctionnement concurrentiel au détail (en l'absence de régulation en amont) et la régulation des marchés de gros en amont.

Elle poursuit que, si abstraction faite de la régulation de gros, le marché de détail est prospectivement concurrentiel et la régulation n'a qu'un impact marginal sur le développement de la concurrence sur le marché de détail en aval, il est ni utile ni nécessaire de réguler le produit de gros.

90. Ce grief étant de nature générale et essentiellement lié aux questions méthodologiques relatives à la prise en compte des effets de la régulation d'un marché de gros sur un marché de détail en aval, la cour y répondra lors de l'examen des ces critiques spécifiques (voir ci-après n° 93 e.s.).

#### *ii. Grief de BELGACOM concernant la séquence d'analyse des marchés*

91. Selon BELGACOM, le premier marché à analyser est celui qui est situé le plus en amont dans la chaîne de valeur ajoutée, en l'espèce le marché de gros, à savoir le marché de gros d'accès à l'infrastructure (la boucle) locale. Ce n'est seulement après que l'IBPT pourrait procéder à l'analyse du marché de gros en aval, celui de l'accès à la large bande.

92. BELGACOM ne formule pas de grief autonome en ce qui concerne la séquence logique dans laquelle l'analyse de deux marchés de gros en relation avec un marché de détail devrait s'inscrire. L'IBPT semble bien avoir suivi cette séquence.

#### *iii. Grief de BELGACOM concernant l'approche greenfield*

##### ***Les critiques de BELGACOM***

93. L'approche greenfield et greenfield modifiée. BELGACOM reproche l'IBPT de ne pas avoir suivi l'approche dite 'greenfield' et 'greenfield modifiée' lors de l'analyse de chaque marché de gros.

L'approche *greenfield* consisterait, en termes généraux, en une méthodologie spécifique d'analyse d'un marché candidat à la régulation en faisant



abstraction de l'impact de la régulation *ex ante* existante sur ce marché.

La critique de BELGACOM se situe tant au niveau de la définition que de l'analyse des marchés en question. Lors de la discussion sur les éléments pertinents de la décision entreprise, elle précise sur quels points et pour quelles raisons l'adoption de l'approche *greenfield* et l'application correcte de l'approche *greenfield modifiée* aurait dû conduire l'IBPT à des résultats différents, notamment pour l'analyse de substituabilité, la segmentation géographique du marché, la prise en compte de l'autoconsommation (du câble) et les barrières à l'entrée.

94. Au niveau de la définition de marché. Le cadre réglementaire aurait imposé à l'IBPT l'obligation de suivre cette approche *greenfield* pour la délimitation du marché. BELGACOM invoque un avis du Conseil de la Concurrence, selon lequel la détermination du marché pertinent et de la puissance des opérateurs devrait se faire dans un cadre dénué de réglementation<sup>4</sup>.

Selon BELGACOM, définir un marché sans faire abstraction du cadre réglementaire, conduirait nécessairement à (i) une analyse concurrentielle biaisée qui n'appréhenderait pas correctement la réalité et l'ampleur des pressions concurrentielles exercées sur l'entreprise concernée et (ii) à la pérennisation de la régulation et de la position dominante de l'entreprise régulée. De même, cette méthode ne permettrait pas d'évaluer correctement l'efficacité de la régulation en place.

BELGACOM estime que la définition du marché retenue par l'IBPT conduit nécessairement à l'exclusion du câble (TELENET) alors qu'il est son grand concurrent et qu'il n'est pas régulé. Ce déséquilibre ne permettrait pas d'évoluer vers un fonctionnement normal du marché, conformément aux objectifs du cadre réglementaire.

95. Au niveau de l'analyse de marché. Conformément à l'approche *greenfield modifiée*, il conviendrait, selon BELGACOM, de tenir compte des effets induits par les obligations imposées *ex ante* sur les marchés de gros situés plus en amont, pour évaluer la situation concurrentielle d'un marché en aval.

En l'occurrence, lors de la définition du Marché 12, l'IBPT n'aurait pas pris en compte les effets actuels ou escomptés de la régulation *ex ante* imposée sur les marchés en amont, en particulier le Marché 11 et les services de collecte backhaul.

96. Les moyens. BELGACOM invoque la violation des articles 14 à 16 de la Directive Cadre et des principes de proportionnalité et de modération prévus

<sup>4</sup> Avis du Conseil de la concurrence du 25 mars 2006 relatif au Projet de décision du Conseil de l'IBPT « relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour les marchés du groupe 'Accès', sélectionnés dans la recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003 », p. 7

par le cadre réglementaire.

### **Position de l'IBPT et TELENET**

97. L'IBPT et TELENET répliquent que l'approche *greenfield* n'est pas applicable au stade de la définition de marché. Aucun texte obligatoire ne l'imposerait aux ARN lors de la définition du marché. En revanche, l'approche méthodologique de l'IBPT serait, elle, respectueuse des principes du cadre réglementaire et conforme à la pratique de la Commission.

Ainsi, dans sa Recommandation 2007, la Commission s'est fondée sur la régulation antérieure pour identifier les marchés 11 et 12 comme candidats à la régulation.

En effet, dès lors que l'existence des produits et marchés concernés ne résulte pas du jeu normal de l'offre et la demande mais qu'elle dépend entièrement de la réglementation, définir des marchés pertinents, en faisant abstraction de la régulation antérieure, reviendrait à définir un marché vide. Il s'ensuit que l'approche *greenfield* n'a, en ce cas, pas de sens ni d'utilité.

98. A titre subsidiaire, TELENET soutient qu'en tout état de cause, l'application d'une approche *greenfield* ne remettrait pas en cause la définition de marché effectuée par l'IBPT, en l'espèce.

99. TELENET et l'IBPT ajoutent que l'analyse du marché 12 reflète une application correcte de l'approche *greenfield modifiée*, mais ils n'accordent pas à cette méthode le même sens et la même portée que BELGACOM, les parties étant également en désaccord pour savoir si l'IBPT l'a appliquée pour l'analyse concurrentielle.

### **Décision de la cour**

100. Le contexte. Il convient de replacer l'approche *greenfield* et *greenfield modifiée* dans son contexte théorique et pratique et de constater qu'il n'en existe pas de définition légale ou juridictionnelle de la méthode.

Cette approche relève de la doctrine économique et a trouvé des applications dans plusieurs décisions de la Commission et des ARN, depuis l'introduction du nouveau cadre réglementaire en 2002.

101. La Note Explicative et la Recommandation 2007. Le fondement, auquel les ARN se réfèrent fréquemment, réside dans un passage de la Note Explicative de la Commission sur la Recommandation 2007<sup>5</sup> (« **Note**

<sup>5</sup> Commission Staff Working Document, Explanatory Note, Accompanying document to the Commission Recommendation on Relevant Product and Service Markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services, doc SEC(2007) 1483 final, p. 13.

**Explicative** »), qui existe uniquement en anglais et dont la cour propose la traduction libre suivante:

*« Certains des marchés identifiés dans la Recommandation sont étroitement liés et pour les ARN, il y a une séquence logique pour analyser ces marchés.*

*En général, le marché à analyser en premier lieu est celui situé le plus en amont dans la chaîne verticale de l'offre. Compte tenu de la régulation ex ante imposée sur ce marché (s'il y en a une), une évaluation devrait être réalisée pour voir s'il y a toujours une position SMP sur une base prospective sur le ou les marchés pertinents en aval. Cette méthodologie s'est fait connaître comme "l'approche Greenfield modifiée". Donc, l'ARN devrait se frayer un chemin dans la chaîne verticale de l'offre pour atteindre le niveau du ou des marchés de détail. Un marché situé en aval devrait uniquement faire l'objet d'une régulation directe si la concurrence sur ce marché montre une position SMP en la présence d'une régulation de gros sur le ou les marchés pertinents en amont.*

*Par exemple, concernant l'accès de gros à haut débit, il est recommandé que les ARN analysent d'abord le marché du dégroupage de la boucle locale. Ensuite le marché de gros de l'accès à la large bande devrait être examinée en tenant compte de la régulation sur le marché du dégroupage. Si ce marché continue de présenter une position SMP sur une base prospective malgré la présence d'une régulation LLU (sauf si l'ARN estime que le marché ne remplit plus le test des trios critères et l'exclut de régulation sur cette base), une régulation appropriée devrait être imposée sur le marché de gros de l'accès à la large bande. » (La cour souligne).*

Le caractère obligatoire pour les ARN de l'approche *greenfield modifiée*, qui serait préconisée dans cette Note résiderait dans l'article 15, §3 de la Directive Cadre qui leur demande de « tenir le plus grand compte » des recommandations de la Commission lors de la détermination des marchés pertinents en fonction des circonstances nationales.

Cependant, la Recommandation 2007 ne se réfère pas explicitement à l'approche *greenfield*; elle mentionne la Note Explicative dans son considérant n° 3 et semble bien appliquer la méthode en question, sans le dire explicitement, notamment lorsqu'elle précise dans son considérant n° 6 et 18 :

*« Tout marché est susceptible de faire l'objet d'une réglementation ex ante s'il répond aux trois critères en l'absence de celle-ci.*

*Le fait que la présente recommandation recense les marchés de produits et de services auxquels une réglementation ex ante peut s'appliquer ne signifie pas pour autant qu'une réglementation se*

*justifie systématiquement ou que ces marchés seront soumis aux obligations réglementaires fixées dans les directives particulières. Notamment, la réglementation ne peut pas être imposée ou doit être retirée dans le cas où il y a une concurrence effective en l'absence de réglementation, c'est-à-dire si aucun opérateur ne dispose d'une puissance significative sur le marché au sens de l'article 14 de la directive 2002/21/CE.» (La cour souligne).*

La Note Explicative se réfère encore explicitement à la notion *greenfield modifiée* à la page 8 (dans le cadre de l'analyse des barrières à l'entrée) et 33 (à propos du Marché 12). Pour le Marché 12, la Note Explicative précise, à propos du test des trois critères appliqué par la Commission, que :

*« Le marché de gros d'accès à la large bande continue à satisfaire le premier critère sous une approche Greenfield modifiée » (traduction libre proposée par la cour).*

102. La doctrine économique. Il résulte de cette doctrine que l'approche *greenfield 'stricte'* fait abstraction de toute régulation affectant le marché pertinent, tandis que l'approche *greenfield modifiée* tient uniquement compte de la régulation sur d'autres marchés, sans toutefois préciser exactement lesquels. Au-delà de cette distinction, la doctrine économique n'est pas unanime sur l'application de la méthode.

Les professeurs CAVE, STUMPF et VALLETTI cités par BELGACOM, dans un rapport rédigé à la demande de la Commission « *A Review of certain markets included in the Commission's Recommendation on Relevant Markets subject to ex ante Regulation* », An independent report by Martin Cave, Ulrich Stumpf, Tommaso Valletti, July 2006, p. 15 ci-après « **CAVE, STUMPF et VALLETTI** ») préconisent l'approche *greenfield* pour la définition du marché:

*« L'exercice de la définition de marché devrait être basé sur une approche greenfield, c'est-à-dire en présence de produits et prix concurrentiels et en l'absence d'une régulation ex ante résultant de l'application du mécanisme SMP sur le marché de gros en question » (traduction libre proposée par la cour).*

Voir également, l'article intitulé « *Market Analysis under the New Regulatory Framework for electronic communications: context and principles behind the Commission's first veto decision* » de DI MAURO et INOTAI, parue dans le « *Competition Policy Newsletter* » n° 2 de 2004 (pages 52-55 et en particulier la page 54) édité par la DG COMP<sup>6</sup>.

103. A l'inverse, d'autres estiment que l'application d'une approche *greenfield* est raisonnable pour l'analyse SMP mais qu'elle pose des problèmes conceptuels sérieux pour la définition du marché. C'est ainsi que BRIGLAUER, économiste de l'ARN d'Autriche, dans son article récent

<sup>6</sup> Pièce 3, dossier BELGACOM.

« *Conceptual Problems With The Hypothetical Monopolist Test In Ex-Ante Regulation Of Communications Under The New Regulatory Framework* » dans la « *Journal of Competition Law & Economics* », Juin 2008 (p. 12), plaide fortement en faveur de la prise en compte de la régulation existante comme un élément essentiel de la définition d'un marché dans le contexte d'une régulation sectorielle *ex ante* .

104. La jurisprudence étrangère. La jurisprudence est particulièrement rare. Une décision Britannique récente de la Competition Appeal Tribunal (« CAT ») dans l'affaire Hutchison [2008] CAT 11<sup>7</sup> - en appel devant la court of Appeal - confirme l'application de l'approche *greenfield modifiée* dans le cadre de l'analyse SMP et notamment en ce qui concerne l'impact de l'obligation d'interconnexion sur le contre-pouvoir des acheteurs sur le marché pertinent :

*« L'approche Greenfield modifiée est une méthode pour déterminer avec quelles pressions régulatrices il faut tenir compte ou non lors de l'évaluation du pouvoir de marché en conformité avec la directive cadre. L'application de l'approche greenfield modifiée par le régulateur dans le cadre de l'analyse SMP a été approuvée tant par la Commission Européenne dans le cadre de son contrôle des décisions des RNA que par ce Tribunal dans sa décision dans l'affaire H3G (1) (traduction libre proposée par la cour).*

La jurisprudence du CAT repose essentiellement sur la Décision de la Commission du 17 mai 2005 rendue en application de l'article 7, §4, de la directive 2002/21/CE (« Retrait de projets de mesures ») dans l'affaire DE/2005/0144 : Terminaison d'appel sur divers réseaux téléphoniques publics individuels en position déterminée (C(2005)1442 final)<sup>8</sup>, qui à l'alinéa 22 rejette une approche *greenfield stricte* au motif « *qu'il n'y a pas de base légale ou économique à cette approche Greenfield stricte* » et que « *sur le fondement des règles de concurrence, applicables aux termes des articles 14 et 16 de la directive « cadre », en particulier l'article 82 du Traité CE, une analyse de la dominance (c'est-à-dire de la SMP) exige de tenir compte des circonstances économiques concrètes, y compris les actes législatifs et administratifs.* »

L'approche *greenfield stricte* ne paraît pas appropriée pour la Commission, ni sous l'angle économique, ni au plan méthodologique et il ne pourrait en être autrement que pour les cas où une incertitude existe quant à la pérennité de la réglementation en cause tout au long de la période de référence retenue pour l'évaluation prospective.

Selon le CAT, l'objectif de toute approche *greenfield* consiste à supprimer la réglementation lorsque les marchés sont devenus durablement concurrentiels mais non lorsque l'absence de SMP est le résultat de la réglementation en vigueur. Cela implique que toute réglementation, qui perdurera tout au long

<sup>7</sup> A consulter via le site web du CAT : [www.cattribunal.org.uk](http://www.cattribunal.org.uk)

<sup>8</sup> A consulter via le site web

<http://circa.europa.eu/Public/irc/infso/ecctf/library>

de la période de référence de l'évaluation prospective, doit être prise en compte indépendamment de l'identification d'une SMP sur le marché concerné.

105. Les lignes directrices SMP. La Commission justifie encore l'obligation de prendre en compte la régulation, autre que celle résultant de l'analyse du marché en question, par une référence au § 20 des Lignes Directrices SMP.

Elle affirme que l'objectif est d'éviter le danger de la circularité et elle précise la portée de l'approche *greenfield modifiée* dans le contexte d'une analyse SMP mais elle n'indique pas explicitement que cette approche s'appliquerait également pour la définition du marché pertinent.

106. La pratique décisionnelle. Dans sa Décision « veto » du 20 février 2004 rendue conformément à l'article 7 (4) de la directive 2002/21/CE (« Demande de retrait d'un projet de mesure») dans l'affaire FI/2003/0024 et FI/2003/0027: services téléphoniques internationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle résidentielle et non résidentielle (C(2004)527)<sup>9</sup> (al. 25 et 27), la Commission rappelle encore que :

*« un principe clé pour l'analyse de marché est d'évaluer si la concurrence effective est ou n'est pas entièrement ou principalement le résultat d'une réglementation existante, et si l'état de concurrence du marché défini est susceptible d'être différent en l'absence de cette réglementation. Dans ce contexte, Ficora n'a pas justifié ses conclusions à la lumière des obligations réglementaires existantes, et n'a pas envisagé ce que les résultats de l'analyse de marché sont susceptibles d'être en l'absence de telles obligations. Inversement, Ficora n'a pas envisagé comment la justification des obligations réglementaires existantes, qui sont imposées aux entreprises dans le même marché ou d'autres marchés étroitement liés, et qui peuvent avoir un effet concurrentiel substantiel sur les marchés des services téléphoniques internationaux accessibles au public en position déterminée, peut être affectée par les conclusions de son analyse de marché. »* (La cour souligne).

107. Depuis lors, l'approche *greenfield* (modifiée) a fait l'objet d'une application explicite par la Commission dans les affaires : AT/2004/0090, DE/2005/0144, DE/2007/0671, DE/2007/0679 et PL/2008/0772.<sup>10</sup>

108. Les parties invoquent encore à l'appui de leurs thèses opposées des décisions de certains ARN. BELGACOM cite deux opinions, l'une du régulateur des Pays-Bas (Décision OPTA du 21 décembre 2005, § 62 e.s.) et l'autre du Royaume-Uni (OFCOM) du 18 décembre 2003, § 2.15.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Idem.

<sup>10</sup> A consulter via le site web

<http://circa.europa.eu/Public/irc/infso/ecctf/library>

<sup>11</sup> Pièces 20 et 21, dossier Belgacom.

Dans le premier cas, il s'agit de la définition d'un marché de détail qui devrait se faire, selon le régulateur néerlandais, sans tenir compte de la régulation existante sur le marché de gros en aval. Ce régulateur n'indique toutefois pas si, selon lui, un marché de gros doit être défini en tenant compte, ou non, de la régulation existante.

Par contre, il semble – non sans une certaine ambiguïté - que l'opinion d'OFCOM adopte ce raisonnement.

109. L'IBPT concède que l'on pourrait débattre indéfiniment de la question de savoir dans quelle mesure et dans quelle logique il y a lieu de faire application de la méthodologie *greenfield* au niveau de la définition du marché et surtout, si cette démarche a du sens dans le cas d'espèce.

110. L'avis du Conseil de la Concurrence et le test du monopoleur hypothétique. Enfin, BELGACOM se réfère aux observations émises par le Conseil de la concurrence, dans son avis précité (voir n<sup>o</sup> 94) à propos du test du monopoleur hypothétique dans le contexte de la définition du marché au § 21:

*« Le point 42 de ces Lignes directrices énonce le principe selon lequel "le test du monopoleur hypothétique n'est applicable que pour les produits ou les services dont le prix est fixé librement et non réglementé". La détermination du marché pertinent et de la puissance des opérateurs devrait donc se faire dans un cadre dénué de réglementation. »*

L'IBPT et TELENET observent, avec raison, que l'argument ne peut être suivi sans réticence comme il ressort clairement de la suite du § 42 des Lignes Directrices relatif au prix régulé :

*« Toutefois, si un service ou un produit est offert à un prix réglementé, calculé en fonction du coût, ce prix, en l'absence d'indications contraires, est présumé fixé à un niveau qui, sinon, serait concurrentiel, et il doit par conséquent être pris comme point de départ pour l'application du "test du monopoleur hypothétique" ».*

Ainsi, les ARN peuvent tenir compte, pour la définition de marché - pour laquelle le test du monopoleur hypothétique est le test standard - de la réalité économique et des prix régulés appliqués par les opérateurs SMP.

### **Décision de la cour**

111. L'existence d'une règle ou d'un principe général obligatoire, qui imposerait l'approche *greenfield* pour la définition du marché, ne peut être affirmée. Au plus, peut-on dégager de la doctrine économique et de la pratique décisionnelle de la Commission et de certains ARN, quelques lignes

de force sur lesquelles un consensus semble se former à propos de l'objectif et des bases de cette méthodologie.

Aussi, de l'opinion de la cour, l'approche *greenfield* :

- (i) est un concept méthodologique qui vise à éviter la circularité du raisonnement économique lors de l'analyse de marchés candidats à la régulation *ex ante* et a notamment pour but d'éviter qu'un marché soit dérégulé lorsque la concurrence sur ce marché résulte de la régulation existante ;
- (ii) est pertinent pour l'analyse concurrentielle d'un marché candidat à régulation;
- (iii) doit prendre en compte, dans le cadre d'une approche *greenfield modifiée*, l'impact de la régulation existante sur les marchés autres que le marché considéré, en vue d'apprécier la concurrence sur ce marché ;
- (iv) entre dans une logique séquentielle d'analyse de marchés liés verticalement entre eux, par laquelle on évite de réguler directement un marché en aval lorsque la régulation imposée sur un marché en amont contribue indirectement à une concurrence effective sur le marché en aval.

112. Il faut reconnaître l'utilité tout à fait marginale d'une approche *greenfield* pour la délimitation des marchés 11 et 12, lorsque la Commission, dans la Recommandation 2007, a proposé elle-même une définition basée sur la réglementation antérieure.

113. Pour la définition des marchés litigieux, l'IBPT n'était donc pas légalement tenue de suivre une approche *greenfield*. De même, le grief ne peut lui être adressé de n'avoir pas appliqué cette méthode pour l'analyse du marché.

La cour examinera, néanmoins, dans quelle mesure la prise en compte de certains éléments de la régulation existante comme point de départ au niveau de la définition de marché, pourrait concrètement avoir vicié les motifs de fait ou de droit de cette définition.

La cour examinera la question à deux niveaux.

114. Le test à appliquer. En premier lieu, la cour examinera si l'IBPT, en prenant des éléments régulés existants sur les marchés concernés comme point de départ de sa définition de marché a nécessairement faussé, sans correctifs possibles, les résultats de l'analyse de marché et la constatation de la position SMP de BELGACOM, notamment lors de (i) l'examen de substituabilité ou la définition du marché des produits (ii) la segmentation géographique des marchés (iii) l'absence d'offres concurrentielles sur les marchés de gros et (iv) la pression concurrentielle indirecte. Il s'agit de vérifier si les caractéristiques du produit régulé, telles que l'obligation de fourniture déjà imposée ou les prix homogènes au niveau national et déjà orientés vers les coûts, ont empêché l'IBPT d'évaluer correctement l'impact des pressions concurrentielles sur le pouvoir de marché



de BELGACOM, c'est-à-dire sur son indépendance à l'égard de ses concurrents et des consommateurs. La cour procèdera à cet examen détaillé dans le cadre de la discussion des griefs précis formulés par BELGACOM.

115. La cour examinera également, *in concreto*, si l'IBPT a suivi correctement une approche *greenfield modifiée*, en prenant en compte les effets escomptés de la régulation maintenue sur les marchés en amont (notamment le marché 11) sur la situation concurrentielle du marché en aval (marché 12).

#### D. GRIEFS RELATIFS AU MARCHÉ DU DÉGROUPE

##### *i. Grief de BELGACOM concernant la définition du marché et la méconnaissance du principe greenfield*

###### ***La décision entreprise***

116. Sur base d'une analyse de substituabilité, la décision définit le marché 11 comme le « *marché national de l'accès dégroupé, total ou partiel, aux boucles et sous boucles sur lignes métalliques* ». L'IBPT conclut, en effet, à l'absence de substituabilité de la technologie du câble et à l'existence d'un marché national de l'accès dégroupé.

###### ***Les critiques de BELGACOM***

117. BELGACOM reproche à l'IBPT de restreindre les produits du marché 11 aux paires de cuivre ou lignes métalliques de l'opérateur historique en excluant le câble – pour le motif qu'il ne possède pas de boucle locale – et alors que les paires de cuivre ou lignes métalliques sont des produits dont les caractéristiques ont été façonnées par la régulation existante, notamment l'offre de référence BRUO.

Selon BELGACOM, la Recommandation 2007 aurait inclus dans sa définition de marché pertinent tous les produits d'accès à une infrastructure physique permettant la transmission bidirectionnelle reliant le lieu d'établissement de l'utilisateur final, y compris le câble. BELGACOM prétend que l'approche de l'IBPT est contraire au principe de la neutralité technologique. Par ailleurs, cette approche, qui prend en compte un produit artificiel régulé, empêcherait le développement d'un marché normal et expliquerait l'absence d'une offre de gros concurrente et elle imposerait des obligations, telle l'obligation d'orienter les prix sur les coûts, qui décourageraient les tiers à proposer une offre concurrente (à celle de BELGACOM) par manque d'intérêt commercial et pour ne pas être régulés à leur tour.

118. Enfin, la définition nationale du marché à partir de la constatation d'un prix homogène national constituerait une violation de l'approche *greenfield*.

119. BELGACOM invoque la violation de l'article 15 de la Directive Cadre comme moyen d'annulation.

***Position de l'IBPT et TELENET***

L'IBPT et TELENET objectent que, dans la décision entreprise, le principe de la neutralité technologique est respecté, que l'absence de boucle locale sur l'infrastructure du câble ne constitue ni le seul élément ni l'élément déterminant retenu pour exclure le câble du marché pertinent, que la densité de couverture particulière du câble en Belgique a été prise en considération nonobstant les différences techniques en termes d'interface dédiée, et que sa substituabilité a été examinée (Décision entreprise, p. 94).

120. L'IBPT ajoute que, même en faisant abstraction de la régulation existante lors de la définition du marché, l'analyse de substituabilité aurait conduit au même résultat.

***Décision de la cour***

121. Conformément au test retenu par la cour (n<sup>o</sup> 114), force est de constater que, nonobstant l'exclusion du câble de la définition du marché et la prise en compte initiale des caractéristiques du produit régulé (référence à la paire de cuivre) lors de la détermination du périmètre du marché de produit, l'IBPT a procédé à une analyse complète de substituabilité (y inclus les réseaux câblés), dans la perspective d'un éventuel élargissement du périmètre du marché (voir p. 91-100 de la décision entreprise).

122. Bien que la Recommandation 2007 élargisse la définition du marché 11, ce fait n'implique pas nécessairement l'inclusion du câble par les ARN dans la définition du marché pertinent en fonction des circonstances nationales. Rien permet d'affirmer que la Commission a voulu inclure le câble d'office dans la nouvelle définition.

123. Le grief doit être rejeté.

***ii. Grief de BELGACOM concernant l'absence de substituabilité du câble et la délimitation géographique du marché***

***La décision entreprise***

124. La décision entreprise constate qu'en Belgique, le câble offre la même densité de couverture, tous opérateurs confondus, que le réseau de BELGACOM et que, sur les marchés de détail, il existe une substituabilité de la demande entre les services d'accès à Internet puisqu'ils peuvent être fournis, à la fois sur le réseau téléphonique et sur les réseaux câblés (p. 94-97). Elle relève ensuite que cette substituabilité n'existe pas sur le marché de gros de l'accès dégroupé où une offre concurrente du câble est absente. L'IBPT estime qu'il est impossible, pour les câblo-opérateurs, d'émettre une

offre équivalente au dégroupage car elle nécessiterait une infrastructure dédiée actuellement absente de l'architecture du câble (p. 94).

125. Du côté de l'offre, la décision entreprise conclut qu'il n'est pas envisageable, même théoriquement, pour les câblo-opérateurs de proposer à court terme une offre équivalente d'un produit similaire à l'accès dégroupé de BELGACOM. En effet, les solutions techniques envisagées (dégroupage de certaines fréquences des câbles coaxiaux, dégroupage d'un tronçon du câble coaxial, dégroupage de paires de cuivres enroulées autour du câble) ne paraissent pas réalisables sans investissements importants, voire disproportionnés, dont la rentabilité serait, en outre, douteuse (p. 95-96).

#### **Les critiques de BELGACOM**

126. BELGACOM réplique que l'absence de substituabilité du câble du côté de l'offre n'est pas suffisamment démontrée par l'IBPT. Constatant l'absence d'une offre concurrente sur le câble ne suffirait d'ailleurs pas, car il serait parfaitement envisageable, techniquement et économiquement, pour les opérateurs du câble, d'offrir une forme d'accès local partagé via le câble. Elle reproche l'IBPT d'ignorer et de ne pas réfuter les arguments pertinents d'une étude TNO<sup>12</sup> (« **Etude TNO** ») et les siens.

127. BELGACOM ajoute que le refus de l'IBPT de réguler le câble crée une situation discriminatoire et contraire à l'objectif du cadre réglementaire de faire évoluer le marché vers une situation de concurrence normale, sans régulation.

128. Enfin, la délimitation géographique du marché méconnaîtrait le principe *greenfield* : le caractère homogène au niveau national de l'offre BRUO et l'uniformité des tarifs seraient le résultat de la régulation existante et non d'une situation correspondant aux réalités du marché hors régulation.

#### **La position de TELENET et l'IBPT**

129. TELENET cherche à conforter l'analyse de substituabilité effectuée par l'IBPT, en invoquant les difficultés liées (i) au partage du spectre de fréquences et aux investissements que devraient consentir les câblo-opérateurs pour augmenter la capacité de spectre disponible et (ii) aux aspects techniques, en cas d'utilisation partagée du réseau câblé par plusieurs utilisateurs de gros.

130. TELENET estime encore que la dimension nationale du marché est justifiée par les conditions réglementaires, la couverture nationale du réseau de BELGACOM, la pratique décisionnelle de la Commission et de la majorité des ARN.

<sup>12</sup> TNO Report « Wholesale Access via PSTN and Cable Infrastructures », 21 Décembre 2005, écrit à la demande de Belgacom (Pièce 15, dossier administratif IBPT).

L'IBPT ajoute que, même en absence de régulation, BELGACOM n'aurait aucune raison de différencier son offre selon les régions en l'absence de concurrence réelle ou potentielle du câble.

### **Décision de la cour**

131. La substituabilité du côté de l'offre. L'IBPT a examiné, en tenant compte des circonstances nationales spécifiques, s'il existe potentiellement un produit offrant les mêmes fonctionnalités que le dégroupage. La décision entreprise envisage ainsi trois solutions techniques différentes (pp. 95-96).

132. L'IBPT est parvenue à la conclusion qu'aucune des solutions envisagées ne permettrait aux câblo-opérateurs d'offrir un produit équivalent « *à court terme et sans devoir supporter des investissements importants* », ce qui est conforme au droit de la concurrence et au cadre réglementaire qui imposent un devoir de prudence aux ARN pour décider de la substituabilité potentielle du côté de l'offre. Une substituabilité hypothétique ou faible ne suffit pas. En effet, en droit de la concurrence, l'inclusion d'un produit substitut du côté de l'offre dans le périmètre du marché d'un produit suppose que le producteur alternatif considéré soit capable d'ajuster son infrastructure, rapidement et sans modifications significatives pour produire le substitut à une échelle suffisante.

Lorsque l'ajustement nécessaire s'avère plus complexe ou coûteux, on peut éventuellement qualifier une telle offre possible de concurrence potentielle et en tenir compte au niveau de l'analyse concurrentielle, ainsi que l'explique la Commission dans sa Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (J.O. n° C 372 du 9 décembre 1997, p. 5 -13) et au § 53 des Lignes Directrices SMP.

133. BELGACOM ne démontre pas l'existence d'une offre équivalente effective sur le marché, ni que les coûts d'adaptation seraient relativement négligeables pour les câblo-opérateurs, ni qu'une telle offre serait économiquement et techniquement envisageable au vu des circonstances nationales.

L'Etude TNO n'a pas la valeur d'une expertise indépendante et n'infirmes pas les conclusions de l'IBPT. Certains passages de l'Etude TNO confirment la nécessité d'investissements supplémentaires mais sans adresser en détail les adaptations organisationnelles à supporter par les câblo-opérateurs (voir notamment p.41).

134. Par ailleurs, même si cela s'avérait techniquement possible, des doutes sérieux subsistent quant aux possibilités opérationnelles pour les câblo-opérateurs d'entrer à *court terme* sur le marché examiné. La doctrine économique le confirme (voir CAVE, STUMPF et VALLETTI, p. 77) :

*« Là où un système câblé est opérationnel, il peut être techniquement possible mais il sera normalement pratiquement exclu de fournir l'équivalent du dégroupage de la boucle locale. »*

*Toute pression concurrentielle par le câble sur le prix sera exercée de façon indirecte, via le marché de détail* ». (traduction libre proposée par la cour)

135. Enfin, la Commission rejette fermement toute tentative de certains ARN d'inclure le câble dans la définition du marché 11. Dans sa Décision du 5 janvier 2009 dans l'affaire PT/2008/085 (p. 7)<sup>13</sup> la Commission confirme en effet qu'à sa connaissance « *il n'est pas possible de dégroupier le câble* » et que pour cette raison, le câble ne peut pas constituer un substitut direct pour la boucle locale.

136. En l'espèce, aucun élément objectif et certain ne remet en question l'analyse de l'IBPT sur l'absence de substituabilité effective du câble et ne permettrait de conclure à une erreur d'appréciation manifeste. Le grief ne peut donc être retenu.

137. La cour souligne cependant, que, si la pression concurrentielle qui découle de cette possibilité ne semble pas encore assez forte ou immédiate au moment de l'adoption de la décision, l'évolution technologique rapide et la convergence entre les infrastructures sont de nature à stimuler, à moyen terme, l'entrée (sous des conditions concurrentielles et réglementaires plus adéquates) des câblo-opérateurs sur le marché 11.

138. Discrimination par rapport au câble. L'IBPT a la faculté, et non l'obligation, de définir, à l'issue du test des trois critères, un ou plusieurs marchés de gros du câble et de déterminer pour ce ou ces marchés une régulation *ex ante* et ce, bien qu'ils ne soient pas recensés dans les recommandations de la Commission (cons. n<sup>o</sup> 17 de la Recommandation 2007).

139. Il convient de constater, avec BELGACOM, que la décision entreprise n'exprime pas les raisons pour lesquelles l'IBPT n'a pas défini et régulé un marché de gros d'accès au câble comparable au dégroupage. En conclusions, l'IBPT précise qu'aucune obligation légale ne lui imposerait de réguler le câble *ex ante*, et il observe qu'aucune autre ARN ne l'a fait. Il n'est pas démontré que cette absence de régulation vicierait la décision entreprise, de sorte que le grief n'est pas pertinent.

140. La définition du marché géographique. Selon les Lignes Directrices SMP (§59-60) :

*« (59) Dans le secteur des communications électroniques, la portée géographique du marché pertinent est traditionnellement déterminée par référence à deux critères principaux :*

*a) le territoire couvert par un réseau et*

*b) l'existence d'instruments juridiques (législatifs et réglementaires).*

<sup>13</sup> A consulter via le site web

<http://circa.europa.eu/Public/irc/infso/ecctf/library>

(60) *Sur la base de ces deux principaux critères, les marchés géographiques peuvent être considérés comme locaux, régionaux, nationaux ou couvrant des territoires constitués de plusieurs pays (marchés paneuropéens, à l'échelle de l'Espace économique européen ou mondiaux, par exemple). »*

En l'espèce, la délimitation géographique du marché 11 ne repose pas uniquement sur la régulation existante, de sorte qu'une violation prétendue de l'approche *greenfield* ne peut être retenu.

En effet, la prise en compte, comme point de départ de l'analyse, d'un prix régulé et uniforme n'empêche pas l'IBPT de segmenter le marché si d'autres paramètres pertinents, tels que la différenciation des utilisateurs, la nature des services, les coûts ou une couverture différenciée du réseau) susceptibles de démontrer le caractère hétérogène d'un marché, le justifient (voir § 60 des Lignes Directrices SMP).

Il ne résulte cependant pas des éléments produits aux débats que l'IBPT aurait dû segmenter le marché en sous-marchés locaux ou régionaux et BELGACOM ne démontre pas, dans un marché hypothétique dépourvu de régulation et connaissant des offres concurrentes, l'existence d'éléments factuels concrets qui lui permettraient de ou l'inciteraient à différencier ses propres tarifs de dégroupage entre les régions.

141. Le grief ne peut être retenu.

### **iii. Grief de BELGACOM concernant l'analyse de marché**

#### ***La décision entreprise***

142. Part de marché. L'IBPT constate qu'à la fin de l'année 2006, BELGACOM est la seule entreprise présente sur le marché de la fourniture en gros d'accès dégroupé de sorte qu'elle détient une part de marché de 100% et qu'il existe une très forte présomption de dominance (p. 101-103).

143. Dynamique de marché. La décision précise que, nonobstant la baisse récente du tarif, l'impact du dégroupage sur la concurrence en aval (le marché d'accès à la large bande) reste limité (p. 104-107).

144. Les barrières à l'entrée ou à l'expansion. Selon la décision, des concurrents potentiels devraient surmonter les barrières suivantes (p. 107-111) :

(i) les dépenses à fonds perdus pour disposer d'une infrastructure d'accès comparable à BELGACOM sont très importantes;

(ii) les économies d'échelle dans un réseau d'accès sont significatives ;

- (iii) les effets d'économies de gamme sont très importants ;
- (iv) BELGACOM possède une infrastructure d'accès économiquement et techniquement très difficile à dupliquer (travaux de génie civil, capillarité du réseau....) ;
- (v) BELGACOM bénéficie d'un réseau d'accès qui lui procure un avantage concurrentiel très important;
- (vi) la structure financière de BELGACOM lui assure un accès plus facile aux capitaux que ses concurrents ;
- (vii) la duplication du réseau d'accès de BELGACOM poserait des problèmes d'ordre juridique ou réglementaire ;
- (viii) l'intégration verticale de BELGACOM représente un avantage concurrentiel dans la mesure où BELGACOM dispose de débouchés à différents niveaux de la chaîne de valeur ajoutée ;
- (ix) BELGACOM étant le seul fournisseur d'accès dégroupé à la boucle locale, il n'existe pas d'alternative au changement pour les opérateurs clients;
- (x) les entreprises clientes de BELGACOM, quelle que soit leur taille, ont un pouvoir de négociation relativement faible.

145. L'analyse prospective du marché et des développements technologiques (p. 111-113). L'IBPT considère que le marché de la fourniture d'accès dégroupé devrait se développer de manière importante durant la période de l'analyse, sans pour autant rattraper les niveaux de développement des autres pays européens les plus avancés sur ce marché.

146. L'IBPT s'attend également à une migration accrue des opérateurs DSL vers le dégroupage, lorsqu'un seuil critique sera atteint qui permettra de diminuer les coûts unitaires et de profiter des économies de gamme. L'IBPT reconnaît cependant que, compte tenu de la concurrence avec les câblo-opérateurs sur le marché de détail, les effets d'économies d'échelle à atteindre par les opérateurs DSL sont limités, par comparaison à d'autres pays où la concurrence des câblo-opérateurs est plus faible.

147. Opérateur puissant. Pour ces motifs, l'IBPT décide, au vu d'un ensemble des critères quantitatifs et qualitatifs détaillés, que BELGACOM soit désigné opérateur puissant sur le marché de la fourniture en gros d'accès dégroupé (y compris l'accès partagé) aux boucles et sous boucles sur lignes métalliques (p. 113).

### ***Les critiques de BELGACOM***

148. BELGACOM critique sa désignation d'opérateur puissant au motif (i) qu'elle résulte nécessairement de la définition trop restrictive du marché n'incluant que les produits résultant de l'ancienne régulation (ii) et qu'elle

serait incohérente (en décalage) avec sa position concurrentielle sur le marché de détail d'accès à l'Internet à haut débit. Elle estime subir une distorsion de concurrence et une discrimination par rapport à TELENET qui serait dominant sur son marché de détail domestique (la Flandre). BELGACOM impute ainsi l'IBPT une erreur manifeste d'appréciation.

149. BELGACOM reproche également à l'IBPT de ne pas dresser une analyse critique du régime réglementaire existant, en fonction des caractéristiques spécifiques de la situation nationale. La faible évolution du marché de gros de l'accès local et son faible impact sur le marché de détail d'accès à Internet seraient, en grande partie, le résultat de l'ancienne régulation qui devrait, par conséquent, être revue ou abolie.

#### ***La position de TELENET et l'IBPT***

150. Selon l'IBPT les critiques de BELGACOM ne concernent pas l'analyse de marché mais la question préalable de sa définition.

151. L'IBPT et TELENET expliquent le faible succès du dégroupage par son tarif trop élevé. Même s'il a été sensiblement diminué en 2007, il n'est pas permis d'en attendre, à l'horizon de l'analyse, une amélioration substantielle ou qu'il s'établisse à un niveau comparable à celui d'autres États membres.

152. Tant TELENET que l'IBPT insistent sur la prise de position de la Commission dans ses commentaires du 3 janvier 2008 sur le projet de la décision entreprise, dans laquelle la Commission invite l'IBPT « à assurer une mise en œuvre efficace des obligations réglementaires afin d'encourager la fourniture de l'accès dégroupé à la boucle locale » .

#### ***Décision de la cour***

153. Dans la mesure où la critique de BELGACOM se réfère à la définition trop restrictive du marché, la cour renvoie tout d'abord à ce qu'elle a décidé précédemment à propos de la définition du marché 11 (voir n° 131 e.s.).

154. Quant au décalage dont se plaint BELGACOM, il résulte de l'analyse de substituabilité excluant le câble du périmètre du marché 11, que la cour approuve. Par rapport à la question du traitement discriminatoire, la cour renvoie à ce qui a été décidé aux n° 138-139.

En outre, l'approche *greenfield modifiée* préconisée par la Commission (et défendu par BELGACOM dans d'autres circonstances) met en garde contre le risque de déréguler un marché en amont (où par hypothèse il y a une défaillance concurrentielle) au motif que la situation concurrentielle est meilleure sur le marché en aval, alors que cette situation concurrentielle est précisément due à la régulation en amont. L'approche *greenfield modifiée* suppose donc un certain décalage entre la situation concurrentielle des marchés en amont et en aval.



155. Enfin, le faible impact de la régulation du marché en amont sur le marché en aval ne justifie pas son retrait lorsqu'un impact réel peut être raisonnablement attendu pendant l'horizon temporel de la décision.

Or, l'IBPT a estimé, sans être sérieusement contredit, que le marché de la fourniture d'accès dégroupé en Belgique devait se développer de manière importante durant la période de l'analyse, sans rattraper toutefois le niveau de développement d'autres pays européens les plus avancés sur le marché (p. 111) Il s'attendait ainsi à une migration accrue des opérateurs DSL du marché de l'accès en gros à large bande et de la revente vers le marché de l'accès dégroupé lorsqu'ils auraient atteint un seuil critique de lignes (p. 112).

156. Pour ces raisons le grief ne peut être retenu.

#### E. GRIEFS RELATIFS AU MARCHÉ D'ACCÈS DE GROS À LA LARGE BANDE

##### *i. Grief de BELGACOM concernant l'absence de l'application préalable du test des trois critères*

###### ***Décision entreprise***

157. La décision précise que, lorsqu'un marché n'appartient pas à la liste des marchés sélectionnés par la Commission dans la Recommandation sur les marchés pertinents et que, de sa propre initiative, l'IBPT décide d'analyser un marché afin de déterminer s'il doit être soumis à une réglementation sectorielle *ex ante*, il doit vérifier les trois critères cumulatifs suivants :

- (i) la présence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée;
- (ii) l'absence d'évolution vers une situation de concurrence effective ;
- (iii) l'incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul à la ou aux défaillances concernées du marché.

158. L'IBPT a analysé le marché de détail d'accès à Internet et dans ce contexte, il a fait application du test des trois critères. Par contre, il n'a pas effectué ce test pour le marché de gros accès à la large bande.

###### ***Critiques de BELGACOM***

159. Selon BELGACOM, un marché doit être dérégulé lorsqu'il ne satisfait plus à l'un des trois critères.

Par ailleurs, elle reproche l'IBPT de ne pas avoir procédé au test pour vérifier si, dans les circonstances nationales, le marché était susceptible d'une régulation *ex-ante*.

BELGACOM estime que l'IBPT n'est pas obligé de et ne peut pas suivre aveuglement la Commission lorsqu'elle décide qu'un marché satisfait au test des trois critères. A l'appui de ce point de vue, elle cite e.a. le point 6 (a) de la Recommandation de la Commission du 15 octobre 2008 (2008/850/CE) concernant les notifications, délais et consultations prévus par l'article 7 de la Directive Cadre<sup>14</sup>.

En outre, même si la Commission décide qu'un marché particulier est candidat à régulation *ex ante*, il ne s'agirait que d'une présomption générale qui ne reflète pas nécessairement la situation particulière de chaque État-membre.

Ce serait précisément le cas à propos du marché 12, pour lequel la Commission aurait, dans sa Note Explicative, invité les régulateurs de certains pays, telle la Belgique, à vérifier, au cas par cas, la présence effective des trois critères au regard des circonstances particulières du marché, compte tenu de la présence importante du câble représentant en moyenne 40% de connexions à haut débit (alors que la moyenne européenne est de 15,5% seulement).

En conclusions, BELGACOM tente de démontrer *in concreto* que les trois critères ne sont pas rencontrés pour le marché 12 en Belgique.

160. Le moyen. Comme moyen d'annulation, BELGACOM invoque la violation par l'IBPT des articles 15 et 16 de la Directive Cadre et des principes de prudence et de précaution.

#### **Position de l'IBPT et TELENET**

161. Selon TELENET, la Commission a certes reconnu dans la Note Explicative la part élevée du câble dans le marché de détail belge mais pas dans le contexte de l'appréciation du test des trois critères. Rien ne permettrait donc d'affirmer que la Commission aurait émis des réserves sur la validité de ce test pour la Belgique.

162. Dans ses conclusions, l'IBPT argumente qu'en l'occurrence il n'était pas tenu par le cadre réglementaire de procéder au test des trois critères. Il invoque notamment l'article 2 de la Recommandation 2007 et l'article 15 de la Directive Cadre pour démontrer que lorsque le test des trois critères a été effectué par la Commission, le régulateur national peut examiner directement la définition du marché pertinent et analyser la concurrence sur ce marché.

163. L'IBPT précise les trois cas dans lesquels il doit effectuer le test, et dont aucun ne serait présent en l'espèce, à savoir lorsqu'il s'agit de :  
(i) définir un marché autre que ceux repris dans la liste des marchés annexée à la Recommandation 2007 ;

<sup>14</sup> J.O. du 12 novembre 2008, L 301/23

- (ii) analyser un marché qui figurait dans la liste de la Recommandation 2003 et qui ne figure plus dans la Recommandation 2007 ;
- (iii) s'abstenir d'analyser un marché qui figure dans la liste de la Recommandation comme candidat à la régulation *ex ante*.

164. L'IBPT cite encore les commentaires de la Commission sur base de la procédure de notification de l'article 7 de la Directive Cadre et les rapports de l'ERG conduisent nécessairement à la même conclusion<sup>15</sup>.

165. Selon l'IBPT, l'interprétation par BELGACOM des remarques émises par la Commission dans sa Note Explicative, à propos de certains pays où le câble aurait une position plus importante, repose sur une erreur d'interprétation.

Ce commentaire n'inviterait pas les régulateurs des pays concernés à procéder préalablement au test des trois critères au regard de leur situation particulière. Au contraire, la Commission demanderait aux régulateurs concernés de prendre en compte la situation du câble dans leurs pays respectifs pour la définition du marché et surtout pour l'analyse de marché où le câble peut exercer contrainte concurrentielle indirecte. L'IBPT estime avoir tenu compte de cette invitation (voir ci-après) lors de la définition et de l'analyse du marché et ne s'être pas remis aveuglement à la liste des marchés annexés à la Recommandation 2007, comme BELGACOM le prétend.

#### ***Décision de la cour***

166. Il ressort de l'article 15 de la Directive Cadre, lus en rapport avec le considérant n°17 et l'article 2 de la Recommandation 2007 que l'IBPT peut, mais ne doit pas, procéder préalablement au test des trois critères pour le marché 12 puisque la Commission a estimé ce marché candidat à la régulation. Ceci est encore confirmé dans la Note Explicative (p.11),

167. En effet, dans la Note Explicative (p. 34) la Commission invite les régulateurs de certains pays, dont la Belgique, à prendre en compte la situation particulière du câble mais ce, non pas pour l'application du test des trois critères mais pour l'analyse concurrentielle du marché 12, sans imposer ou même suggérer d'effectuer au préalable le test des trois critères.

L'omission du test des trois critères par l'IBPT ne méconnaît donc pas, en l'espèce, l'article 15 de la Directive Cadre ni l'article 2 (a) de la Recommandation 2007.

168. En outre, BELGACOM ne peut être suivie dans son raisonnement, selon lequel il suffirait qu'un seul des trois critères ne soit pas satisfait pour que l'IBPT doive écarter de la régulation le marché sélectionné par la Commission. Le considérant n°17 de la Recommandation 2007 prévoit, en

<sup>15</sup> Voir notamment l'ERG Report on Guidance of the application of the three criteria test, (pièce 17, dossier administratif IBPT)

effet, qu'une autorité de régulation peut choisir de ne pas mener d'analyse à condition qu'il ne soit satisfait à aucun des trois critères :

*« Pour les marchés énumérés dans la présente recommandation, une autorité réglementaire nationale peut choisir de ne pas mener d'analyse du marché si elle montre que le marché en question ne satisfait à aucun des trois critères. » (La cour souligne)*

169. Le grief ne peut donc être retenu

**ii. Grief de BELGACOM concernant la définition du marché de gros de l'accès à la large bande et l'absence de substituabilité du câble**

***Décision entreprise***

170. Dans la décision entreprise (p. 149 à 172) l'IBPT définit le marché 12 comme le marché national de la fourniture en gros d'accès large bande, qui inclut, notamment, les offres existantes d'accès à un débit binaire BROBA II ADSL et SDSL, avec ou sans voix.

171. L'IBPT effectue une analyse de substituabilité et examine les objections à l'égard d'une prise en compte de l'autofourniture de produits de gros par des opérateurs verticalement intégrés, avant d'exclure le câble du marché pertinent (p. 164 à 170).

172. Substituabilité de la demande. La décision entreprise constate d'abord à propos de la substituabilité de la demande, qu'il n'existe actuellement pas d'offres sur le câble, équivalente à celle de BELGACOM, dont les opérateurs alternatifs sur les réseaux câblés pourraient bénéficier. La substituabilité, qui existe sur le marché de détail d'accès à Internet haut débit, ne se retrouve donc pas sur le marché de gros correspondant.

Selon l'IBPT, une offre hypothétique de la part des câblo-opérateurs ne répondrait pas aux mêmes besoins que l'offre BROBA. Elle ne serait pas concrètement réalisable à court terme, car les opérateurs alternatifs seraient seulement intéressés par une offre homogène sur le territoire national entier et les quatre câblo-opérateurs subsistants ne seraient pas en mesure de s'unir dans un délai raisonnable pour réaliser une offre commune équivalente à celle de BELGACOM. Enfin, une telle offre de gros sur le câble ne pourrait pas garantir un niveau de service équivalent pour la clientèle d'affaires, si bien que TELENET se sert essentiellement de l'offre BROBA de BELGACOM, et non de sa propre infrastructure.

En l'absence d'une offre concurrente (actuelle ou potentielle) sur le câble ayant les caractéristiques requises et qui donnerait aux opérateurs alternatifs une réelle possibilité de migrer vers une autre solution, BELGACOM est en mesure d'augmenter, de façon profitable, son prix d'accès au débit binaire BROBA II. Pour ce motif, la pression concurrentielle directe du câble au niveau du marché de gros est réputée inexistante.

La décision examine ensuite la présence d'une pression concurrentielle indirecte du câble via le marché de détail mais considère qu'elle est insuffisante pour modifier le périmètre du marché de gros du point de vue de la demande (voir le grief suivant à partir du n<sup>o</sup> 192).

Du point de vue de la demande, la décision conclut qu'il n'existe donc pas de substituabilité entre l'accès à un débit binaire sur réseaux téléphoniques et la fourniture d'une offre équivalente sur les réseaux câblés (p. 166)

173. Substituabilité de l'offre. La décision entreprise reconnaît ensuite que les câblo-opérateurs sont techniquement capables d'offrir aux opérateurs alternatifs un accès de gros au débit binaire qui permet aux utilisateurs finaux d'y accéder.

Elle exprime néanmoins des doutes sérieux sur la faisabilité opérationnelle et la viabilité commerciale d'une telle offre qui demanderait, de la part des câblo-opérateurs, des adaptations dont les coûts et délais sont difficilement quantifiables, selon l'IBPT.

La décision mentionne ainsi les nombreuses difficultés liées aux échanges d'information, au partage de responsabilité, à la garantie et la qualité de service, à la période de tests, à la fourniture d'une offre concurrentielle et à la fixation des coûts. La décision déduit de l'expérience à l'étranger qu'un délai de mise en œuvre de ces adaptations de 12 à 18 mois est peu réaliste (p. 167). Les investissements ne seraient pas viables pour la couverture offerte.

Pour toutes ces raisons, l'entrée à court terme des câblo-opérateurs sur le marché de gros du bitstream, en cas d'augmentation légère mais durable de prix par BELGACOM, lui semble très peu probable (p. 167) et hypothétique. Une telle offre hypothétique ne peut être intégrée dans la définition du marché pertinent.

### **Les critiques de BELGACOM**

174. BELGACOM prétend que la définition du marché de gros de l'accès à la large bande retenue par l'IBPT serait trop restrictive, qu'elle devrait intégrer les réseaux câblés et prendre en compte l'autoconsommation (voir le grief suivant pour cette deuxième branche).

175. Substituabilité de la demande. BELGACOM formule les critiques suivantes à l'égard des motifs retenus par la décision (voir ci-dessus):

(i) le raisonnement de l'IBPT repose principalement sur la régulation existante (l'offre nationale BROBA) et méconnaît l'approche *greenfield*. L'absence de demande pour un produit de gros sur le câble s'explique par le caractère sophistiqué et financièrement attractif de l'offre régulée BROBA. Pour sa clientèle d'affaires TELENET n'achèterait qu'un nombre limité de lignes BROBA ADSL et ses clients seraient surtout connectés au moyen de fibres optiques;

(ii) certains opérateurs alternatifs se concentrent sur certaines régions et ne requièrent pas une couverture nationale;

(iii) l'IBPT reste en défaut d'expliquer pourquoi les câblo-opérateurs ne pourraient s'unir pour offrir une couverture nationale et une offre à des conditions homogènes. L'homogénéité sur le marché de détail constituerait la preuve que le marché tend naturellement vers des produits standardisés ;

(iv) BELGACOM cite deux décisions, l'une du régulateur maltais et l'autre du régulateur néerlandais, qui intègrent le câble dans la définition du marché de gros d'accès à la large bande ;

(v) BELGACOM conteste les conclusions de l'IBPT concernant l'absence d'une demande de la part de la clientèle d'affaires ;

(vi) enfin, avant d'exclure le câble, l'IBPT n'aurait pas examiné, dans un contexte *greenfield*, le coût de transfert pour les opérateurs alternatifs d'une migration vers celui-ci.

176. Substituabilité de l'offre. BELGACOM se réfère essentiellement à l'Étude TNO (voir n° 128) pour démontrer la faisabilité technique et la viabilité économique d'une offre bitstream sur l'infrastructure câblée et elle reproche l'IBPT (et TELENET) de ne pas répondre à cette étude, ce qui constituerait un défaut de motivation dans la décision.

177. Une interconnexion (et la colocalisation d'équipements adaptés) au niveau des têtes de réseau des câblo-opérateurs permettrait, selon BELGACOM, d'accéder au débit des utilisateurs finaux et les problèmes opérationnels signalés dans la décision entreprise ne seraient pas plus importants que ceux rencontrés par BELGACOM dans une situation sans régulation *ex ante*.

178. BELGACOM reproche à l'IBPT de ne pas démontrer le caractère disproportionné des investissements requis au regard du gain escompté sur la zone couverte et de n'avancer aucun argument chiffré.

179. Enfin, BELGACOM considère que le refus de l'IBPT de définir un ou plusieurs marchés de gros sur le câble, le cas échéant distinct du marché du bitstream, afin de le(s) soumettre à une régulation *ex ante*, est discriminatoire

180. Marché géographique. BELGACOM estime que la délimitation géographique du marché reposerait sur des motifs erronés. En excluant l'autofourniture du câble, l'IBPT ignore un élément qui démontrerait que les conditions concurrentielles ne sont pas homogènes sur tout le territoire, la position du câble en Flandre étant différente de celle qu'il connaît en Wallonie et à Bruxelles. Ces différences justifieraient une segmentation régionale du marché 12 et la définition de marchés de gros régionaux à la large bande sur le câble.

181. **Moyens.** La définition du marché 12 serait ainsi manifestement erronée, contraire aux principes de la concurrence et à l'article 15 de la Directive Cadre et elle reposerait sur une motivation inadéquate et incomplète.

**Position de l'IBPT et TELENET**

182. **Substituabilité de la demande.** La substituabilité de la demande serait d'abord limitée par le caractère national et homogène de l'offre recherchée par les opérateurs alternatifs à laquelle les câblo-opérateurs ne peuvent répondre en raison de leur couverture limitée. Ensuite, il n'y a actuellement pas d'offre concurrente sur le câble, ni au niveau national ni au niveau régional et ce, non pas à cause du produit BROBA régulé mais en raison de la couverture limitée du câble et du coût lié à la combinaison d'offres des différents câblo-opérateurs.

Pour le segment 'business', TELENET ne peut se reposer sur sa propre infrastructure; les seuls services utilisant le câble sont ceux des télétravailleurs qu'il faut compter parmi les services résidentiels.

183. Ces parties estiment également qu'une offre coordonnée entre les réseaux est difficilement réalisable à cause des différences techniques entre les réseaux câblés. Pour migrer vers le câble, les opérateurs alternatifs devraient supporter des coûts importants pour réaliser l'adaptation nécessaire de leurs produits et équipements. L'IBPT précise que, pour apprécier ce coût, une approche *greenfield* n'est pas justifiée car il s'agit d'évaluer les coûts de transfert d'une offre existante vers une nouvelle offre sur le câble, et non de comparer des offres alternatives *ab ovo*.

184. Enfin, l'exemple du régulateur maltais ne serait pas transposable en Belgique car, dans ce cas, des offres de gros alternatives nationales sur le câble existeraient effectivement.

185. **Substituabilité de l'offre.** TELENET conteste les solutions techniques avancées par BELGACOM (et l'Étude TNO) et invoque l'étude du consultant EXCENTIS<sup>16</sup>. Ainsi, la capacité limitée du spectre disponible et le partage du câble entre les utilisateurs ne permettraient pas aux câblo-opérateurs de garantir aux opérateurs alternatifs un niveau de qualité de service, sans porter atteinte à la qualité de leur service pour d'autres clients. Le réseau PSTN de BELGACOM ne connaîtrait pas ce problème puisqu'il s'agit de lignes dédiées (one-to-one) entre opérateurs et le tiers, qui permettraient de contrôler la largeur de bande et le service offert sur la paire de cuivre. Il n'y aurait donc pas de concurrence possible entre les capacités utilisées par les clients de BELGACOM et ceux de l'opérateur alternatif.

186. Selon l'IBPT le seul motif, pour une entreprise verticalement

<sup>16</sup> Pièce 76, TELENET.

intégrée, de faire des offres de gros à ses concurrents serait d'atteindre de nouveaux clients pour d'autres services qu'elle offre. Or, les câblo-opérateurs atteignent déjà, grâce au service de télévision, une très grande partie de la clientèle qui leur est facilement accessible.

### ***Décision de la cour***

187. Approche greenfield. Nonobstant la prise en compte des éléments prédéterminés de l'offre régulée BROBA, comme point de départ de la détermination du périmètre de marché, la décision examine en détail la question de la substituabilité entre l'offre d'accès de gros à un débit binaire de BELGACOM et les réseaux câblés. Il faut constater que le test du monopoleur hypothétique effectué par l'IBPT dans la décision ne repose pas sur des données précises en matière de prix mais surtout sur des considérations d'ordre qualitatif, telles que les obstacles de nature technique, opérationnelle ou commerciale (p. 166-167). La décision n'aurait donc pas abouti à une autre conclusion si elle avait été élaborée au départ d'un prix non régulé, d'autant que BELGACOM ne démontre ni l'existence effective ni l'émergence vraisemblable d'une offre de gros alternative équivalente sur le câble dans une situation avec ou sans régulation.

188. Substituabilité côté demande. Selon les Lignes Directrices SMP, §§ 49 et 50:

*« La substitution du côté de la demande permet aux ARN de déterminer les produits ou les gammes de produits vers lesquels les consommateurs pourraient facilement se tourner en cas d'augmentation des prix relatifs.(...) »*

*Des coûts d'adaptation considérables peuvent néanmoins restreindre la possibilité que les consommateurs ont de remplacer un produit ou un service par un autre en cas d'augmentation faible mais significative et durable du prix. Les consommateurs qui ont investi dans une technologie ou ont réalisé tout autre investissement nécessaire pour utiliser un service ou un produit peuvent être peu enclins à supporter les surcoûts qu'implique l'adaptation à un service ou à un produit par ailleurs substituable. »*  
(la cour souligne).

Il est exact qu'en l'espèce, l'IBPT n'a pas examiné en détail si : (i) l'absence d'une demande effective pour un accès de gros via le câble n'est pas due à la présence d'une offre de référence régulée (par hypothèse trop) sophistiquée et attractive (BROBA); (ii) l'absence d'un intérêt des opérateurs alternatifs pour une offre non homogène ne repose pas essentiellement sur les caractéristiques du marché régulé au niveau national, alors que les éléments avancés par l'IBPT ne permettent pas d'écarter cette possibilité. Enfin, la décision ne justifie pas suffisamment la conviction que les câblo-opérateurs ne pouvaient pas, dans un délai raisonnable, proposer une offre conjointe comparable à celle de BELGACOM.



Cependant, il s'agissait pour le régulateur, lorsqu'il procédait à l'examen de la substituabilité, de vérifier si, dans la situation telle qu'elle se présentait concrètement sur le marché, les opérateurs alternatifs avaient une réelle possibilité de migrer aisément et rapidement vers une offre de gros sur le câble. En l'absence d'une offre alternative sur le marché, cette possibilité semblait, au moment de l'adoption de la décision, trop éloignée pour conclure à la substituabilité du câble au niveau de la demande.

189. Substituabilité côté offre. En droit de la concurrence, l'inclusion, dans le périmètre du marché, d'un produit substitut du côté de l'offre suppose que le producteur alternatif considéré soit capable d'ajuster son infrastructure rapidement et sans encourir des coûts ou des risques supplémentaires substantiels pour produire le produit en question à une échelle suffisante.

Il s'agit donc d'évaluer concrètement si les câblo-opérateurs seraient en mesure d'entrer rapidement et sans trop de difficultés sur le marché de gros du bitstream, en cas d'augmentation du prix de gros de BELGACOM. L'argument de BELGACOM selon lequel, dans une situation hors régulation, elle serait confrontée aux mêmes difficultés que les câblo-opérateurs, n'est pas pertinent.

L'IBPT admet, avec certaines réserves, la faisabilité technique, mais elle relève les problèmes opérationnels et économiques d'une telle offre. Elle n'apporte toutefois aucun élément vérifiable susceptible de démontrer le caractère disproportionné des coûts liés aux investissements nécessaires par rapport à la couverture. La motivation est donc insuffisante et inadéquate.

190. L'IBPT considère qu'une offre purement hypothétique, même réalisable techniquement, ne peut être prise en compte. L'IBPT considère ainsi que les câblo-opérateurs n'ont, en l'espèce, aucun incitant commercial pour lancer une offre de gros à des concurrents sur le marché de détail de sorte qu'aucun câblo-opérateur n'a recouru à la revente jusqu'à présent.

Dès lors, toute offre possible est purement hypothétique. BELGACOM ne démontre pas le contraire.

191. La cour admet que l'inclusion, dans la définition du marché, d'une offre de gros purement hypothétique, telle celle des câblo-opérateurs au moment de l'adoption de la décision et pour sa durée, n'est pas justifiée. Pour ce motif et compte tenu d'absence d'une demande effective des opérateurs alternatifs, l'IBPT pouvait conclure à l'absence d'une substituabilité du côté de l'offre entre BELGACOM et les câblo-opérateurs.

### **iii. Grief de BELGACOM concernant le traitement de l'autoconsommation au niveau de la définition du marché**

#### ***Décision entreprise***

192. La décision entreprise rejette l'inclusion de l'autofourniture ou

l'autoconsommation du câble (la production interne par une entreprise verticalement intégrée d'un bien intermédiaire pour ses propres besoins) dans le marché 12, pour plusieurs raisons (p. 168-169):

(i) elle serait exclue par la jurisprudence communautaire et la pratique décisionnelle de la Commission au niveau de la définition du marché (voir Introduction, p.9 avec références à la jurisprudence communautaire et aux Lignes Directrices sur les restrictions verticales du 13 octobre 2000 (J.O., C/291)) ;

(ii) elle ne serait possible qu'en l'absence de contraintes pour entrer sur le marché ;

(iii) elle ne modifierait pas la conclusion de l'analyse de marché. En effet, BELGACOM disposerait, même en cas d'inclusion de l'autofourniture, d'un pouvoir de marché significatif et une réduction sensible de sa part de marché sur le marché de détail ne pourrait être attendue ;

(iv) elle ne serait pas non plus justifiée par l'existence de contrats entre TELENET et l'association InDi, car, en l'absence d'équipement de réseau de données, InDi ne pourrait offrir un service de débit binaire comparable à celui de BELGACOM.

193. Enfin, L'BPT remarque que BELGACOM a toujours expliqué ses propositions de tarifs par ses propres coûts et non compte tenu d'offres de détail sur le câble, ce qui justifierait également l'exclusion du câble, vu l'absence de pressions indirectes du marché de détail sur le marché de gros du bitstream. Implicitement, l'IBPT considère aussi que la pression indirecte exercée par l'autofourniture est trop faible pour être prise en compte pour la définition du marché (p. 175-177).

#### **Critiques de BELGACOM**

194. BELGACOM s'appuie principalement sur les critiques formulées par le Conseil de la Concurrence dans son avis précité du 25 mars 2006, selon lequel la substituabilité indirecte aurait dû être prise en compte pour la définition de marché et qui estime que cette omission:

(i) crée une distorsion importante entre le marché de gros et le marché de détail ;

(ii) est contraire à une approche *greenfield* ;

(iii) se base sur des barrières technologiques non démontrées ;

(iv) va à l'encontre de l'analyse d'autres régulateurs qui acceptent l'autoconsommation lors de la définition du marché.

195. BELGACOM conteste la présence de contraintes qui empêcheraient les câblo-opérateurs d'entrer le marché de gros du bitstream

et considère que la seule contrainte réelle à laquelle les câblo-opérateurs sont confrontés est le caractère très attractif du produit régulé BROBA. Selon BELGACOM, les câblo-opérateurs n'entreraient pas sur le marché dans le but d'éviter le risque d'être régulés à leur tour et non parce que cela ne leur apporterait aucune clientèle supplémentaire, comme TELENET le prétend.

196. BELGACOM prétend encore que, dans une perspective dynamique du marché et en tenant compte de l'autofourniture, sa part de marché se réduirait plus significativement que ne l'accepte l'IBPT : elle tomberait en-dessous du seuil de la dominance à cause du succès de TELENET, de la consolidation de VOO et de la croissance des lignes basées sur le dégroupage. BELGACOM conteste le calcul des lignes de détail reposant sur les produits BROBA réalisé par l'IBPT.

197. Enfin, BELGACOM conteste la position de la Commission qui a rejeté la prise en compte de l'autoconsommation pour la détermination du marché pertinent et elle se plaint de ce que les câblo-opérateurs peuvent échapper à la régulation en gardant une structure verticalement intégrée.

#### ***Position de l'IBPT et TELENET***

198. TELENET se réfère essentiellement à la position de la Commission et à la doctrine économique (CAVE, STUMPF et VALLETTI, p. 17), confirmée à plusieurs reprises par la Commission, qui rejette en principe, la prise en compte de l'autofourniture (par la substitution directe) dans la définition du marché de gros, en l'absence de substituabilité suffisante entre les deux produits. L'IBPT se réfère également à la Note Explicative (p.15).

199. En conclusions, l'IBPT affirme - nonobstant les autres motifs de principe exprimés dans la décision entreprise (voir ci-dessus) - que l'autofourniture peut être prise en compte à la seule condition qu'il n'y ait pas de contraintes pour entrer sur le marché ; or ces contraintes existeraient en l'espèce et BELGACOM ne démontrerait pas que ces contraintes découleraient, fut-ce pour partie, de l'obligation dans laquelle se trouvent les câblo-opérateurs de construire une offre équivalente à celle de BELGACOM, dont le caractère sophistiqué et attractif résulte des caractéristiques du produit régulé de BELGACOM.

200. Le risque d'évasion 'régulatoire' que, selon BELGACOM, les câblo-opérateurs redouteraient, serait dénué de fondement économique; il n'y aurait pas d'incitant pour les entreprises verticalement intégrées de se séparer de l'avantage compétitif résultant de cette intégration.

201. En ce qui concerne la substitution indirecte (via le marché de détail), TELENET se réfère à la Note Explicative pour soutenir que la concurrence indirecte ne doit être prise en compte lors de l'analyse de marché et non pour la définition de marché, ainsi que l'aurait confirmé la Commission à plusieurs reprises dans ses commentaires à adressés aux ARN.

**Décision de la cour**

202. Toute pression concurrentielle ne doit pas nécessairement être prise en compte dans la définition d'un marché. Seule une pression suffisante et immédiate est pertinente pour l'analyse de substituabilité. Or, la pression concurrentielle de l'autofourniture peut s'exercer de deux manières: directe sur le marché de gros ou indirecte sur le marché de détail.

203. Par ailleurs, la définition d'un marché n'est pas un objectif en soi mais un instrument qui vise à détecter les produits d'autres entreprises qui exercent une pression concurrentielle immédiate sur un produit ou service de l'entreprise dont on essaye de déterminer le pouvoir de marché lors d'une analyse SMP. Il s'agit de constituer un contexte, une base de données, afin de calculer les parts de marché respectifs des concurrents.

204. L'approche *greenfield*. Prendre comme point de départ un produit façonné par la régulation *ex ante*, n'exclut pas en soi de rendre compte correctement des pressions concurrentielles effectives, tant lors de la détermination du périmètre du marché que lors de l'analyse concurrentielle ultérieure. L'approche *greenfield* n'est donc pas violée par l'IBPT.

205. L'IBPT ne manque d'ailleurs pas - à la suite des commentaires sur son projet de décision - d'examiner brièvement la nécessité de prendre en compte de l'autofourniture pour la définition du marché.

Pour justifier son rejet de l'autofourniture l'IBPT avance plusieurs arguments.

206. Les obstacles à l'entrée pour les opérateurs alternatifs. L'IBPT invoque l'existence d'obstacles à l'entrée sur le marché pour les opérateurs alternatifs. Il fait référence aux problèmes opérationnels à résoudre par les câblo-opérateurs et au caractère disproportionné des investissements requis par rapport aux gains escomptés (p. 167 de la décision). Dans ses conclusions l'IBPT s'explique d'avantage sur les motifs de son refus et se réfère à la Note Explicative (p.15).

Cependant, le motif des obstacles à l'entrée vaut uniquement pour la pression directe exercée par l'autofourniture. Par ailleurs, il ne repose pas sur des estimations chiffrées des investissements nécessaires et leur rendement possible, comme déjà signalé ci-dessus. L'IBPT concède d'ailleurs, que les coûts d'adaptation et les délais correspondants sont difficilement quantifiables, tout en estimant que ces obstacles ne pourraient pas être surmontés dans un délai dépassant les 12 à 18 mois.

La cour observe que ces obstacles ne paraissent pas avoir un caractère absolu et que les évolutions technologiques, qui pointent vers une convergence toujours plus poussée entre les réseaux, sont susceptibles de les éroder progressivement, d'autant que l'IBPT dispose des compétences nécessaires pour inciter les câblo-opérateurs à offrir un accès bitstream de gros sur leur plateforme, s'il n'est pas remédié aux défaillances

concurrentielles constatées sur le marché de détail par les seules offres de gros de BELGACOM.

Il demeure que, lors de l'élaboration de la décision, l'IBPT ne s'est pas uniquement basé sur la présence de contraintes à l'entrée pour rejeter la pression directe de l'autoconsommation dans la définition du marché.

207. L'exclusion de principe de l'autofourniture. L'IBPT estime que, selon la jurisprudence et la pratique décisionnelle de la Commission, l'autofourniture est exclue par principe. Cependant, dans ses conclusions il semble ne plus défendre ce point de vue.

208. En tout état de cause, la cour ne peut souscrire à cette thèse et estime qu'il convient d'examiner *in concreto* si l'autofourniture doit, ou non, être prise en considération pour la définition du marché.

Son impact et celui des pressions concurrentielles indirectes ont notamment été examinés dans la jurisprudence par un jugement du TPI du 22 octobre 2002 dans l'affaire T-310/01, Rec. 2002, p. II-4075 (Schneider/Legrand)<sup>17</sup> et ils sont particulièrement controversés, comme le soulignent INDERST et VALLETTI dans un article de doctrine économique d'octobre 2008 à la page 2, «*Indirect vs. Direct Constraints in Markets with Vertical Integration*» qui sera publié dans le *Scandinavian Journal of Economics*<sup>18</sup>. Ces auteurs mettent en garde contre la sous-estimation de l'impact des pressions concurrentielles indirectes et résumant à la page 24 et 25 les résultats de leur analyse.

De même, LIPSCHITZ, ANDERSON et FIANDEIRO dans leur article «*Self-supply and indirect constraints within competition analysis*»<sup>19</sup>, G. ENESIS 22 mai 2008, précisent qu'il n'y a pas de véritables raisons de privilégier la prise en compte de la pression indirecte du câble à un niveau particulier (définition ou analyse du marché) tant que cette pression est correctement évaluée.

209. La Commission ne paraît plus s'opposer catégoriquement à la prise en compte, pour la définition du marché 12, de la pression concurrentielle indirecte exercée par les entreprises verticalement intégrées (notamment les câblo-opérateurs) via le niveau du marché de détail correspondant. Toutefois, elle maintient ses réserves et invite les régulateurs à l'évaluer correctement, avant d'inclure l'autofourniture dans la définition du marché. Notamment dans ses commentaires du 8 décembre 2008 adressés au régulateur néerlandais (OPTA) dans les affaires NL/2008/0826 et 0827<sup>20</sup>, elle insiste à la page 7 sur l'utilisation du test développé par elle mais conclut qu'en l'espèce, l'analyse du marché ne serait en tout état de cause pas

<sup>17</sup> Voir notamment le cons. 282.

<sup>18</sup> <http://www3.imperial.ac.uk/pls/portallive/docs/1/49759696.PDF>

<sup>19</sup> <http://web.wits.ac.za/NR/rdonlyres/2372FFD6-0558-4478-82A1-6B3930BDC413/0/>

<sup>20</sup> A consulter via le site web

<http://circa.europa.eu/Public/irc/infso/ecctf/library>

modifiée, selon que l'autofourniture du câble est prise en compte dans la définition du marché, ou pas.

210. Marge d'appréciation de l'IBPT. Pour les motifs qui précèdent, et pour autant que la pression concurrentielle indirecte soit évaluée correctement par le régulateur sur la base d'éléments suffisamment précis et en conformité avec les critères avancés par la Commission, il paraît en règle indifférent que la pression indirecte soit prise en compte pour la définition ou pour l'analyse du marché. Sauf erreur manifeste d'appréciation, qui n'est pas démontrée en l'espèce, l'IBPT pouvait, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, choisir de ne pas prendre en compte la substitution indirecte lors de la définition du marché et choisir de la traiter lors de l'analyse du marché.

211. Le grief ne peut être retenu.

#### **iv. Grievs de BELGACOM concernant l'analyse de marché**

##### ***La décision entreprise***

212. Part de marché. La décision constate que, jusqu'à la fin de 2006, BELGACOM possédait une part de marché de 100% sur le marché pertinent et qu'elle y avait développé une puissance significative de sorte qu'il y avait une très forte présomption de dominance dans son chef (p. 172-174).

213. Dynamique du marché. Pour le marché 12, l'IBPT accepte que la position des câblo-opérateurs sur les marchés de détail est susceptible d'exercer une contrainte indirecte sur la position de BELGACOM sur le marché de la fourniture en gros d'accès large bande. Néanmoins, il estime que cet impact trop faible pour inciter un nombre significatif d'utilisateurs finaux à changer de fournisseur (p. 175-179):

*« Cependant, le prix des accès large bande n'est qu'un élément des coûts de l'offre de détail DSL. Supposons que l'accès large bande constitue entre 30 et 40% du prix de l'offre de détail, une augmentation de 10% du prix de l'accès large bande n'entraînerait qu'une augmentation de 3 à 4% du prix de l'offre de détail, dans l'hypothèse où cette augmentation serait répercutée dans les prix. L'IBPT est d'avis qu'une telle augmentation serait trop faible pour encourager un nombre significatif d'utilisateurs finals de changer d'opérateur et que, dès lors, la contrainte indirecte des prix des offres de détail est limitée. Il a déjà été signalé supra que Belgacom justifie ses propositions financières par ses propres coûts et non pas par rapport à la concurrence avec le câble. »*  
(Extrait p. 176).

214. Barrières à l'entrée ou à l'expansion. L'IBPT reprend certains moyens déjà discutés à propos du marché 11 : économies d'échelle et de

gamme importantes, avantages liés à l'intégration verticale, accès privilégié au marché des capitaux, contre pouvoir des acheteurs très faibles, l'absence de supériorité technologique, barrières au changement du côté des utilisateurs (p. 180-185 de la décision).

Sauf pour l'opérateur qui dispose déjà d'un réseau de transport étendu et qui a déjà supporté des dépenses importantes à fond perdus - tel l'opérateur complètement intégré ou qui a un réseau de transport très capillaire combiné avec un accès via le dégroupage - et qui pourrait entrer sur le marché 12, la décision mentionne les barrières suivantes :

(i) les dépenses considérables à fonds perdus qui sont nécessaires pour développer une infrastructure de réseau ;

(ii) le contrôle par BELGACOM d'une infrastructure d'accès techniquement et économiquement difficile à dupliquer;

(iii) les contraintes réglementaires ou juridiques.

215. Analyse prospective du marché et développements technologiques. L'IBPT s'attend au développement continu du marché 12 durant la période d'analyse. Il prévoit également l'entrée sur le marché de la fourniture en gros d'accès large bande d'un, voire deux acteurs grâce au développement du dégroupage (p. 184-185).

216. Opérateur puissant. Au regard de l'ensemble des critères quantitatifs et qualitatifs détaillés dans la décision entreprise, l'IBPT décide que BELGACOM reste opérateur puissant sur le marché de la fourniture en gros d'accès à la large bande (p. 185).

### ***Critiques de BELGACOM***

217. Part de marché. BELGACOM conteste disposer d'une part de marché de 100% et reproche à l'IBPT de ne pas avoir examiné d'avantage l'existence d'offres alternatives sur le marché de gros, en grande partie basées sur ses produits régulés BRUO et backhaul.

BELGACOM vise notamment les opérateurs DSL, tels MOBISTAR et VERSATEL qui commercialiseraient des offres d'accès à Internet en achetant des produits d'accès à la large bande sur la base d'accords de gros avec d'autres fournisseurs. Même si ces accords ressemblent d'avantage à des accords de revente, BELGACOM soutient que certains d'entre eux, avec EUPHONY et TOLEDO, procureraient une capacité de transmission de type bitstream.

Ces éléments confirment la disponibilité d'offres concurrentielles de produits de gros bitstream et la possibilité pour les fournisseurs DSL d'offrir un service d'accès au détail, sans recourir à l'offre BROBA, et ce, à des prix inférieurs ou à un débit supérieur à celles de BELGACOM.

Ils démontreraient également qu'il est envisageable pour les opérateurs DSL d'utiliser les positions qu'ils ont acquises au niveau du LEX de BELGACOM pour lancer une offre concurrente sur le marché de gros de l'accès à la large bande.

218. BELGACOM estime que c'est en raison de l'offre BROBA, très attractive, que les offres basées sur les produits BRUO restent limitées et elle reproche, à nouveau, à l'IBPT de ne reprendre que les services anciennement régulés (donc hors TELENET) alors que, selon elle, l'IBPT devrait réévaluer la qualité de ses interventions réglementaires précédentes et leurs effets sur les marchés considérés, au risque de perpétuer la régulation. La décision serait donc contraire à l'approche *greenfield modifiée*.

219. Taille de marché. BELGACOM relativise le succès des lignes BROBA et estime que les lignes de détail reposant sur le BROBA sont de l'ordre de 10% maximum.

Sa part de marché totale au détail serait inférieure à 50% ce qui contredit les pourcentages plus élevés de l'IBPT.

Le faible développement du bitstream n'est pas dû, selon BELGACOM, à une défaillance du marché du détail mais s'expliquerait par d'autres causes. Le pourcentage (environ 10%) de lignes Internet basées sur BROBA est faible à cause (i) de l'importance du câble en Belgique et de la présence d'opérateurs avec un accès local en fibre comme BT, COLT, CABLE&WIRELESS, EQUANT, VERIZON et le réseau sans fil MAC TELECOM et CLEARWIRE et (ii) de la régulation qui favorise le bitstream par rapport au dégroupage.

220. Dynamique du marché. BELGACOM ne pourrait pas augmenter son prix BROBA de façon rentable pour deux motifs:

(i) une partie au moins de cette augmentation se traduirait (pour des raisons de rentabilité) dans une hausse de prix de détail et causerait une migration des utilisateurs des services de détail vers le câble ;

(ii) cela inciterait également des opérateurs alternatifs à entrer sur le marché 12 en se basant sur les produits BRUO et backhaul avec des offres plus concurrentes car une augmentation de 10% du prix BROBA augmenterait l'espace économique entre BRUO et BROBA de 30%

BELGACOM conteste ainsi la proportion de 30 à 40 % entre prix de détail et prix de gros retenu par l'IBPT. Selon elle, au 1 septembre 2008, la proportion serait plutôt de 50 à 70% pour les lignes sans voix (sans abonnement téléphonique de BELGACOM). Une augmentation du prix de gros de 10% provoquerait donc une hausse de 5 à 7 % du prix de détail, ce qui serait suffisant pour inciter un nombre significatif d'utilisateurs à changer d'opérateur. Pour le BROBA avec voix la proportion serait de 40 à 60 %.

221. Le prix BROBA laisserait donc une marge suffisante aux OLO pour concurrencer BELGACOM sur le marché de détail et exercer une



contrainte réelle en proposant des offres moins chères et BELGACOM subirait par conséquent des contraintes réelles et dissuasives sur le marché de détail de sorte qu'en l'absence de régulation *ex ante*, elle ne pourrait agir indépendamment de ses concurrents et qu'il n'y a pas de défaillance concurrentielle sur le marché.

222. La décision ne serait donc pas adéquatement motivée.

223. Barrières à l'entrée. BELGACOM émet différentes critiques de détail sur la décision entreprise et d'une manière générale, elle estime que l'IBPT ne démontre ni la nature ni l'ampleur des avantages concurrentiels identifiés ni que les concurrents sur le marché de détail d'accès à Internet (comme TELENET) seraient privés d'avantages comparables.

(i) Dépenses à fonds perdus : BELGACOM objecte que les principaux fournisseurs DSL ont déjà investi et supporté des dépenses à fonds perdus importants au niveau des LEX de sorte qu'ils disposeraient déjà d'un réseau de transmission étendu et de fibres optiques relativement capillaires dans les grandes villes et centres d'affaires (selon l'IBPT) ou qu'ils bénéficieraient d'un produit régulé accès local et backhaul. Il ne s'agirait donc pas d'une barrière élevée et non provisoire.

(ii) Economies d'échelle et économies de gamme : celles-ci proviendraient essentiellement des économies de densité de couverture. Par ailleurs, le câble et d'autres opérateurs intégrés bénéficieraient d'économies d'échelle (l'IBPT le confirmerait) et ils élargiraient leur gamme de produits et services.

(iii) Contrôle d'une infrastructure qu'il n'est pas facile de dupliquer : BELGACOM estime que les obligations en matière de dégroupage et backhaul permettent de contourner cet avantage dans des conditions régulées. Des parties de l'infrastructure d'accès sont déjà dupliquées par les opérateurs, éventuellement en utilisant le dégroupage. Ils disposent déjà d'un réseau de transmission et d'une maîtrise technique (selon l'IBPT p. 159 de la décision). Enfin, l'IBPT ne démontrerait pas que BELGACOM dispose seul du contrôle de l'infrastructure.

(iv) Accès facile ou privilégié aux marchés des capitaux et aux ressources financières : BELGACOM réplique que TELENET et d'autres opérateurs (ex. KPN, MOBISTAR) appartiennent également à des grands groupes internationaux et ont un accès comparable aux ressources financières. Elle rappelle que l'IBPT devrait d'abord déterminer le nombre de joueurs nécessaires au fonctionnement concurrentiel du marché de détail et si ces entreprises disposent d'un accès suffisant au marché des capitaux au regard de leurs activités et stratégies respectives.

224. Position dominante. Selon BELGACOM, la décision entreprise ne démontrerait pas que les avantages concurrentiels que l'IBPT lui attribue lui permettraient d'influencer les conditions de concurrence sur le marché de détail d'accès à Internet à haut débit et de se comporter, dans une mesure appréciable, indépendamment de ses clients, de ses concurrents et des

consommateurs finaux. Par ailleurs, la décision n'identifierait pas, avec précision, les défaillances concurrentielles justifiant l'imposition de mesures *ex ante*.

225. Moyen d'annulation. La décision violerait les articles 14 et 16 de la Directive Cadre, ainsi que l'article 55, §3 de la Loi du 13 juin 2005.

226. Dans ses conclusions, BELGACOM estime encore qu'au nom du principe de la sécurité juridique, l'IBPT devrait s'expliquer clairement sur les objectifs concrets de son intervention afin que puisse être évaluée l'efficacité des mesures imposées et qu'il soit permis à la fois d'évoluer progressivement vers le régime commun de la concurrence *ex post* et de faire des choix cohérents en matière de projet régulateur à long terme sans tabou, ni discrimination, ni distorsion de concurrence.

### ***Position de l'IBPT et TELENET***

227. Part de marché et approche *greenfield* modifiée. Selon l'IBPT, les lignes DSL reposant sur BROBA représentent 14 % du détail (au lieu des 10% avancés par BELGACOM). La part de marché (au détail) de BELGACOM excède, selon l'IBPT, les 50% (64%).

228. Tant l'IBPT que TELENET contestent l'allégation de BELGACOM selon laquelle l'IBPT n'aurait pas respecté l'approche *greenfield* modifiée pour évaluer la part de marché de BELGACOM. L'infrastructure du câble a été prise en compte pour l'analyse de substituabilité et SMP (contrainte indirecte).

229. Les offres alternatives, auxquelles BELGACOM se réfère, seraient de type revente utilisant les produits du marché 12 comme input et n'entrent donc pas dans le périmètre du marché. Elles seraient d'ailleurs très marginales, ne permettraient pas de remettre en cause la position dominante de BELGACOM sur le marché 12.

Enfin, selon TELENET c'est le tarif trop élevé des produits BRUO qui serait la cause véritable du faible développement du dégroupage.

230. La taille de marché. TELENET estime, avec l'IBPT, que les considérations de BELGACOM relatives au nombre limité des lignes d'accès Internet basés sur le dégroupage ne sont pas pertinentes quand il s'agit de mesurer la taille du marché de gros.

231. Dynamique du marché. TELENET conteste que BELGACOM soit forcée de répercuter une augmentation du prix de gros sur le tarif de détail. Mais à supposer qu'une hausse du prix de gros par BELGACOM se traduise dans une hausse du prix de détail de ses services d'accès à Internet, la perte de clientèle resterait, de toute façon, limitée en raison de:

(i) la faible présence des câblo-distributeurs dans certaines régions ;

(ii) le changement de modem nécessaire pour l'utilisateur final ;

(iii) la faible proportion du prix de gros dans les coûts de l'offre de détail. Selon une étude OFCOM<sup>21</sup>, une augmentation de 1% du prix entraîne une migration de 1,9 % de clients. Le seuil critique (qui rend l'augmentation non rentable à cause d'une migration trop importante) est de 12 à 16%. Ce seuil critique n'est pas atteint si la proportion entre prix de gros et coût de détail est de 50%. Dans ce cas, une augmentation du prix de gros se traduirait dans une augmentation du prix de détail de 5% et dans un taux de migration de seulement 9,5% des clients. En réalité, le prix de gros représenterait entre 30 et 40 % selon l'IBPT (34% selon TELENET) du coût de détail. Pour CAVE, STUMPF et VALLETTI, cette proportion devrait dépasser les 50% pour exercer une contrainte indirecte suffisante via le marché de détail. Pour la Commission, 60% ne seraient pas suffisants (Lettre du 13 octobre 2008 notifiée au régulateur tchèque). En appliquant ce raisonnement, l'IBPT s'est conformé aux trois critères avancés par la Commission pour évaluer la force de la contrainte indirecte correctement (voir notamment la lettre du 14 février 2008 à l'OFCOM) ;

(iv) la possibilité pour BELGACOM de répercuter les hausses des prix de gros sur d'autres produits, grâce à son important portefeuille de services.

232. Barrières à l'entrée. Selon l'IBPT, BELGACOM critique la mesure de la contrainte exercée par la concurrence potentielle mais pas la conformité de la décision par rapport aux principes applicables en la matière (principes du droit de la concurrence, recommandations de la Commission).

(i) Économies d'échelle et de gamme: TELENET observe que la taille de BELGACOM en parts de marché et de revenus est nettement plus importante que celle de ses concurrents, spécialement sur le segment fixe. Les économies d'échelle de BELGACOM sont donc plus importantes.

Au niveau de gros, seul le câble bénéficie d'un avantage comparable et non les OLO, car pour pouvoir bénéficier d'économies d'échelle, il faut pouvoir opérer en BRUO sur l'échelle nationale. Or, aucun OLO n'est présent dans toutes les zones. La référence au câble ne serait d'ailleurs pas pertinente car hors du marché défini par la décision.

(ii) Contrôle d'une infrastructure qu'il n'est pas facile de dupliquer: l'IBPT observe que, pour la durée de la période analysée, cette barrière subsiste malgré la possibilité de la contourner via le dégroupage. En effet, le dégroupage est encore insuffisant et le demeurera nécessairement pour la durée de la décision car il faut un certain nombre de lignes formant une masse critique en chaque point de dégroupage pour qu'une migration puisse s'opérer vers le dégroupage (selon le principe de l'échelle des investissements) et contourner ainsi l'avantage. Pour vérifier si les OLO ont la

<sup>21</sup> OFCOM, "Review of the wholesale broadband markets 2006/07, 15 novembre 2007", p. 43 (Pièce 75, Telenet).

possibilité de migrer vers le dégroupage, il faut tenir compte des capacités individuelles sans les additionner, car une collaboration entre eux n'est pas évidente. Or, aucun opérateur alternatif n'a la taille suffisante pour être présent sur tous les MDF et le dégroupage n'est pas accessible à tous. Le bitstream reste donc un préalable indispensable au dégroupage.

(iii) Accès facile ou privilégié aux marchés des capitaux et aux ressources financières : TELENET précise qu'elle et son actionnaire principal LIBERTY n'ont pas un accès aux marchés des capitaux comparable à celui dont bénéficie BELGACOM (rating moins élevée).

233. Analyse prospective. L'IBPT souligne l'importance que la décision entreprise attache au rapport entre les marchés 11 et 12 à savoir l'impact (encore insuffisant) du marché de dégroupage sur le développement du marché de l'accès à la large bande. L'IBPT estime qu'à l'horizon de la période d'analyse, le développement attendu par BELGACOM (notamment l'entrée sur le marché 12 de la part des fournisseurs DSL déjà présents au niveau du LEX de BELGACOM) n'est pas réaliste compte tenu du faible développement du dégroupage et de l'absence à ce stade d'une offre concurrentielle substituable.

234. Position dominante. TELENET conteste le concept de dominance utilisé par BELGACOM par rapport à un marché de gros. En particulier, le critère du pouvoir d'agir de façon indépendante des utilisateurs finaux, sur le marché de détail en aval, revient à exiger une 'double dominance', sur le marché de détail et sur le marché de gros, conception qui serait rejetée par la Commission.

235. L'IBPT précise que la désignation de BELGACOM comme opérateur SMP repose sur différents facteurs qui, ensemble, forment un faisceau d'indices qui confirme la présomption de position puissante fondée sur une part de marché de 100%. Cette approche globale n'empêche pas que certains facteurs pris isolément soient moins probants, voir non probants.

#### ***Décision de la cour***

236. Paramètres économiques divergents. Des divergences importantes opposent les parties sur le calcul de la part de BELGACOM du pourcentage des lignes basées sur l'offre BROBA sur le marché de détail de l'accès à l'Internet haut débit et surtout sur la proportion entre le prix de gros de l'accès au bitstream et le coût de l'offre sur le marché de détail. La cour ne peut pas comparer les calculs respectifs des parties et la décision entreprise ne permet pas de vérifier ni d'expliquer, dans les limites du raisonnable, la cause de ces disparités.

237. L'IBPT formule et raisonne sur de simples hypothèses, sans en expliquer les fondements. Ainsi dans la décision entreprise, l'IBPT 'suppose' (la page 176 à propos de l'impact indirecte des câblo-opérateurs sur le marché de la fourniture en gros d'accès large bande) que l'accès à la large bande constitue entre 30 et 40 % du prix de l'offre de détail, avant d'en

déduire qu'une augmentation de 10% du prix de l'accès à la large bande n'entraînerait qu'une augmentation de 3 à 4 % du prix de l'offre de détail.

238. Approche méthodologique. La cour renvoie à ce qui a été dit à propos de l'obligation pour l'IBPT d'appliquer une approche *greenfield* et *greenfield modifiée* lors de l'analyse des conditions concurrentielles du marché 12, en ligne avec les indications données par la Commission dans la Note Explicative. En l'espèce, cette approche oblige l'IBPT, avant de décider du maintien inchangé de la régulation, à vérifier notamment (i) si BELGACOM disposerait encore d'une position SMP sur le marché 12 à la suite du développement des offres qu'on peut espérer de la régulation imposée sur le marché en amont (le dégroupage) et (ii) si une adaptation d'éléments pertinents de la régulation sur le marché 12 ne permettrait pas d'améliorer les conditions d'un développement plus efficace d'offres concurrentes sur le marché pertinent ou sur le marché de détail.

239. Cependant, les prévisions de l'IBPT relatives à la migration attendue vers le dégroupage restent vagues, voire peu cohérentes. D'une part, l'IBPT confirme l'entrée attendue sur le marché d'un ou deux acteurs grâce au dégroupage dans la décision entreprise (p. 184). D'autre part, en conclusions, il estime que le développement du marché pertinent se heurte encore au faible développement du dégroupage et à l'absence d'offres concurrentielles substituables et que les attentes de BELGACOM à cet égard seraient totalement prématurées et irréalistes.

L'IBPT ne précise pas le degré de probabilité ni l'horizon temporel de ce développement et l'on ne sait s'il s'agit d'informations basées sur un business plan concret, ou sur l'annonce d'investissements pluriannuelles de la part des entreprises concernées ou de pures déclarations d'intérêt. Il ne s'explique pas, non plus, sur les effets prévisibles de la régulation sur les conditions concurrentielles, telles qu'elles se développeront derrière les barrières.

240. Dans sa lettre précitée du 3 janvier 2008 (p.6) la Commission invite explicitement l'IBPT à veiller à une mise en œuvre efficace des obligations réglementaires pour encourager la fourniture de l'accès dégroupé à la boucle locale, en particulier en s'assurant « *que le niveau de prix de l'accès dégroupé et l'accès bitstream incite les opérateurs alternatifs à basculer de l'offre bitstream vers l'offre d'accès à la boucle locale* ». Elle estime donc que le niveau de prix de l'offre bitstream est pertinent, voire essentiel, pour inciter la migration des opérateurs SDL vers le dégroupage.

Dans une approche *greenfield*, l'IBPT aurait dû déterminer l'évolution probable du marché en prenant les éléments pertinents de la régulation existante (en l'occurrence niveau du prix et caractéristiques du produit régulé), non pas comme des données intangibles, mais comme des variables. Dans cette approche, l'IBPT aurait dû motiver sa décision d'avantage en explicitant les raisons pour lesquelles il estime qu'une adaptation d'éléments pertinents de la régulation ne permettrait pas un développement plus efficace du marché 12 ou du marché de détail, comme le souhaite la Commission.

La cour constate que, dans sa décision, l'IBPT n'a pas examiné, conformément l'approche *greenfield* et avec la rigueur qui s'impose, les raisons pour lesquelles une adaptation de la régulation relative au prix et aux conditions techniques de l'offre BROBA (conduisant à une plus grande attractivité de l'offre BRUO comparée à l'offre BROBA) ne serait pas susceptible d'améliorer les conditions concurrentielles sur le marché 12 par le développement d'offres alternatives de bitstream basées sur le dégroupage.

Ces manquements vicient la légalité de la décision.

241. L'évaluation de la pression concurrentielle indirecte par le câble.  
L'IBPT reconnaît que la concurrence, notamment du câble, sur le marché de détail exerce une pression concurrentielle indirecte sur BELGACOM, sur le marché 12. Il estime cependant, en formulant une hypothèse (voir n°237) que cette contrainte est trop faible pour modifier la position SMP de BELGACOM sur le marché en amont de la fourniture en gros d'accès à la large bande.

Cette conclusion repose essentiellement sur une hypothèse relative à la répercussion d'une augmentation du prix de gros sur le prix de détail selon le rapport entre prix de gros et prix de détail. L'IBPT ne réfère que marginalement aux autres éléments que la Commission demande aux ARN de vérifier avant de décider de prendre en considération la pression concurrentielle indirecte (p.e. la possibilité pour BELGACOM de ne pas répercuter la hausse du prix de gros).

L'utilisation d'une hypothèse pour l'analyse de marché n'est pas en soi interdite. Les Lignes Directrices SMP (§ 70) confirment que les ARN devront, en règle générale, s'appuyer sur un ensemble d'hypothèses et d'anticipations et que la précision de l'analyse dépend des informations dont elles disposent au moment de leur décision. On ne peut donc attendre de la part de l'IBPT une démonstration quantifiée sur tous les points de son analyse en l'absence d'informations plus précises.

En l'espèce, dans la décision, l'IBPT formule l'hypothèse d'une proportion de 30 à 40 % entre le prix de gros et le coût de détail, sans expliquer les bases sur lesquelles il se fonde. La décision entreprise admet explicitement qu'il ne s'agit là que d'une hypothèse. En conclusions l'IBPT s'explique en précisant qu'il s'est fondé « *sur plusieurs calculs distincts dont sur l'addition du prix BROBA, de la bande passante ATM moyenne par utilisateur et de la cote part par utilisateur du backhaul par rapport à différents prix de détail hors TVA* ». Il y ajoute « *si Belgacom entend provoquer un débat contradictoire quant aux méthodologies de calcul utilisées par l'IBPT, le concluant l'invite, puisqu'elle avance d'autres chiffres, à préciser la méthodologie et le calcul précis lui permettant d'atteindre d'autres pourcentages que le régulateur. Il sera alors possible d'en débattre plus en détail* ». L'IBPT tente ainsi de déplacer la charge de la preuve vers BELGACOM.

Cependant, il incombait à l'IBPT, en premier lieu, d'asseoir sa décision sur une motivation objective et raisonnable, susceptible d'être comprise et

contredite par BELGACOM et contrôlée par la cour.

Certes, en conclusions l'IBPT affirme que son hypothèse n'est pas une hypothèse pure mais qu'elle est basée sur des calculs et sur une méthodologie précise et qu'il y a donc manifestement des informations supplémentaires non révélées dans la décision entreprise qui permettraient de valider ou invalider cette hypothèse.

Cependant, les quelques indications supplémentaires données en conclusions, ne suffisent pas pour réparer le défaut de motivation de la décision entreprise dès lors que l'IBPT ne précise pas d'avantage les méthodes et les calculs et permettre ainsi un débat contradictoire et un vrai contrôle judiciaire.

Il résulte de ce qui précède que la décision entreprise et les conclusions de l'IBPT ne permettent de confirmer la position SMP de BELGACOM sur le marché 12.

242. L'évaluation de la concurrence potentielle par les opérateurs alternatifs et l'existence de barrières à l'entrée. BELGACOM soutient qu'une augmentation des prix BROBA incitera l'entrée sur le marché de gros de concurrents potentiels basés sur les produits BRUO et backhaul. En effets, des opérateurs alternatifs seraient en mesure de faire des offres de gros plus intéressantes grâce à l'espace économique accru (de 30% selon BELGACOM) entre les offres de gros BRUO et BROBA à la suite d'une telle augmentation de prix.

La décision entreprise confirme la présence d'une concurrence potentielle à la page 176 en précisant que :

*« ...une augmentation significative des prix des offres de gros des prix des offres en gros d'accès large bande aurait pour effet de diminuer l'espace économique entre les offres de gros de Belgacom) et les offres de détail (des câblo-opérateurs). Cette évolution pourrait en théorie inciter l'entrée sur le marché de la vente en gros d'accès large bande d'opérateurs alternatifs afin d'offrir des offres (basées sur le dégroupage de la boucle locale) plus concurrentielles que celles de Belgacom ».*

Cependant, la possibilité de cette entrée est fortement nuancée par l'IBPT, qui invoque la même hypothèse que celle analysée au n° 241 et qui, en outre, conteste le calcul par BELGACOM de la marge économique qu'entraînera une augmentation du prix BROBA avec 10%.

243. A nouveau, la motivation de l'IBPT n'est pas claire et s'avère même contradictoire. Dans le cadre de l'analyse prospective du marché 12, l'IBPT s'attend à l'entrée potentielle d'un, voire deux, opérateurs alternatifs (basé sur le dégroupage) qui devraient stimuler le marché de la fourniture en gros d'accès à la large bande (p. 184). Cependant, dans son analyse relative à la dynamique du marché (p. 176) et en conclusions, elle refuse de prendre

en compte cette concurrence qu'elle estime encore trop hypothétique (conclusions p. 163) compte tenu du faible développement du dégroupage (conclusions p. 164).

L'analyse de la concurrence potentielle doit nécessairement prendre en compte des anticipations. Il ne suffit donc pas de se référer à un pourcentage de lignes dégroupées de 1%, élément constaté seulement au moment de la date de l'analyse, pour écarter la concurrence potentielle. Les Lignes Directrices SMP le précisent au § 74:

*« La puissance d'une entreprise sur le marché peut être limitée par l'existence de concurrents potentiels. Les ARN doivent donc tenir compte de l'éventualité que des entreprises n'exerçant pas encore d'activité sur le marché de produits pertinent puissent décider à moyen terme d'y prendre pied à la suite d'une augmentation légère mais significative et durable des prix. Les ARN doivent considérer les entreprises qui sont capables, en réponse à une telle augmentation des prix, de modifier ou d'étendre leur gamme de produits et/ou de services et d'entrer sur le marché pertinent comme des concurrents potentiels alors même qu'elles n'offrent pas encore le produit ou service pertinent. »*

244. Même une très forte part de marché - supérieure à 50 % - ne suffit pas pour établir l'existence d'une puissance de marché ; elle n'implique qu'une présomption forte mais réfragable qu'il y a existence d'une position dominante. C'est pourquoi, avant de conclure à l'existence d'une puissance sur le marché, les ARN doivent procéder, même en présence d'une très forte part de marché, à une analyse approfondie et exhaustive des caractéristiques économiques du marché pertinent. Les Lignes Directrices SMP (§§ 78 et 79) précisent à cet égard certains critères à suivre par les ARN.

245. Le § 80 des Lignes Directrices SMP souligne l'importance capitale de la concurrence potentielle et l'érosion progressive des barrières à l'entrée existantes sur les marchés des communications électroniques et recommande une approche prospective lors de l'évaluation du jeu de la concurrence.

246. Lors de l'examen des barrières à l'entrée et en vue des Lignes Directrices SMP précitées, il incombe donc à l'IBPT d'accorder un poids primordial à une analyse prospective de la concurrence potentielle (du câble et des OLO) sur le marché pertinent.

BELGACOM ne manque pas d'invoquer la présence de concurrents derrière ces barrières, qui ont déjà effectué les investissements nécessaires en infrastructures et équipements au niveau du LEX de BELGACOM leur permettant d'offrir un accès de gros à la large bande via l'offre de référence BRUO et backhaul.

La décision entreprise laisse entendre, qu'un certain nombre d'opérateurs alternatifs pourraient entrer sur le marché grâce au réseau de transport



étendu dont ils disposent déjà. Elle précise néanmoins que jusqu'à la fin de l'année 2005, en Belgique, aucun opérateur ne proposait d'accès large bande en gros équivalent à ceux de BELGACOM (p. 180).

Ni la décision entreprise, ni les conclusions l'IBPT ne permettent de connaître et d'évaluer la situation 'actuelle' de la concurrence potentielle sur le marché, telle qu'elle était au début 2008, lors de l'adoption de la décision. Dans le cadre d'une analyse prospective, il était cependant indispensable que l'IBPT fonde ses prévisions sur des données de marché actualisées dont l'IBPT avait connaissance ou pouvait raisonnablement avoir connaissance, par des investigations complémentaires. Le seul élément concret est mentionné à la page 184, à propos de l'analyse prospective, lorsque l'IBPT signale la possibilité de l'entrée de un ou deux concurrents.

Cette absence quasi-totale de données actuelles sur l'état de la concurrence potentielle au moment de l'adoption de la décision en 2008 n'est pas justifiée par l'IBPT et il n'apparaît pas des éléments versés aux débats que l'IBPT aurait été dans l'impossibilité de s'en procurer. Elle résulte d'un défaut manifeste d'investigation et d'analyse et s'avère inacceptable au regard du comportement que l'on pouvait raisonnablement attendre de la part de l'IBPT en sa qualité d'autorité administrative et de contrôle qui devait veiller à réaliser une 'analyse prospective' comme l'exige le cadre réglementaire européen. Sous réserve des restrictions de confidentialité motivées, l'IBPT devrait rechercher, analyser et décrire dans sa décision, les capacités et les plans des acteurs lui permettant d'établir des prévisions réalistes relatives à leur entrée sur le marché et d'évaluer la réalisation progressive de leurs plans.

Les motifs de la décision sont donc incomplets et de surcroît, contradictoires sur la question de l'analyse de la concurrence potentielle. On ne peut, en effet, d'une part signaler l'entrée possible d'un ou deux opérateurs (sans précisions sur leurs capacités réelles) et d'autre part, considérer les barrières à l'entrée susceptibles d'éliminer toute concurrence potentielle significative, sans justifier cette contradiction, à tout le moins apparente.

Ces objections valent également, *mutatis mutandis*, pour les autres barrières à l'entrée mentionnées dans la décision entreprise. S'il s'avère, en pratique, possible de les surmonter comme le prétend l'IBPT, il ne suffit pas de les énumérer pour motiver adéquatement la présence (derrière ces barrières) d'une position dominante sur le marché. En l'absence de barrières d'entrée absolues, l'IBPT devrait analyser l'impact de la concurrence potentielle sur base des capacités et des plans concrets des acteurs capables d'exercer une pression concurrentielle suffisante et de représenter une contrainte réelle et significative sur BELGACOM.

Les motifs invoqués par l'IBPT dans la décision entreprise et dans ses conclusions pour désigner BELGACOM en qualité d'opérateur puissant sur le marché d'accès de gros à la large bande, ne sont dès lors pas adéquats.

247. L'évaluation de l'efficacité de la régulation. L'IBPT se réfère au fait

que la Commission n'a pas critiqué sa décision relativement à la position dominante de BELGACOM et au maintien de la régulation sur le marché 12 et que la Commission a, au contraire, déduit du faible impact du dégroupage, la nécessité de maintenir la régulation sur le marché 12 pour permettre les opérateurs alternatifs de se développer et de migrer progressivement vers le marché 11 (la concurrence par les infrastructures).

A l'inverse, pour BELGACOM, le faible impact du dégroupage démontre l'absence d'effectivité des mesures imposées et d'un objectif cohérent de l'IBPT permettant d'aboutir à terme à une situation de concurrence *ex post*. Par conséquent la régulation du marché 12 devrait être abolie.

La cour ne peut se rallier à ce point de vue, tant qu'un impact réel et significatif peut raisonnablement être attendu pendant l'horizon temporel de la décision, ce qui est le cas en l'espèce.

#### E. GRIEFS RELATIFS AUX REMÈDES IMPOSÉES A BELGACOM PAR L'IBPT A PROPOS DU MARCHÉ 11.

##### ***La décision entreprise***

248. Conformément aux articles 9 à 13 de la Directive Accès et aux articles 58 à 63 de la Loi du 13 juin 2005, la décision entreprise impose des remèdes réglementaires à BELGACOM, dans les domaines suivants :

- (i) prestations d'accès dégroupé ;
- (ii) non discrimination ;
- (iii) transparence;
- (iv) séparation comptable;
- (v) contrôle des prix et obligations relatives au système de comptabilisation des coûts.

249. Selon la décision entreprise (p. 120-121), le problème principal du marché 11 serait la présence d'une barrière à l'entrée élevée que constitue l'investissement nécessaire pour dupliquer le réseau très capillaire et étendu de l'opérateur historique (BELGACOM), créé à une époque où l'opérateur bénéficiait de droits exclusifs. L'IBPT estime nécessaire d'imposer à l'opérateur puissant l'obligation d'offrir des services de gros aux opérateurs alternatifs pour permettre le développement d'une concurrence des services (qui apportera aux utilisateurs finals un choix satisfaisant entre des offres concurrentielles), tout en promouvant l'investissement efficace et l'innovation par les concurrents de l'opérateur puissant. La décision identifie ensuite une série de problèmes de concurrence auxquels les opérateurs intéressés par l'accès au réseau de BELGACOM, opérateur puissant, risquent d'être confrontés.

250. Pour remédier à ces problèmes de concurrence, la décision impose une série d'obligations à BELGACOM (p. 122-148). Pour chaque série d'obligations, elle décrit les remèdes appliqués et les motifs que l'IBPT

estime aptes à justifier leur nécessité et leur proportionnalité.

### ***Les critiques de BELGACOM***

251. Nature de la décision et imprécision des obligations. Selon BELGACOM, la décision d'imposer des remèdes constituerait une décision 'générale' ou 'cadre' dont certains détails doivent être élaborés ultérieurement en fonction des circonstances. BELGACOM reconnaît qu'il s'agit là d'une pratique courante des ARN consacrée par la jurisprudence de la cour. En l'espèce, elle reproche néanmoins l'IBPT de manquer de précision et de porter gravement atteinte à la sécurité juridique et à son droit d'un recours effectif. En effet, elle serait dans l'impossibilité de déterminer exactement le contenu des mesures imposées et de se conformer à ces obligations 'cadre', avec le risque d'encourir des sanctions éventuelles. Ainsi, il ne serait pas possible pour elle de déterminer, sur base de la seule décision 'cadre', les tarifs à respecter.

BELGACOM répète cet argument à l'occasion de ses critiques propres à certains remèdes.

252. En outre, BELGACOM suspecte l'IBPT de vouloir contourner, lors de l'élaboration des décisions 'd'exécution' comprenant les mesures de mise en œuvre des obligations 'cadre', les mécanismes légaux de coopération institutionnelle entre les régulateurs régionaux et avec le Conseil de la Concurrence et la Commission Européenne. Elle cite en conclusions (p. 45) des décisions 'd'exécution' adoptées par l'IBPT en 2008 qui n'auraient pas respecté ces mécanismes de coopération. Elle reproche à l'IBPT de refuser de confirmer qu'en l'espèce, les décisions 'd'exécution' attendues feront l'objet de cette coopération qui constitue le contrepoids nécessaire aux pouvoirs étendus du régulateur dans le choix des remèdes et la détermination de leur contenu.

253. L'obligation d'accorder des prestations d'accès et la différenciation géographique. Selon BELGACOM, cette obligation repose sur une analyse concurrentielle erronée et impose l'accès à la boucle locale dans des zones territoriales qui sont 'non dégroupables' pour des raisons économiques. Elle considère qu'en vertu du principe de proportionnalité, elle ne peut être tenue de fournir l'accès dégroupé que dans des zones où le dégroupage est économiquement envisageable. Elle reproche à l'IBPT de ne pas différencier les zones, répartiteur par répartiteur, sur la base d'un calcul de rentabilité, alors que l'IBPT aurait reconnu, dans la décision entreprise (p. 195), que le dégroupage n'est pas viable dans certaines zones, à cause de la faible densité des lignes.

BELGACOM invoque la jurisprudence de la cour (arrêt du 9 mai 2008, 2005/AR/1028) dont le respect obligerait, en l'espèce, l'IBPT de procéder à une différenciation géographique du remède et sa suppression dans les zones où le dégroupage ne serait pas économiquement viable.

254. L'obligation de fournir le dégroupage au niveau de la sous-boucle locale. BELGACOM reproche à l'IBPT de maintenir cette obligation sans analyse adéquate et suffisante alors que l'on peut douter sérieusement de la viabilité du dégroupage de la sous-boucle locale. L'imposition de cette obligation serait contraire à la Directive Accès (articles 8, § 4 et 12 § 1) et au principe de proportionnalité tel qu'interprété par la cour (arrêt du 9 mai 2008).

255. L'obligation de fournir la colocalisation ou d'autres formes de partage des ressources et l'accès à des systèmes d'assistance opérationnelle ou à des systèmes logiciels. BELGACOM invoque principalement le manque de précision de la décision en ce qu'elle vise les « *autres formes de partage de ressources* » et elle demande à l'IBPT de clarifier ses intentions à cet égard.

256. L'obligation de négocier de bonne foi avec les opérateurs qui demandent la prestation d'accès dans un délai fixé par la décision. BELGACOM reproche à l'IBPT de ne pas clarifier la portée de l'obligation de répondre aux « *demandes raisonnables d'accès* », même pour les services qui ne figurent pas dans l'offre de référence, et son refus de préciser les « *critères objectifs* » dont fait état la décision, pour apprécier le caractère raisonnable de ces demandes. En se réservant le droit de juger *ex post* les critères appliqués par BELGACOM pour justifier un refus, l'IBPT manquerait à l'obligation de respecter les intérêts légitimes de BELGACOM et violerait l'article 61, § 2 de la Loi du 13 juin 2005.

Dans sa requête, BELGACOM estime déraisonnable l'obligation de négocier un accord commercial dans les quatre mois. Cependant, en conclusions, elle prend acte du fait que, selon l'IBPT, aucune obligation de résultat ne pèse sur elle pendant cette période.

257. L'interdiction de retirer l'accès lorsqu'il a été accordé. Cette mesure consiste à interdire à BELGACOM d'interrompre un service d'accès, sans autorisation préalable de l'IBPT ou d'un tribunal, si cela causait un préjudice à l'opérateur alternatif ou au consommateur final. BELGACOM reproche à la décision entreprise de ne pas préciser les conditions dans lesquelles l'IBPT donnerait l'autorisation d'interrompre l'accès. Par ailleurs elle invoque l'arrêt du 27 juin 2008 (2008/KR/142), dans lequel la cour aurait jugé que cette autorisation préalable constitue une dérogation disproportionnée et illégale par rapport au droit commun des contrats et à l'exception *non adimpleti contractus*. Enfin, elle constate que la décision ne prévoit pas la possibilité d'interrompre le service en cas de force majeure.

258. L'obligation de respecter le principe de neutralité. Cette obligation impose à BELGACOM de permettre aux OLO de développer des services de détail, sur base du dégroupage, au moyen de toute technologie moyennant le respect des règles de gestion et, notamment d'interférences établies par l'IBPT pour le partage du spectre. Concrètement, la décision entreprise vise à étendre le champ d'application du dégroupage aux technologies nouvelles ADSL 2+, (E)SDSL et VDSL2 pour permettre le développement technologique en matière de très haut débit.

BELGACOM critique le caractère imprécis de l'obligation qui serait basée sur un principe de neutralité technologique formulé de façon trop étendue. Un réseau doit pouvoir évoluer et vouloir soutenir, à tout prix, un nombre illimité de technologies causerait des problèmes techniques insolubles et une inefficacité économique. BELGACOM serait paralysée dans ses choix stratégiques et son progrès technologique. Sans connaissance ni évaluation préalable de ces technologies et des options envisagées, il lui serait en outre impossible d'assurer la compatibilité de 'toute technologie' avec son réseau sans mettre en danger son intégrité. Ses intérêts légitimes, protégés par le cadre réglementaire, ne seraient pas suffisamment pris en compte par la décision.

Par conséquent, cette obligation serait disproportionnée et méconnaîtrait l'article 12 de la Directive Accès.

259. L'interdiction de discrimination. Le principe de non discrimination permet aux opérateurs alternatifs de proposer une qualité de service et des tarifs équivalents à ceux de l'opérateur puissant ; il assure par conséquent des conditions de concurrence équilibrées. BELGACOM conteste le motif de la décision entreprise (p. 134) selon lequel les opérateurs doivent pouvoir établir avec certitude leur plan d'affaires et garantir à leurs abonnés le caractère concurrentiel de leurs services. En effet, une telle obligation viserait à protéger les concurrents et non la concurrence elle-même, en dépit des objectifs et des principes consacrés par le cadre réglementaire et la jurisprudence (arrêt de la cour du 9 mai 2008). Il s'agirait, en l'occurrence, d'un traitement disproportionné et discriminatoire au détriment de l'opérateur historique. Mettre en place des garanties en faveur de ses concurrents (dont certains occupent selon elle une position plus forte sur une partie du marché) pour les permettre d'offrir des services à des conditions plus favorables constituerait un excès ou un détournement de pouvoir.

BELGACOM conteste également l'utilité de la mesure et considère que la décision n'est pas suffisamment motivée car elle ne précise pas les problèmes spécifiques qui justifieraient l'imposition de cette obligation.

260. L'obligation de transparence. BELGACOM critique certains aspects de cette obligation qui ne seraient pas prévus par le cadre réglementaire. Il s'agit notamment de (i) l'obligation de motiver les modifications qu'elle compte apporter à son offre de référence ; (ii) l'approbation préalable de cette offre par l'IBPT et (iii) la publication d'indicateurs de qualité ou KPI.

261. L'obligation de la séparation comptable. BELGACOM demande à l'IBPT de confirmer (i) le caractère accessoire de cette obligation par rapport à celle de non-discrimination ; (ii) qu'elle n'est pas plus contraignante que celle imposée sous l'ancien cadre réglementaire et (iii) qu'il s'engage à se conformer à la procédure de coopération interinstitutionnelle avant de prendre une décision visant à modifier les règles comptables y afférentes.

262. L'obligation de l'orientation sur les coûts et le contrôle des prix. La décision entreprise maintient l'obligation d'orientation des prix sur les coûts de BELGACOM. Elle précise que l'IBPT prendra en compte « *les coûts liés à la fourniture d'une prestation efficace, y compris un retour sur investissement raisonnable* ».

BELGACOM considère que la décision serait particulièrement vague sur les méthodologies qui seront suivies pour sa mise en œuvre et qu'elle ne serait en mesure de déterminer le comportement (c'est-à-dire le prix) qui est attendu d'elle.

263. L'interdiction de pratiquer des tarifs d'éviction. BELGACOM estime que le rappel de cette obligation est superflu et inutile dans la mesure où il s'agirait d'une pratique déjà interdite par le droit de la concurrence. Cependant, pour autant que la décision impose une obligation spécifique et additionnelle, il conviendrait de l'annuler.

L'application de cette obligation tarifaire serait, de surcroît, très difficile en l'absence de clarifications sur la façon dont l'IBPT doit appliquer le test des ciseaux tarifaires dans des cas concrets.

264. La révision annuelle des tarifs. BELGACOM estime que la référence à cette obligation dans la décision entreprise (p. 147) constitue une erreur matérielle. La révision annuelle des tarifs serait manifestement contraire à la jurisprudence de la cour (arrêt du 15 juin 2006) et BELGACOM demande à la cour de prendre acte de la réponse de l'IBPT selon laquelle elle ne doit pas soumettre tous les ans une nouvelle proposition tarifaire.

#### ***Décision de la cour***

265. L'imprécision des remèdes. Pour être conforme au nouveau cadre réglementaire et afin de contribuer à la sécurité juridique des opérateurs concernés, tout remède imposé à un opérateur en position SMP doit reposer sur une analyse de marché et être justifié par des défaillances concurrentielles constatées dans la décision qui l'inflige. Par ailleurs, les exigences de transparence et de prévisibilité excluent que l'IBPT impose ultérieurement des obligations nouvelles, c'est-à-dire des obligations qui n'ont pas été identifiées et décrites dans la décision.

La méthodologie de l'IBPT, qui consiste à adopter une décision 'cadre' identifiant et décrivant des obligations dans leurs principes mais dont les détails ou les modalités devront être complétés à l'avenir, selon les circonstances, n'est pas, en principe, incompatible avec ces exigences. La cour a déjà eu l'occasion de le confirmer dans le passé (arrêt du 1 juin 2007, 2006/AR/2154).

Le degré de précision avec lequel la décision entreprise doit décrire les obligations imposées varie nécessairement en fonction des mesures envisagées et des circonstances. Ce grief doit donc être examiné au cas par cas.

266. La cour observe que la décision entreprise n'impose pas de véritables mesures nouvelles à BELGACOM. En effet, les obligations correspondent en grande partie avec son offre BRUO, applicable depuis 2001. BELGACOM peut donc déterminer si son comportement est conforme et les futures mesures d'exécution ne sont pas totalement imprévisibles, par exemple en matière des tarifs à appliquer.

Il convient cependant de rappeler que le comportement de BELGACOM ne pourra pas être sanctionné aussi longtemps que l'IBPT n'aura pas défini précisément le comportement attendu.

267. Par ailleurs, l'exercice d'un recours effectif par BELGACOM demeure ouvert contre une mesure imposée, même si BELGACOM n'a pas dirigé de recours contre une obligation 'cadre' (ce qui n'est pas le cas en l'espèce). Il en est de même d'un recours qui serait fondé sur la violation éventuelle des procédures de coopération institutionnelle, dès lors que ces procédures doivent être respectées pour l'élaboration des mesures d'exécution.

268. L'obligation d'accorder des prestations d'accès et la différenciation géographique. Il ne serait pas justifié d'imposer une obligation dont l'IBPT connaît ou peut raisonnablement estimer, le caractère 'non nécessaire' ou 'non-effectif', par exemple pour absence de toute demande dans un avenir prévisible ou en raison de l'impossibilité évidente pour les opérateurs alternatifs d'en bénéficier réellement. En effet, il s'agit d'imposer des mesures qui ont une chance sérieuse d'être effectives et ne demeureront pas théoriques. En l'espèce, BELGACOM estime que l'obliger à offrir un accès à la boucle locale dans des zones du territoire qualifiées, par elle, de non-dégroupables pour des raisons économiques, serait disproportionné.

269. Dans la mesure où ce motif concerne la définition géographique du marché 11 et la question de la segmentation, la cour renvoie aux considérations qu'elle a développées à ce propos (voir n° 140).

270. En tant que le grief touche à la proportionnalité de la mesure en question, l'IBPT justifie son choix d'appliquer le remède indifféremment sur tout le territoire par le manque d'un critère absolu, stable et objectif qui permettrait de délimiter avec précision les zones 'dégroupables'. Bien qu'il ressorte des éléments soumis à la cour que, pour des raisons de viabilité économique, l'obligation d'accorder un accès à la boucle locale ne sera pas effective sur tout le territoire, cette obligation n'est pas nécessairement démesurée. Il convient de rechercher si les charges qui en découleront pour BELGACOM seront déraisonnables ou disproportionnées au regard des efforts et des difficultés pratiques auxquelles l'IBPT serait confronté pour définir séparément les zones 'dégroupables'.

271. La cour ne peut suivre l'argument de l'IBPT selon lequel BELGACOM devrait proposer une méthodologie et des critères pour différencier des zones géographiques. Si BELGACOM postule une

différentiation géographique sur la base d'éléments crédibles, en l'occurrence des indications dans la décision entreprise elle-même, il appartient à l'IBPT de démontrer qu'une telle différenciation n'est pas justifiée ou impossible. Or, l'IBPT se contente d'invoquer le caractère très complexe de l'exercice et l'insuffisance du critère de rentabilité, que propose BELGACOM.

272. La cour ne doute pas de la complexité qu'entraînerait une différenciation géographique mais elle constate que l'IBPT n'a pas du tout effectué l'exercice et qu'il n'en justifie pas, de façon convaincante, le caractère impossible, voire démesuré, au regard des efforts requis et des charges imposées à BELGACOM par le maintien d'une régulation nationale. Le refus de l'IBPT d'examiner une différenciation géographique n'est donc pas adéquatement motivé.

273. L'obligation de fournir le dégroupage au niveau de la sous-boucle locale. BELGACOM invoque le caractère inefficace voir non-viable et donc injustifié du dégroupage de la sous-boucle locale. L'IBPT réplique qu'il s'agit du maintien d'une obligation existante depuis la première offre de référence de BELGACOM et qu'il n'y a pas de circonstances qui justifieraient une modification de la situation. Il n'y aurait actuellement pas de charges découlant de cette obligation pour BELGACOM, qui n'a pas encore été exécutée. Une nouvelle décision serait d'ailleurs à l'étude.

274. La cour constate que l'IBPT admet le caractère inefficace de la mesure et considère qu'il ne justifie pas adéquatement son maintien en lien avec les défaillances du marché pertinent.

275. L'obligation de fournir la colocalisation ou d'autres formes de partage des ressources et l'accès à des systèmes d'assistance opérationnelle ou à des systèmes logiciels ne pose pas de problème. La mesure est justifiée et elle est précisée (cf. ci-avant).

276. En ce qui concerne l'obligation de négocier de bonne foi avec les opérateurs qui demandent la prestation d'accès, dans un délai fixé par la décision, la cour rappelle que le délai de 4 mois s'inscrit dans le cadre des règles suggérées par le considérant 6 de la Directive Accès, tel que jugé dans son arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2007. La mesure est donc justifiée et proportionnée. Au surplus, la cour se rallie à l'opinion du Conseil de la concurrence, exprimée dans son avis sur le projet de décision, selon lequel outre la faisabilité technique et l'intégrité du réseau, le caractère raisonnable de la demande doit être examiné en fonction du développement de la concurrence. Le développement de la concurrence par les infrastructures ne doit être sacrifié au profit de la concurrence par les services.

277. L'interdiction de retirer l'accès lorsqu'il a été accordé. Cette obligation peut être imposée par l'IBPT dans le cadre réglementaire concernant l'accès (article 61, §1, alinéa 2, 3<sup>o</sup> de la Loi du 13 juin 2005) et l'IBPT peut fixer les conditions et les modalités en matière d'équité, du raisonnable et de délai qui permettront l'exécution de cette obligation.



Cependant, ainsi que la cour l'a déjà décidé, l'IBPT ne peut soumettre l'exercice des droits contractuels de BELGACOM à une autorisation préalable de sa part (ou de la part d'une instance judiciaire, dans des conditions dérogatoires au droit commun; voir l'arrêt du 27 juin 2008 2008/KR/142). L'IBPT n'est pas compétent pour se prononcer sur des contestations relatives à la responsabilité contractuelle et il ne peut s'arroger le droit de se prononcer sur la légitimité de la décision de l'opérateur puissant, de suspendre l'accès, ni celui d'autoriser ou non cet opérateur à suspendre l'accès, lorsqu'il invoque l'exception d'inexécution. En revanche, l'IBPT peut imposer des mesures qui rencontrent les objectifs du cadre réglementaire, et en particulier ceux qui assurent la protection des utilisateurs finals. Ainsi, par l'effet des compétences qui lui ont été confiées par le législateur, il est habilité à assortir l'exercice de droits contractuels de conditions visant à garantir ces objectifs. Sous cet angle, le principe du préavis raisonnable à notifier à l'OLO avant la suspension de l'accès et l'obligation d'informer préalablement l'IBPT constituent des mesures adéquates.

278. L'obligation de respecter le principe de neutralité. BELGACOM n'indique pas *in concreto* dans son grief sur quel point précis ses intérêts légitimes seraient violés. Des procédures de consultation adéquates visent notamment à protéger ses intérêts légitimes et BELGACOM ne démontre pas qu'elles ne seraient pas respectées ou insuffisantes. La décision n'est dès lors pas entachée d'une imprécision critiquable.

279. L'interdiction de discrimination. BELGACOM considère qu'une partie de la motivation est étrangère aux objectifs du cadre réglementaire et qu'elle est discriminatoire. Conformément à l'avis du Conseil de la concurrence sur le projet de décision entreprise du 25 mars 2006 précité (p. 20), la cour estime que l'intervention *ex ante* ne doit pas poursuivre l'objectif de supprimer toute incertitude dans le chef des OLOs lorsqu'ils établissent un plan d'affaire.

280. Ce motif ne justifie donc pas cette obligation. Cependant, d'autres d'éléments, dont la décision entreprise fait état, la justifient en la reliant aux défaillances du marché. En effet, la décision motive ce remède notamment par (i) le risque que BELGACOM, en tant qu'opérateur intégré verticalement, n'entrave la concurrence en favorisant sa propre branche d'activité - notamment au niveau de détail - et (ii) la nécessité pour les OLO de pouvoir proposer une qualité de service et des tarifs équivalents à ceux de BELGACOM. BELGACOM ne démontre pas le contraire. Le remède est donc justifié et suffisamment motivé.

281. L'obligation de transparence. En ce qui concerne le devoir pour BELGACOM de motiver les modifications qu'elle compte apporter à l'offre de référence, la cour se réfère (voir considérant 49) à son arrêt du 1 juin 2007 et aux motifs de transparence et de non-discrimination qui justifient cette obligation. Cet arrêt précise la légalité de l'obligation de soumettre l'offre de référence à une approbation préalable de l'IBPT (voir considérant 50). L'obligation de publier des KPI (les indicateurs de performance) est motivée,

dans la décision entreprise, par le souci de remédier à un problème de fourniture tardive de lignes par BELGACOM (p. 141-142). Selon l'IBPT, les indicateurs de performance permettent de remédier à ce problème car ils incitent BELGACOM à une meilleure performance et ils permettent de contrôler le respect des obligations de transparence et de non discrimination, sans coûts excessifs pour BELGACOM. BELGACOM ne démontre pas que le contraire. Le remède est justifié.

282. L'obligation de la séparation comptable. Ce remède n'est pas contesté.

283. L'obligation de l'orientation sur les coûts et le contrôle des prix. La cour rappelle ce qui a été dit ci-dessus à propos de l'imprécision des remèdes. Ce remède est justifié et suffisamment précisé pour que BELGACOM puisse déterminer quand son comportement est conforme et les futures mesures d'exécution ne sont pas totalement imprévisibles.

284. L'interdiction de pratiquer des tarifs d'éviction. Le simple rappel par l'IBPT d'une interdiction légale, à laquelle BELGACOM serait soumise en vertu de sa position dominante sur le marché, ne constitue pas l'imposition d'un remède *ex ante* indépendant.

285. La révision annuelle des tarifs. L'IBPT précise en conclusions qu'elle n'entend pas imposer à BELGACOM, une obligation de soumettre annuellement une nouvelle proposition de tarifs. Ceci est conforme à la jurisprudence de la cour, cette obligation ne reposant sur aucun fondement légal et n'étant pas proportionnée au regard de l'objectif poursuivi dès lors que l'offre de référence est soumise à un contrôle permanent du régulateur (arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2007 précité). Le grief de BELGACOM n'a dès lors plus d'objet.

## VI. SUR LA DEMANDE DE L'IBPT DE MODULER LES EFFETS D'UN ARRÊT D'ANNULATION

### ***Demande de l'IBPT***

286. L'IBPT suggère à la cour, en cas d'annulation partielle ou totale de la décision entreprise, de moduler les effets de son arrêt, en décidant, qu'il ne produirait d'effet que pour l'avenir sans effet rétroactif. L'IBPT invoque la situation extrêmement complexe (p.e. à propos de la juste tarification des services en cas de tarifs non orientés sur les coûts ou des contrats entre opérateurs en cas de remise en cause d'un aspect de la motivation) et la grave insécurité juridique qui découleraient de l'effet rétroactif d'un arrêt d'annulation totale ou partielle de la décision entreprise sans modulation dans le temps. Sauf à considérer que l'IBPT pourrait, à la suite d'un arrêt d'annulation, adopter une décision correctrice rétroactive, il faudrait regretter que les marchés en cause soient privés de régulation pour la période entre la date d'adoption de la décision annulée et celle de l'adoption d'une nouvelle décision.

287. Selon l'IBPT, le juge statuant sur l'annulation d'une décision administrative aurait le pouvoir de moduler dans le temps les effets de sa décision, pour tenir compte des nécessités du service public, de l'équité et de la sécurité juridique. Ce principe serait fondé sur l'application, par analogie, de la jurisprudence de la cour de Cassation (notamment Cass. 8 juin 1984, R.W. 1984-85, col. 2056), qui indique que la rétroactivité d'un arrêt du Conseil d'Etat ne constitue pas un principe général de droit.

288. A propos de la possibilité de faire rétroagir les actes administratifs, l'IBPT cite, notamment, l'arrêt de la cour du 9 mai 2008 (2005/AR/1028) pour défendre cette rétroactivité dans des cas justifiés par l'intérêt général.

### **Critiques de BELGACOM**

289. BELGACOM estime que la suppression d'une régulation illégale est en toute hypothèse préférable à son maintien. Il importe de faire disparaître les effets d'une décision illégale, même en cas de difficultés pratiques d'une extrême complexité et que l'auteur de la décision illégale d'en assumer les conséquences en prenant toute les dispositions

Néanmoins elle considère que la cour pourrait, dans des cas exceptionnels, nuancer la rétroactivité d'un arrêt d'annulation, à la condition que l'IBPT en démontre la nécessité absolue, qu'elle indique sur quels points précis la mesure serait justifiée et comment elle serait compatible avec le droit d'un recours effectif, ce que l'IBPT ne ferait pas en l'espèce.

### **Discussion**

290. Selon l'article 2 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 sur le statut du régulateur des postes et télécommunications belges, les décisions de l'IBPT peuvent faire l'objet d'un recours en pleine juridiction devant la cour d'appel de Bruxelles statuant comme en référé. Ce recours n'est, en principe, pas suspensif, sauf lorsqu'il est introduit contre une décision de l'IBPT prise en vertu de l'article 21, §§ 2 et 3 de la loi précitée du 17 janvier 2003 ou lorsque la cour prononce la suspension de la décision attaquée. En effet, l'article 2, §2 de la loi du 17 janvier 2003 doit être interprété à la lumière de l'article 4 de la Directive Cadre dont il constitue la transposition en droit belge, selon lequel les Etats membres veillent à ce que le fond de l'affaire soit dûment pris en considération et à ce qu'il existe un mécanisme de recours efficace.

291. Il résulte des travaux préparatoires relatifs à cette disposition légale, que « *le recours étant de pleine juridiction, (la cour d'appel de Bruxelles) peut donc statuer au fond et réformer la décision de l'Institut* » (Doc. parl. Chambre, 50 1937/001, Exposé des motifs, page 24). Ce pouvoir de pleine juridiction implique que la cour peut prendre en considération toutes les données factuelles pertinentes et toutes les règles de droit applicables, au moment de l'adoption de la décision, pour répondre aux moyens des parties.

292. Par ailleurs, le législateur a entendu ne pas limiter les pouvoirs confiés à la cour à celui d'annuler les décisions de l'IBPT entachées d'illégalité et lui reconnaître également le pouvoir de réformer l'acte attaqué pour le soustraire, ainsi réformé, à l'annulation (arrêt du 18 juin 2004, 2003/AR/2240, n° 64).

293. Cependant, la cour a précisé *«encore faut-il que la cour puisse substituer sa décision à l'acte attaqué sur la base des éléments versés au dossier sans heurter le principe de la séparation des pouvoirs en privant l'IBPT, autorité réglementaire nationale, de son pouvoir d'appréciation, ni méconnaître les dispositions des nouvelles directives qui édictent des obligations d'information et de coopération non équivoques»* à la charge de l'IPBT (même arrêt, n° 64).

Ainsi, d'une part, lorsque l'IBPT dispose par l'effet de la loi *sensu lato* (c'est-à-dire par l'effet d'une disposition communautaire d'effet direct, d'une loi interne ou d'un acte réglementaire interne) d'une liberté d'appréciation pour déterminer s'il y a lieu d'imposer une obligation à l'opérateur disposant d'une puissance significative sur un marché donné, au regard des objectifs qui doivent guider son appréciation, la cour ne peut, sans empiéter illégalement sur les prérogatives de l'IBPT, se substituer à lui et déterminer elle-même l'obligation qui lui semblerait la plus appropriée, alors même que l'IBPT aurait commis une erreur manifeste dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation.

Il appartient à la cour de déterminer, pour chaque grief, si elle doit se limiter à un contrôle de légalité de la décision attaquée ou si elle est habilitée à substituer son appréciation à celle de l'IBPT, la latitude dont dispose la cour pour substituer sa décision à celle de l'IBPT dépendant de l'existence ou non d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire dans le chef de l'IBPT (arrêt du 12 mai 2006, 2004/AR/174, n° 15).

D'autre part, lorsque la décision de l'IBPT doit être précédée de conditions de forme substantielles ou prescrites à peine de nullité, toute substitution est impossible.

Par ailleurs, ainsi que la cour l'a également relevé, lorsque l'Institut a adopté une décision individuelle alors qu'il n'en avait pas la compétence, la cour ne pourrait adopter une décision qui se substituerait à celle de l'IBPT, illégale pour défaut de compétence (arrêt du 15 octobre 2004, 2003/AR/1644 concernant une décision de l'IBPT contraignant l'opérateur puissant à apporter des modifications à l'offre de référence, hors du cadre de sa compétence d'approbation du projet d'offre de référence que l'opérateur a l'obligation de lui soumettre et hors le cas où elle constaterait une infraction aux obligations qui pèsent sur l'opérateur puissant).

Enfin, la cour a précisé qu'en organisant le recours de pleine juridiction contre les décisions de l'IBPT, qu'elles soient de portée individuelle ou à caractère réglementaire, le législateur national n'a pas entendu lui confier le pouvoir de

réformer un acte réglementaire en lui substituant d'autres dispositions de cette nature (arrêt du 14 octobre 2004, 2003/AR/2463, n° 49).

294. Il suit de l'ensemble de ces considérations que la compétence de pleine juridiction qui lui a été conférée par le législateur permet à la cour d'appel de Bruxelles, non seulement d'annuler une décision de l'IBPT pour incompétence, violation des formes substantielles ou prescrites à peine de nullité, défaut de motivation adéquate ou enfin, détournement de pouvoir, mais également de substituer sa décision à celle de l'IBPT dont elle aura préalablement constaté l'illégalité, lorsque l'IBPT avait l'obligation d'adopter elle-même la décision en cause et pour autant que cette substitution puisse s'accomplir sans porter atteinte à une règle de procédure ou de concertation qui présidait à l'adoption de ladite décision par l'IBPT elle-même.

295. Dans l'exercice de ce pouvoir de pleine juridiction, la cour d'appel doit néanmoins respecter les limites du débat judiciaire. Sous réserve des moyens d'office touchant à l'ordre public et de l'interprétation qu'il conviendrait d'accorder aux moyens soulevés devant elle, elle doit limiter son examen aux griefs invoqués, aux moyens de défense de la partie adverse, voire aux moyens développés à l'appui d'une intervention volontaire (cf. l'arrêt de la cour du 7 avril 2006, 2005/AR/296 et 588, considérant 82 et suivants).

Enfin, la cour ne peut accorder plus que ce qui est demandé par la partie requérante. Lorsque celle-ci postule uniquement l'annulation d'une décision du régulateur, la cour ne peut remplacer la décision annulée par de nouvelles dispositions.

296. L'accueil d'un moyen d'annulation conduit à l'annulation totale ou partielle de la décision entreprise. L'annulation opère *erga omnes* puisqu'elle fait disparaître la décision individuelle ou réglementaire de l'ordonnancement juridique. En règle, l'annulation agit avec effet rétroactif; la décision mise à néant est réputée n'avoir jamais existé pour le passé.

297. L'autorité administrative, dont une décision individuelle a été annulée peut, dans certains cas, remédier au vide créé par le caractère rétroactif de l'annulation lorsqu'elle adopte une nouvelle décision à laquelle elle peut légalement conférer un effet rétroactif. Cependant, la jurisprudence du Conseil d'Etat n'admet qu'il soit dérogé au principe général de la non rétroactivité des actes administratifs que dans certains cas, qui sont fonction notamment de la nature ou de l'objet de l'acte à refaire ou de la compétence mise en œuvre.

298. En matière de lois et de décrets, le législateur a permis à la Cour constitutionnelle de restreindre, par voie de disposition générale, les effets rétroactifs de l'annulation des lois et des décrets décidée par elle, c'est-à-dire de limiter, pour le passé et le cas échéant pour l'avenir, l'effet d'anéantissement qui découle de l'annulation qu'elle prononce (article 8 de la loi spéciale du 6 janvier 1989).

299. Le Conseil d'Etat ne dispose pas de cette latitude et ses arrêts

opèrent, en règle, *ex tunc* (voir pour le rappel de ce principe à propos des arrêts d'annulation du Conseil d'Etat, l'avis du Ministère public et l'arrêt de la Cour de cassation du 4 avril 2002, C000457N. ).

300. En ce qui concerne les recours dirigés contre les décisions de l'IBPT, le législateur n'a pas précisé dans la loi «recours» du 17 janvier 2003 que la cour d'appel de Bruxelles pourrait maintenir dans le temps une décision de l'IBPT qu'elle a annulée, en tout ou en partie, ou encore limiter dans le temps les effets de l'annulation qu'elle prononce.

Telle n'est d'ailleurs pas la solution que le législateur envisage dans le projet de loi du 16 février 2009 portant modification 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<sup>22</sup>. En effet, ce projet habilite l'IBPT à prendre des décisions avec effet rétroactif pour remplacer certaines de ses décisions annulées. Il est ainsi prévu d'insérer à l'article 14, §2 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, un 6<sup>o</sup> rédigé de la manière suivante :

*« 6<sup>o</sup> (l'Institut) peut procéder, en respectant les motifs de l'annulation et sans modifier l'étendue de son champ d'application, à la réfection d'une décision annulée par une autorité juridictionnelle lorsque, du fait de cette annulation, un ou plusieurs des objectifs visés aux articles 6 à 8 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques ne sont plus réalisés. »*

301. La cour d'appel de Bruxelles a déjà considéré que l'annulation d'une décision de l'IBPT produit des effets rétroactifs *« puisqu'elle suppose la reconnaissance de son illégalité »* (arrêt du 15 octobre 2004, 2003/AR/1664, considérant 27). En effet, la cour ne pourrait, sans violer le principe supérieur de légalité consacré dans l'article 159 de la Constitution, qui oblige les cours et tribunaux à refuser toute application à des actes administratifs réglementaires ou individuels illégaux, permettre à une décision administrative illégale de l'IBPT, dont elle a constaté l'illégalité et prononcé l'annulation, de conserver des effets dans le temps.

302. Par ailleurs, ainsi que le constatait déjà la cour dans son arrêt précité du 15 octobre 2004, au considérant 27, conserver à un tel acte des effets pour le passé, voire pour l'avenir, comme le demande en l'espèce l'IBPT, est contraire au droit de BELGACOM de ne pas se voir opposer, par l'IBPT, une décision illégale pour l'éventuelle constatation d'une infraction, ou par des tiers, qui pourraient avoir un intérêt à revendiquer le caractère contraignant de l'acte annulé dans le cadre d'éventuels litiges. Cela pourrait également contrarier le droit de BELGACOM d'obtenir la réparation du préjudice qu'elle aurait subi à cause de cette décision illégale.

303. Enfin, face à une décision annulée, en tout ou en partie, il relève

<sup>22</sup> Doc.1814/001 sur le site [www.chambre.be](http://www.chambre.be)

de la compétence de l'IBPT d'apprécier, dans le respect de la décision de la cour, s'il y a lieu pour lui d'adopter une nouvelle décision, les conditions dans lesquelles il pourra l'adopter et s'il lui est permis de lui conférer un caractère rétroactif conformément aux principes dégagés par le Conseil d'Etat (voir notamment Michel Leroy, Contentieux administratif, Bruylant 2004, p.446 et suivantes et surtout pages 727 et suivantes).

#### **VII. SUR LES DÉPENS**

S'agissant d'un litige dont le montant n'est pas évaluable en argent, le montant de l'indemnité de procédure s'élève à 1.200 EUR en vertu de l'article 3 de l'AR du 26 octobre 2007, pris en exécution de la loi du 21 avril 2007.

BELGACOM ayant demandé une indemnité de procédure de 1.200 EUR, montant qui n'est pas contesté par l'IBPT, il y a lieu de lui allouer ce montant et de liquider ses dépens à 186 EUR (frais de requête) + 1.200 EUR (indemnité de procédure).

#### **PAR CES MOTIFS, LA COUR,**

Statuant contradictoirement ;

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

Reçoit le recours et le dit fondé comme suit ;

Reçoit l'intervention volontaire ;

Annule la décision du 10 janvier 2008 du conseil de l'IBPT en ce qu'elle impose comme remède les obligations suivantes sur BELGACOM comme opérateur puissant sur le marché 11 pour défaut de motivation :

- l'obligation d'accorder des prestations d'accès sans différenciation géographique;
- l'obligation de fournir le dégroupage au niveau de la sous-boucle locale ;
- l'obligation de ne pas retirer l'accès lorsqu'il a été accordé, sans autorisation préalable de l'IBPT ou d'un tribunal.

Annule la décision du 10 janvier 2008 du conseil de l'IBPT en ce qu'elle désigne BELGACOM comme opérateur puissant sur le marché 12 et par conséquent en ce qu'elle impose de ce chef des remèdes à BELGACOM pour défaut de motivation.

Déboute la requérante de sa demande pour le surplus.

Condamne l'IBPT au paiement à la requérante d'une indemnité de procédure de 1.200 EUR.

Condamne l'IBPT aux autres dépens de l'instance taxés à 186 EUR (frais de requête) pour la requérante.

\*\*\*\*\*

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique de la Chambre 18 de la Cour d'appel de Bruxelles, le *07-05-2009* (audience extraordinaire)

Où étaient présents :

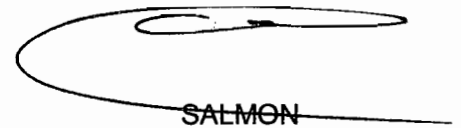
- P. BLONDEEL,
- M. SALMON,
- E. BODSON,
- D. VAN IMPE,

président,  
conseiller,  
conseiller,  
greffier.

VAN IMPE



SALMON



BODSON



BLONDEEL

