

MEDEDINGING/CONCURRENCE

COUR D'APPEL DE BRUXELLES 1 JUIN 2007

TÉLÉCOMMUNICATIONS

Généralités – Répartition des compétences – Collaboration obligatoire – Régulation des marchés – Définition des marchés – Analyse des marchés – Imposition d'obligations – Marché de détail "accès" – Revente d'abonnements (wholesale line rental) – Étendue de la compétence d'avis du conseil de la concurrence (art. 55 LCE)

Une décision de l'IBPT qui ne couvre pas la fourniture de services de transmission de données, nécessaire à la transmission de programmes de radio et de télévision, n'empiète pas les compétences des régulateurs communautaires.

Un régulateur ne peut imposer une régulation ex ante du marché de détail que s'il a préalablement défini, conformément aux principes du droit de la concurrence, un marché pertinent de détail susceptible d'une régulation ex ante. Pour que des biens et des services fassent partie d'un même marché, il faut qu'ils soient suffisamment substituables par les consommateurs ou que d'autres fournisseurs puissent les offrir. En l'espèce, le marché de l'accès au réseau téléphonique est distinct de celui des services téléphoniques.

Est fondée, la désignation par l'IBPT de Belgacom comme opérateur puissant, suivant une analyse des marchés de détail de l'accès, avant les marchés de gros, conformément aux recommandations de la Commission européenne. Les remèdes peuvent s'appliquer tant aux marchés de gros qu'aux marchés de détail. Aucun texte n'impose aux ARN de procéder à une analyse simultanée des marchés de détail et des marchés de gros correspondants. Un remède touchant le marché de gros n'implique pas pour l'ARN l'obligation d'analyser le marché de gros correspondant et il ne faut pas d'abord constater l'inefficacité de ce remède pour imposer un remède sur le marché de détail.

Dès lors que la motivation des remèdes échappe à la compétence d'avis contraignant du Conseil de la concurrence – qui n'est pas prévu en ce qui concerne la délimitation des marchés et l'imposition d'une méthodologie "orthodoxe" pour apprécier le caractère approprié, proportionnel et justifié des mesures adoptées – l'avis n'a qu'une valeur non contraignante et le Conseil de la concurrence, ayant épuisé sa saisine en émettant son avis, ne peut imposer à l'IBPT de lui soumettre une nouvelle décision conforme à ses exigences.

Une décision-cadre sur les remèdes est parfaitement valable. Les modalités peuvent être fixées dans un second temps. S'agissant de mesures ex ante, s'il est impossible pour l'IBPT de démontrer mathématiquement que le remède favorisera la concurrence, en l'espèce sur le marché de l'accès au réseau, il suffit qu'il démontre que le remède répondra raisonnablement aux attentes.

L'IBPT n'a qu'un pouvoir de contrôle et d'injonction, mais pas de substitution.

TELECOMMUNICATIE

Algemeen – Bevoegdheidsverdeling – Verplichte samenwerking – Marktregulering – Marktdefinitie – Marktanalyse – Opleggen van verplichtingen – Kleinhandelsmarkt "toegang" – Doorverkoop van abonnementen (wholesale line rental) – Omvang adviesbevoegdheid Raad voor de Mededinging (art. 55 WEM)

Een beslissing van het BIPT die geen betrekking heeft op de levering van datatransmissiediensten welke nodig zijn voor de doorgifte van radio- en televisieprogramma's, raakt de bevoegdheden van de reguletoeren van de gemeenschappen niet.

Een regulator kan geen regelgeving ex ante opleggen voor de kleinhandelsmarkt als hij niet voorafgaandelijk, conform de principes van het mededingingsrecht, een relevante kleinhandelsmarkt heeft omschreven die aan een ex ante-regulering kan worden onderworpen. Opdat waren en diensten deel zouden uitmaken van een zelfde markt, moeten zij voldoende substituikbaar zijn voor de verbruikers of moeten zij door andere dienstverstrekkers kunnen worden aangeboden. In onderhavig geval is de markt voor toegang tot het telefonienetwerk verschillend van deze van de telefoniediensten.

De omschrijving door het BIPT van Belgacom als operator met een sterke marktpositie, welke, conform de aanbevelingen van de Europese Commissie, volgt uit een analyse van de kleinhandelsmarkt van toegang tot het netwerk, vóór de groothandelsmarkt, is gegrond. Geen enkele tekst verplicht de nationale reguletoeren om tot een gelijktijdige analyse over te gaan van de kleinhandelsmarkten en de corresponderende groothandelsmarkten. Een maatregel die de groothandelsmarkt raakt, leidt niet tot de verplichting voor de nationale regulator om de groothandelsmarkt in kwestie te analyseren en hij moet niet eerst de ondoeltreffendheid van deze maatregel vaststellen om een maatregel met betrekking tot de kleinhandelsmarkt op te leggen.

Wanneer de motivering van de opgelegde verplichtingen buiten de dwingende adviesbevoegdheid van de Raad voor de Mededinging valt – die niet is voorzien wat betreft de afgrenzing van de markten en het opleggen van een "orthodoxe" methodologie om het passend, proportioneel en gerechtvaardigd karakter van de genomen maatregelen te beoordelen – heeft dit advies slechts een niet-dwingende waarde en kan de Raad voor de Mededinging, die zijn rechtsmacht heeft uitgeput door zijn advies te verlenen, niet aan het BIPT opleggen hem een nieuwe beslissing voor te leggen die zou overeenstemmen met zijn eisen.

Een kaderbeslissing over de toe te passen maatregelen is perfect geldig. Modaliteiten ervan kunnen later worden bepaald. Wanneer het gaat over ex ante-maatregelen en het onmogelijk is voor het BIPT om rekenkundig aan te tonen dat de maatregel de mededinging ten goede zal komen, in onderhavig geval op de markt van toegang tot het netwerk, volstaat het dat hij aantoonst dat de maatregel redelijkerwijs zal voldoen aan de verwachtingen.

Het BIPT heeft slechts een controle en injunctiebevoegdheid, maar geen substitutiebevoegdheid.

**Belgacom SA/IBPT – en présence de Tele2 Belgium et Versatel Belgium (intervenantes volontaires)
H. Mackelbert (président), E. Herregodts et Y. Demanche (conseillers)
Pl.: Mes D. Van Liedekerke, E. Van Parys et S. Depré, W.J. Maxwell et A. Verheyden, Y. Desmedt**

I. Décision attaquée

Le recours est dirigé contre la décision prononcée le 19 juin 2006 par 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 de détail du groupe "accès", sélectionnés dans la recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003.

II. Procédure devant la cour

(...)

III. Faits et antécédents de la procédure

1. Le 11 février 2003, la Commission européenne a adopté une recommandation concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante*, conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques. Il est ainsi recommandé aux autorités réglementaires nationales (ARN) d'analyser les marchés de produits et de services qui sont énumérés dans l'annexe et ensuite de définir les marchés pertinents sur lesquels une réglementation *ex ante* peut se justifier.

L'IBPT a, dans un premier temps, décidé de procéder à l'analyse de quatre marchés qui font partie du groupe "Accès" de la liste annexée à la recommandation de la Commission, à savoir:

- l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle (marché 1);
- l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle (marché 2);
- la fourniture en gros d'accès dégroupé (y compris l'accès partagé) aux boucles et sous-boucles des lignes métalliques pour la fourniture de services à large bande et de services vocaux (marché 11);
- la fourniture en gros d'accès à large bande (marché 12).

Le 25 octobre 2005, l'IBPT a publié un document de consultation relatif à ces marchés en invitant les opérateurs à faire valoir leurs commentaires sur son analyse et les remèdes qu'il proposait d'imposer.

Suite à cette consultation, l'IBPT a modifié son projet initial et l'a soumis, le 24 février 2006, au Conseil de la concurrence qui a rendu son avis le 25 mars 2006. Aux termes de celui-ci, le Conseil de la concurrence a émis plusieurs observations et a invité l'IBPT à préciser les motifs du caractère

approprié, proportionné et justifié de chaque obligation proposée. Il s'est par ailleurs réservé le droit d'émettre son avis sur les obligations que l'IBPT lui proposera après en avoir explicité les motifs.

L'IBPT a modifié son projet en ce qui concerne les marchés 1 et 2 et a décidé de suspendre sa décision pour les marchés 11 et 12, eu égard à l'existence d'une controverse quant à sa compétence éventuelle pour pouvoir examiner seul ces marchés (*cf. infra*).

Un nouveau projet daté du 10 mai 2006 a été soumis à la procédure de consultation européenne. Par son avis du 9 juin 2006, la Commission européenne a décidé qu'il n'y avait pas lieu pour elle de formuler d'observations.

Le 19 juin 2006, l'IBPT a adopté sa décision définitive.

2. Belgacom introduit un recours contre cette décision qu'elle demande à la cour de mettre à néant, soit dans son intégralité soit en ce qu'elle lui impose des obligations *ex ante*, en tout ou en partie.

Tele2 et Versatel interviennent volontairement à la cause. Elles demandaient originairement à la cour de suspendre sa décision jusqu'à ce qu'elles puissent avoir connaissance du dossier administratif complet, demande à laquelle elles ont renoncé à l'audience du 2 février 2007. Pour le surplus, elles soutiennent la position de l'IBPT. La recevabilité de leur intervention volontaire n'est pas contestée.

Eu égard à la teneur de la décision prise par la cour (*cf. infra*), la question de l'étendue de sa compétence ne se pose pas.

IV. Discussion

(...)

2. Sur le moyen tiré de la méconnaissance des règles constitutionnelles et légales régissant la répartition des compétences entre l'État fédéral et les communautés et régissant les compétences de l'IBPT

4. En vertu de l'article 127 § 1 de la Constitution et de l'article 4, 6° de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, les communautés sont compétentes en matière de radiodiffusion et télévision et le législateur fédéral demeure compétent pour les autres formes de télécommunications.

L'article 14 § 2, 5° de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des postes et des télécommunications belges, inséré par l'article 73 de la loi du 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses, dispose que *l'Institut peut uniquement prendre des décisions relatives aux réseaux de com-*

munications électroniques pour lesquels les communautés sont également compétentes, après l'entrée en vigueur d'un accord de coopération avec les communautés portant sur l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques.

Belgacom soutient que l'adoption de tout texte législatif et/ou réglementaire ainsi que de tout acte mettant en œuvre les textes réglementaires en matière d'infrastructure de communications électroniques est, en l'absence d'un accord de coopération et en l'absence de coopération effective, susceptible de constituer une infraction à ces dispositions.

Belgacom considère que la question de l'accès au réseau de communications électroniques, fût-il catalogué de "réseau téléphonique public", ne peut pas être traitée comme relevant exclusivement du secteur des télécommunications s.s. dans la mesure où le raccordement à une même infrastructure (réseau cuivré ou câblé) permet aux utilisateurs finals d'accéder à toute la panoplie des services de communications électroniques, en ce compris la radiodiffusion et la télévision.

Pour Belgacom, une coopération préalable doit s'imposer automatiquement à l'occasion d'une analyse d'un quelconque marché, surtout lorsqu'on aborde la question de l'accès aux infrastructures.

Belgacom se fonde sur la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, et notamment un arrêt du 14 juillet 2004 (arrêt n° 132/2004), aux termes duquel il a été dit que "*les compétences de l'État fédéral et des communautés en matière d'infrastructure des communications électroniques sont devenues à ce point imbriquées, par suite de l'évolution technologique, qu'elles ne peuvent plus être exercées qu'en coopération*". La Cour a également précisé qu'"en tant que les compétences du régulateur portent sur l'infrastructure des communications électroniques, l'autorité fédérale n'est pas la seule autorité compétente pour régler cette matière, dès lors que les communautés peuvent, elles aussi, légiférer en l'espèce sur la base de leurs compétences en matière de radiodiffusion et de télévision".

La Cour d'arbitrage a ainsi annulé (avec maintien en vigueur jusqu'au 31 décembre 2005) l'article 14 de la loi du 17 janvier 2003 sur le statut de l'IBPT "*en tant que sont attribuées à l'Institut belge des services postaux et des télécommunications des compétences en matière d'infrastructure de transmission électronique, qui est commune à la radiodiffusion et à la télévision, ainsi qu'aux télécommunications*", ce qui a conduit le législateur à modifier cet article par sa loi du 20 juillet 2005.

Au moment de l'adoption de la décision litigieuse par l'IBPT, il n'existait aucun accord de coopération avec les autorités communautaires. S'agissant d'une décision concernant des réseaux de communications électroniques, Belgacom estime que l'IBPT ne pouvait pas légalement adopter la décision attaquée.

Il faut également préciser les compétences respectives tant des communautés que de l'IBPT pour apprécier les éventuelles répartitions communes de celles-ci.

À cet égard, la Cour d'arbitrage, en son arrêt précité du 14 juillet 2004, a eu soin de rappeler (considérant B.11.1.) que lorsqu'on délimite les compétences respectives de l'État et des communautés en matière d'informations électroniques, il convient de garder à l'esprit que la radiodiffusion et la télévision ont été confiées aux communautés en tant que matière culturelle. Le législateur fédéral est compétent pour régler les autres aspects des services de la société de l'information, d'une part, sur la base de sa compétence résiduaire et, d'autre part, sur la base de la compétence qui lui est réservée, notamment en ce qui concerne l'économie, dont relèvent les règles générales relatives à la protection du consommateur, à la politique des prix, au droit de la concurrence, au droit commercial et aux conditions d'accès à la profession.

Dans le cas d'espèce, ce n'est point tant la compétence résiduaire qui est à examiner, mais bien plutôt celle de la compétence réservée.

5. Pour dire si l'IBPT était ou non compétent pour prendre seul la décision attaquée, il convient donc de vérifier si elle concerne l'infrastructure et les services de transmission électronique communs à la radiodiffusion et à la télévision, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part, et s'il existe un risque que cette infrastructure et ces services soient soumis à des dispositions contradictoires (cf. considérant B.A. de l'arrêt n° 163 du 8 novembre 2006 de la Cour d'arbitrage).

6. La décision attaquée analyse les marchés de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle (marché 1) et pour la clientèle non résidentielle (marché 2).

Ainsi que le rappelle la décision (p. 35), il existe trois types principaux d'accès au réseau téléphonique public:

- la ligne analogique qui offre une voie de communication avec une bande passante de 300-3400 Hz; couplée à l'usage d'un modem, elle permet également l'échange de données jusqu'à 56 Kbp/s, ce qui permet l'accès en bande étroite à Internet; elle permet également l'échange de télécopies;

- les lignes ISDN-2 qui comportent deux canaux de communication à 64 Kbp/s pour les trafics voix et données et un canal 16Kbit/s pour la signalisation, ainsi que les lignes ISDN-30 qui permettent de déployer un ensemble de services numériques sur un lien à 2Mbit/s;

- l'accès *Voice over broadband (VOB)* qui utilise la connexion d'accès haut débit d'Internet de l'utilisateur; ce type d'accès peut être fourni sur la paire de cuivre ou sur les réseaux câblés.

L'IBPT identifie ensuite Belgacom comme disposant d'une puissance significative de marché (SMP) sur le marché de

l'accès au réseau téléphonique en position déterminée et lui impose les remèdes suivants:

- accès et interconnexion pour la sélection et la présélection du transporteur;
- accès à un service de revente de l'abonnement;
- obligation de non-discrimination;
- obligation de transparence moyennant la publication d'une offre de référence pour la sélection et la présélection ainsi que pour la revente de l'abonnement;
- séparation comptable;
- contrôle des prix et obligations relatives au système de comptabilisation des coûts.

7. La décision attaquée n'analyse pas les services (marchés 3 à 6) qui font l'objet d'une décision différente du 11 août 2006.

Il convient en effet de faire une distinction entre l'accès, seul en cause dans la décision, et les services. L'IBPT s'est contenté de réguler l'accès à un réseau téléphonique et les conditions de cet accès, sans intervenir sur les services que cet accès permettrait.

8. Rien dans la décision ne concerne l'infrastructure, constituée par les câbles de cuivre, le coaxial, les fibres optiques et les équipements de transmission de signaux électriques.

Par ailleurs, on n'aperçoit pas en quoi les remèdes de gros qui ont été imposés par l'IBPT auraient une répercussion sur les infrastructures.

Il est exact que les réseaux câblés permettent aux utilisateurs finals d'avoir accès à la fois à la téléphonie, à Internet et à la télévision. Mais, ainsi que cela vient d'être dit à l'alinéa précédent, la décision attaquée ne concerne pas l'infrastructure et, partant, l'infrastructure mise en place par les cablo-distributeurs pour lesquels les communautés sont compétentes.

9. Par ailleurs, l'IBPT a considéré que l'accès haut débit à Internet ne pouvait être intégré dans les marchés 1 et 2 (cf. p. 54, dernier al.). Il s'en déduit que la décision attaquée ne concerne que l'accès au réseau téléphonique qui permettra de proposer des services ordinaires, à savoir la transmission de la voix et de données à bas débit et ne concerne pas les équipements DSL et ATM qui sont, notamment, utilisés pour la fourniture de services de radiodiffusion, services pour lesquels les communautés sont compétentes.

Il est donc indifférent qu'un utilisateur final puisse avoir accès à des services nécessitant un haut débit par le réseau cuivré ou le câble puisque, dans le cadre de la répartition des compétences entre les différents régulateurs, il convient uniquement de vérifier si la décision, qui est limitée au bas débit, est de nature à porter atteinte aux compétences des régulateurs communautaires en matière de radiodiffusion et de télévision.

Or, il n'est pas possible, techniquement, de prester des services de radiodiffusion et de télévision avec l'accès analogique à 56 Kbp/s ou l'accès numérique à 64 Kbp/s. Il résulte en effet des explications données par les parties lors des plaidoiries que ces services requièrent une transmission en continu.

En toute hypothèse, Belgacom ne démontre pas qu'il serait possible d'avoir accès à un service de télévision par le bas débit, ce que l'IBPT conteste. Quant à la radiodiffusion, il est certes exceptionnellement possible d'écouter la radio au moyen d'une connexion Internet à bas débit, mais dans ce cas on ne peut prétendre qu'il s'agit d'une transmission en temps réel d'un programme puisque les données sont stockées dans une mémoire tampon et ne sont lues que lorsqu'il y en a suffisamment, ce qui engendre un délai entre l'émission du signal et sa réception qui peut être plus ou moins long (technique du *streaming*).

Comme la transmission de programmes de radio et de télévision suppose nécessairement la fourniture de services de transmission de données et que la décision ne couvre pas ces services, elle ne pouvait empiéter les compétences des communautés et pouvait, par conséquent, être adoptée sans attendre la conclusion d'un accord de coopération.

10. Dès lors que l'IBPT a décidé d'abandonner l'examen des marchés 11 et 12, il est sans intérêt d'examiner le projet de décision avant sa modification, notamment en ce qu'il a trait à ces marchés.

Il y a en effet lieu de s'en tenir uniquement à la décision attaquée.

Au demeurant, lorsque l'IBPT a abordé la perspective éventuelle d'une concertation entre les autorités de régulation fédérale et communautaires pour les marchés 11 et 12, il a utilisé le conditionnel; il ne peut dès lors être déduit de cette considération aucune reconnaissance quelconque et notamment que les marchés 1 et 2 seraient intimement liés aux marchés 11 et 12 à tel point qu'il ne serait pas compétent pour analyser seul les marchés 1 et 2.

11. Belgacom reste très imprécise dans son argumentation et ne dit pas, *in concreto*, sur quels points une concertation devrait s'imposer avec les régulateurs communautaires afin d'éviter le risque de dispositions éventuellement contradictoires.

Même si l'IBPT a affirmé qu'il était possible qu'à moyen terme des opérateurs alternatifs puissent être susceptibles d'offrir aux consommateurs finals le *triple play* (téléphonie, Internet et télévision) grâce au remède de la revente de l'abonnement, il n'en demeure pas moins que la décision attaquée ne concerne pas le marché des services et encore moins la matière du dégroupage. En émettant une hypothèse sur les effets d'un remède qu'il proposait, l'IBPT n'a pas empiété sur les compétences des régulateurs communautaires en matière de télévision. Ce remède est étranger aux infrastructures et on n'aperçoit pas en quoi les régulateurs

communautaires seraient également compétents pour imposer à Belgacom l'accès au réseau téléphonique par la sélection et la présélection ainsi que la revente de l'abonnement au réseau téléphonique.

À supposer que ce remède puisse avoir un impact sur les investissements que pourraient faire les opérateurs alternatifs – ce qui, à ce stade n'est pas encore démontré – il ne peut en être déduit qu'il concernerait directement les infrastructures.

12. Enfin, il ne peut être tiré aucun argument de l'acte de coopération négocié entre l'État fédéral et les communautés puisqu'il a été signé postérieurement à la décision attaquée et qu'il n'a toujours pas été ratifié par toutes les entités du Royaume. Pour le même motif, il est sans incidence que l'IBPT a décidé de suspendre le remède relatif à la revente de l'abonnement afin de permettre aux régulateurs communautaires de formuler leurs observations lorsque l'acte de coopération sera entré en vigueur, cette décision ayant été prise sans aucune reconnaissance.

13. Les pièces supplémentaires que Belgacom souhaite déposer sont constituées par deux courriers émanant du Conseil supérieur de l'audiovisuel et du *Vlaamse regulator voor de media*, dans lesquelles ces autorités expriment leur opinion quant à la compétence de l'IBPT. Elles font suite à une lettre de l'IBPT par laquelle ce dernier, *faisant preuve de bonne volonté et en préparation de la ratification de l'accord de coopération avec les régulateurs communautaires* les informe de son projet de décision du 20 décembre 2006 concernant les aspects qualitatifs et quantitatifs de l'offre de référence déposée par Belgacom quant à la revente de l'abonnement.

Pour les mêmes motifs que ceux exposés plus haut, l'opinion de ces régulateurs sur l'étendue de leurs compétences respectives ne constitue pas un fait capital justifiant la réouverture des débats puisqu'ils n'étaient pas compétents pour adopter une décision similaire à celle attaquée.

La requête doit donc être rejetée.

14. Il se déduit de ce qui précède que l'IBPT n'a pas empiété sur les compétences des régulateurs communautaires et que le moyen n'est pas fondé.

3. Sur le moyen tiré du non-respect des conditions requises pour l'imposition d'obligations ex ante de détail

(...)

e. Sur l'avis du Conseil de la concurrence

30. Dans son avis du 25 mars 2006, le Conseil de la concurrence a formulé certaines observations générales portant sur la méthodologie utilisée par l'IBPT pour déterminer les marchés pertinents et la puissance des opérateurs sur ces marchés. Il a notamment suggéré que l'IBPT adopte une démarche qui analyse successivement le marché sans réglementation

et avec réglementation. Il a également estimé que l'analyse de la substituabilité entre l'accès sur les réseaux fixe et mobile méritait d'être approfondie.

Quant aux remèdes, le Conseil de la concurrence formulait la même critique et reprochait à l'IBPT de ne pas avoir utilisé une méthodologie systématique, basée sur une application orthodoxe de l'évaluation de ces remèdes.

En conclusion, le Conseil de la concurrence a souhaité que l'IBPT précise les motifs du caractère approprié, proportionné et justifié de chaque obligation proposée. À défaut, il estime que l'obligation ne peut être imposée à l'opérateur puissant. Pour lui, la question de savoir si l'un ou l'autre de ces remèdes de détail doit être imposé est prématurée et il se réserve d'émettre son avis "contraignant" après avoir reçu un nouveau projet de décision de l'IBPT.

Par ailleurs, le Conseil de la concurrence a également émis des observations à propos des marchés 11 et 12 qui sont sans pertinence en l'espèce puisque la décision ne concerne plus ces marchés.

Le 25 mars 2006, dans un document de 20 pages, l'IBPT a répondu au Conseil de la concurrence et a ensuite soumis sa décision définitive à la Commission européenne, contenant, sur certains points, une adaptation pour répondre à l'avis du Conseil de la concurrence (cf. p. 33 de la décision attaquée).

31. Belgacom soutient que la décision attaquée est entachée d'illégalité, considérant que l'avis du Conseil de la concurrence est négatif et qu'il appartenait dès lors à l'IBPT de solliciter un nouvel avis avant de prendre sa décision.

32. Aux termes de l'article 55 § 5 de la loi du 13 juin 2005, le Conseil de la concurrence ne peut émettre un avis contraignant sur les décisions de l'IBPT qu'en ce qui concerne la conformité aux objectifs visés par le droit de la concurrence des décisions imposant:

– sur le marché de l'accès, des obligations en matière de contrôle des prix (art. 62 § 1^{er} de la même loi);

– sur le marché de détail, des obligations visant à interdire d'utiliser des prix anormalement hauts, d'entraver l'accès au marché, d'utiliser des prix d'éviction restreignant la concurrence, d'appliquer des préférences injustifiées pour certains utilisateurs finals et de grouper des services de manière injustifiée (art. 64 § 1^{er}).

La loi ne prévoit aucune compétence d'avis contraignant du Conseil de la concurrence en ce qui concerne la délimitation des marchés et l'imposition d'une méthodologie "orthodoxe" pour apprécier le caractère approprié, proportionnel et justifié des mesures adoptées par l'IBPT.

Il convient en outre de constater que le Conseil de la concurrence ne s'est pas prononcé sur la question de la conformité des remèdes par rapport aux objectifs du droit de la concurrence.

Dès lors que la motivation des remèdes échappe à la compétence d'avis contraignant du Conseil de la concurrence, ce dernier ne pouvait imposer à l'IBPT de lui soumettre une nouvelle décision conforme à ses exigences. En émettant son avis, le Conseil de la concurrence a épuisé sa saisine.

Il s'en déduit que l'avis du Conseil de la concurrence, tel qu'il a été formulé et eu égard à sa compétence limitée, n'a qu'une valeur non contraignante. L'IBPT pouvait donc légalement prendre la décision attaquée de la manière dont il l'a prise.

Enfin, il convient de rappeler que la Commission européenne a estimé que la décision de l'IBPT n'appelait aucune observation particulière. Or, en exécution du point 4.3. de la Communication de la Commission du 6 février 2006, il lui appartient d'examiner si les obligations imposées aux ARN sont appropriées. Ce *nihil obstat* renforce donc la cohérence de la décision de l'IBPT.

(...)

6. Sur les obligations de transparence

a. Sur l'obligation de publier une offre de référence

43. Belgacom soutient que l'obligation de publier une offre de référence en matière de sélection et de présélection et de revente de l'abonnement n'est pas justifiée par rapport au problème constaté et à l'objectif poursuivi, lesquels ne sont d'ailleurs pas identifiés avec précision dans la décision attaquée. En outre, la décision n'est pas proportionnée par rapport au problème constaté et à l'objectif poursuivi.

44. L'obligation de publier une offre de référence trouve son fondement dans les articles 9 de la directive "Accès" et 59 de la loi du 13 juin 2005.

En ce qui concerne la sélection et la présélection, Belgacom était déjà tenue de publier une offre de référence. Ainsi que cela a été rappelé plus haut, l'IBPT a constaté que ce remède n'avait pas été suffisant pour instaurer une réelle concurrence sur le marché de l'accès au réseau téléphonique. Il a maintenu le remède et, logiquement, l'obligation accessoire de publier une offre de référence qui doit permettre aux opérateurs alternatifs de conclure en toute transparence des contrats d'accès et d'interconnexion avec Belgacom, leur garantissant qu'ils pourront acheter seulement les prestations dont ils ont besoin.

Dès lors qu'il n'est pas établi que les conditions du marché sont devenues différentes de celles qui prévalaient dans l'ancien cadre réglementaire, il n'est pas critiquable, en soi, pour l'IBPT d'avoir maintenu l'obligation de publier une offre de référence.

Quant à la revente de l'abonnement, il s'agit d'un remède nouveau. Il était donc indispensable d'imposer également une offre de référence pour remédier au déséquilibre existant entre le pouvoir de négociation du nouvel arrivant et celui de

l'opérateur historique, permettant ainsi l'établissement de conditions de marché transparentes et non discriminatoires. Il est en outre indispensable pour les nouveaux entrants de connaître avec précision quelles seront les conditions qui leur seront demandées afin de pouvoir disposer des services qui leur seront offerts.

Il n'est par ailleurs pas démontré que l'établissement de ces offres de référence engendrerait pour Belgacom des coûts disproportionnés.

Le moyen n'est pas fondé.

b. Sur le contenu imposé de l'offre de référence

45. Belgacom fait grief à l'IBPT de ne pas avoir justifié le contenu et le détail de l'offre de référence dont il imposait la publication au regard de l'objectif poursuivi par ce remède.

46. Le contenu de l'offre de référence, tel que repris à la page 121 de la décision attaquée, s'inspire de la liste minimale des éléments qui doivent figurer dans l'offre de référence pour l'accès dégroupé à la boucle locale (*cf.* annexe II de la directive "Accès").

Il n'était donc pas requis que chaque point fasse l'objet d'une analyse détaillée ou d'une justification précise. Au demeurant, le contenu imposé par l'IBPT n'est pas déraisonnable et constitue le minimum de ce qui est nécessaire pour conclure une convention (détail de l'offre, modalités techniques de l'accès, procédure de commande, conditions d'accès aux systèmes d'assistance, délais de réponse, garantie de qualité et prix).

Le moyen n'est pas fondé.

c. Sur le processus d'approbation et de modification de l'offre de référence

47. Belgacom reproche à ce processus:

- son caractère annuel: il s'agit d'une atteinte au pouvoir du régulateur de modifier l'offre à tout moment, ce qui est contraire au cadre réglementaire;

- l'obligation de motivation: aucune disposition légale ne permet en effet à l'IBPT d'imposer pareille obligation;

- l'approbation préalable par l'IBPT: cette approbation est certes prévue par l'article 59 § 5 de la loi du 13 juin 2005 mais pas par le cadre communautaire et est ainsi contraire à l'article 9.2. de la directive "Accès" qui habilite l'autorité nationale à imposer des modifications aux offres de référence. Il faut donc écarter cette obligation d'approbation;

- la possibilité pour un bénéficiaire de proposer des modifications de l'offre: cette possibilité n'est prévue par aucune disposition nationale ou communautaire. Elle méconnaît l'objectif poursuivi par la réglementation, à savoir l'instauration d'une concurrence durable et la priorité consacrée à la négociation des contrats directement par les opérateurs

(art. 3 de la directive “Accès” et 3 et 6 de la loi du 13 juin 2005).

48. L'article 9.2. de la directive “Accès” dispose que l'autorité réglementaire nationale est habilitée, entre autres, à imposer des modifications aux offres de référence, afin de donner effet aux obligations imposées au titre de cette directive. L'article 59 de la loi du 13 juin 2005 ne prévoit aucune période de validité de cette offre de référence ni aucun calendrier précis pour son approbation.

Il s'en déduit que l'IBPT peut imposer, en tout temps, des modifications à l'offre de référence si les circonstances l'exigent. Par ailleurs, en termes de plaidoiries, l'IBPT a reconnu lui-même que Belgacom était recevable à solliciter auprès de lui des modifications de cette offre à son profit.

Dès lors, l'obligation de publier chaque année une nouvelle offre de référence, valable pour un an, ne repose sur aucun fondement légal. En tout état de cause, elle est disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi. En revanche, comme l'accepte expressément Belgacom, cette offre de référence devra être tenue à jour en permanence, soit à son initiative soit sur injonction de l'IBPT.

49. Il se déduit de ce qui précède que l'obligation imposée à Belgacom de motiver les modifications apportées à la nouvelle offre annuelle de référence par rapport à la précédente est devenue sans objet.

Par contre, si Belgacom devait, dans le cadre de la mise à jour, solliciter des modifications à son profit de l'offre de référence en vigueur, il lui appartiendra de motiver celle-ci. En effet, pour satisfaire aux obligations de transparence et de non-discrimination, il appartient à Belgacom d'expliquer pourquoi une modification à l'offre de référence s'impose.

50. L'article 9.2. de la directive “Accès” donne la compétence aux ARN d'imposer de publier une offre de référence et d'imposer des modifications à celles-ci. Le paragraphe 3 laisse le soin aux ARN de préciser les informations à fournir, le niveau de détail requis et le mode de publication.

L'article 59 § 5 de la loi du 13 juin 2005 dispose quant à lui que toute offre de référence est, préalablement à sa publication, approuvée par l'IBPT.

La directive ajoute que l'offre de référence doit être suffisamment détaillée pour garantir que les entreprises ne sont pas tenues de payer pour des ressources qui ne sont pas nécessaires pour le service demandé et qu'elle doit comprendre une description des offres pertinentes réparties en divers éléments selon les besoins du marché, accompagnée des modalités et conditions correspondantes, y compris les prix.

Il ne se déduit pas de la directive que le législateur national ne pourrait pas imposer une approbation préalable de l'offre de référence avant sa publication. Celle-ci répond à un besoin de sécurité juridique et conforte le pouvoir de contrôle et d'injonction de l'IBPT.

Par ailleurs, il n'est pas incompatible de prévoir, d'une part, qu'une offre de référence doit être approuvée par l'ARN et, d'autre part, que celle-ci puisse, en tout temps, imposer des modifications. Le fait d'approuver une offre à une époque déterminée n'implique pas son immutabilité, étant entendu qu'il appartiendra à l'IBPT de motiver à chaque fois les modifications qu'il entend imposer.

Il n'y a donc pas lieu d'écarter l'article 59 § 5 de la loi du 13 juin 2005.

51. En revanche, aucune disposition communautaire ou nationale ne prévoit l'intervention directe des bénéficiaires de l'offre de référence dans les relations entre l'opérateur puissant et l'ARN.

Le pouvoir de l'IBPT n'est qu'un pouvoir de contrôle et d'injonction, mais pas de substitution. L'IBPT peut imposer à Belgacom de modifier son offre de référence mais n'a pas compétence pour s'immiscer dans les rapports contractuels entre parties. Si Belgacom ne respecte pas les injonctions de l'IBPT, ce dernier peut, après une mise en demeure, lui infliger une amende, en exécution de l'article 21 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges. Il s'en déduit qu'une décision de l'IBPT sur une offre de référence ne modifie pas celle-ci, et partant le contrat qui est conclu entre les opérateurs sur la base de celle-ci.

Il ne peut donc être admis que les bénéficiaires puissent compléter et corriger l'offre de référence et que de telles modifications soient considérées comme apportées par Belgacom elle-même.

Certes, les bénéficiaires peuvent suggérer des modifications, à l'occasion de la consultation du marché, mais l'IBPT doit rester seul compétent en la matière.

Le recours est fondé sur ce point.

d. Sur l'obligation de communication des accords d'accès et d'interconnexion

52. Belgacom soutient que la directive “Accès” ne prévoit pas d'obligation de communiquer tout accord d'accès ou d'interconnexion conclu entre Belgacom et un opérateur. En permettant l'intervention de l'IBPT dans les contrats, notamment en ordonnant la modification de tout accord, le législateur a violé l'article 3.1. de la directive “Accès” qui interdit les restrictions à la négociation entre les entreprises.

53. L'IBPT s'est fondé sur l'article 53 de la loi du 13 juin 2005 pour imposer à Belgacom de lui communiquer, dans les 10 jours de leur signature, tous ses contrats d'accès et d'interconnexion avec les opérateurs alternatifs.

Cette obligation s'inscrit dans le cadre de l'obligation de non-discrimination qui pèse sur Belgacom et du pouvoir de contrôle des ARN qui doivent disposer de tous les renseignements utiles pour pouvoir l'exercer.

Le fait pour une ARN d'être en possession de tous les accords d'accès et d'interconnexion ne constitue pas une entrave à la libre négociation entre les différents opérateurs.

L'article 53 de la loi du 13 juin 2005 n'est donc pas contraire à la directive "Accès".

54. Dans la décision attaquée, l'IBPT s'est réservé le droit, conformément à l'article 57 de la loi du 13 juin 2005, d'imposer la modification des accords d'accès déjà conclus.

S'il est exact qu'une décision de l'IBPT ne peut avoir pour effet de modifier un contrat conclu entre deux opérateurs, rien n'empêche l'IBPT, dans le cadre de son pouvoir général de contrôle du respect de la loi du 13 juin 2005, de constater qu'une convention conclue par Belgacom viole le cadre réglementaire ou que les obligations visées aux articles 58 à 65 de la loi qu'il aurait imposées à Belgacom n'ont pas été respectées et de la mettre ensuite en demeure de remédier à ces infractions, conformément à l'article 21 de la loi "statut" du 17 janvier 2003. Un de ces remèdes peut consister dans l'obligation pour Belgacom de modifier un contrat préalablement conclu.

Interprété comme tel, l'article 57 de la loi du 13 juin 2005, ne constitue pas une restriction à la liberté des entreprises de négocier des accords, d'autant plus que l'article 3.1. de la directive "Accès" dispose que lesdits accords doivent être conformes à la législation communautaire, ce que l'IBPT a le devoir de contrôler.

Moyennant cette précision, le recours n'est pas fondé sur ce point.

e. Sur l'obligation de publier les modifications techniques mises à la disposition des opérateurs alternatifs

55. La décision prévoit que *toute information et spécification que Belgacom met à la disposition des opérateurs en vue de permettre la conclusion ou la modification d'un accord contient également, le cas échéant, les modifications qu'il prévoit d'y apporter dans les douze mois suivants.*

Belgacom considère que cette obligation n'est prévue par aucune disposition, de sorte que l'IBPT excède manifestement ses pouvoirs en l'imposant.

En outre, il s'agit d'une atteinte à la liberté commerciale de Belgacom, consacrée par l'article 3 de la loi du 13 juin 2005, et aux objectifs du cadre réglementaire énoncés à l'article 8 de la directive "Cadre" et aux articles 6 et 8 de la loi du 13 juin 2005.

56. Dans la mesure où, comme l'IBPT le précise (*cf.* p. 83 de ses conclusions, dernier al.) cette disposition ne concerne que les modifications certaines, c'est-à-dire celles qui ont déjà été analysées, justifiées et arrêtées par Belgacom, rien n'empêche qu'elles soient communiquées aux opérateurs alternatifs dans un souci de transparence.

Sans être contredit sur ce point, l'IBPT précise en outre qu'une telle obligation figure déjà dans l'offre BRIO de Belgacom.

Dès lors qu'il y a lieu de favoriser la négociation entre les entreprises, il convient que celles-ci soient le plus rapidement possible en possession de toutes les informations utiles.

Comme Belgacom est soumise à une obligation de transparence, on n'aperçoit pas en quoi l'obligation de publier les modifications techniques en les mettant à la disposition des opérateurs alternatifs porterait atteinte à la liberté du commerce, empêcherait la fourniture de réseaux et de services de communications électroniques, ne promouvrait pas la concurrence ou ne serait pas dans l'intérêt des utilisateurs.

La décision sur ce point n'est donc pas critiquable.

f. Sur l'obligation de publier des indicateurs sur la qualité des services

57. L'article 59 § 1^{er} de la loi du 13 juin 2005 dispose que l'IBPT peut définir les obligations de transparence concernant l'accès, en vertu desquelles les opérateurs doivent rendre publiques certaines informations définies par lui.

Sur la base de cette disposition légale, l'IBPT a décidé d'imposer à Belgacom *la publication d'indicateurs sur la qualité de service (kpi ou key performance indicators, dont l'imposition est discutée dans les sections 5.2.4.5. et 5.2.5.4. du document "Revised Remedies in the ECNS regulatory framework")*.

Pour Belgacom, il ne s'agit pas d'une obligation qui permet par elle-même de favoriser la concurrence ou le respect des autres objectifs de l'article 8 de la directive "Cadre" et des articles 6 à 8 de la loi du 13 juin 2005. Ce n'est donc pas une obligation qui peut être imposée *ex ante*.

Enfin, Belgacom critique la motivation succincte de cette obligation, qui ne permet pas d'en apprécier le caractère proportionnel.

58. L'IBPT ne donne aucune justification des raisons pour lesquelles il estime nécessaire d'imposer à Belgacom de publier des indicateurs de performance.

Certes, il est toujours possible pour un opérateur puissant de ne pas respecter son obligation de non-discrimination en offrant des services de qualité moindre, mettant ainsi les opérateurs alternatifs en difficulté vis-à-vis de leur propre clientèle, mais encore faut-il, en l'espèce, justifier pourquoi, outre une obligation générale d'offrir des services de qualité, il y a lieu, pour cet opérateur, de mettre au point une procédure publique de contrôle de la qualité.

Par ailleurs, la décision est particulièrement laconique sur ce point puisqu'elle ne donne aucun détail sur ce qu'il y a lieu de publier, les modalités, la périodicité et les destinataires de cette publication. L'IBPT ne s'est par ailleurs pas penché sur

la proportionnalité de cette mesure qui risque d'engendrer des coûts importants pour Belgacom.

La décision n'est donc pas valablement motivée sur ce point.

(...)

V. Dispositif

Pour ces motifs, la cour,

1. Dit la requête en réouverture des débats non fondée.
2. Dit le recours fondé dans la mesure ci-après:

Annule la décision attaquée en ce qu'elle:

- impose à Belgacom de fournir chaque année un projet d'offre de référence et de motiver les modifications apportées à l'offre de l'année précédente (cf. p. 122);

– prévoit que les bénéficiaires de l'offre de référence puissent compléter et corriger celle-ci et que dans ce cas les modifications en question sont considérées comme apportées par Belgacom (cf. p. 122);

– impose la publication d'indicateurs sur la qualité des services (cf. p. 123).

Pour le surplus, déboute Belgacom de son recours.

3. Met les 3/4 des dépens d'appel à charge de Belgacom et le 1/4 restant à charge de l'IBPT.

Ces dépens s'élèvent à 186 EUR + 485,88 EUR pour elle, à 485,88 EUR pour l'IBPT et à 485,88 EUR pour Tele2 et Versatel.

(...)

Noot

Marktregulering in de telecommunicatiesector: hof van beroep verfiint institutionele en procedurele aspecten

Peggy Valcke en David Stevens¹

CONTEXT

In het voorliggende geschil werd het hof van beroep gevraagd zich uit te spreken over de legaliteit van het besluit van de Raad van het BIPT van 19 juni 2006 *betreffende de definitie van de markten, de analyse van de concurrentievoorwaarden, de identificatie van de operatoren met een sterke machtspositie en de bepaling van de gepaste verplichtingen voor de retailmarkten van de cluster "toegang", geselecteerd in de aanbeveling van de Europese Commissie van 11 februari 2003² (...)*. Zoals de titel ervan aangeeft, gaat het om een besluit over de marktordening in de telecommunicatiesector, waartegen op grond van artikel 2 van de wet van 17 januari 2003 *betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector*³ beroep kan worden ingesteld bij het hof van beroep te Brus-

sel, rechtsprekend zoals in kort geding⁴. Het aangevochten besluit had onder meer tot doel Belgacom aan te merken als operator met aanmerkelijke marktmacht op de genoemde markten en de gepaste verplichtingen op te leggen met het oog op een eerlijke en vrije mededinging. Zo bestendigt het besluit de bestaande verplichtingen voor Belgacom om aan zijn concurrenten een aanbod te richten op het vlak van de operatorkeuze en operatorvoorkeuze (de zogenaamde *carrier select* (CS) en *carrier preselect* (CPS)), de plicht tot non-discriminatie, de verplichting om een gescheiden boekhouding te voeren en de verplichtingen inzake prijscontrole en kostentoekening⁵. Het besluit maakte in de sector echter vooral ophef door de verplichting om abonnementen door te verkopen aan concurrenten (de zogenaamde *wholesale line rental*, WLR). Onder meer omwille van die nieuwe verplichting (die concurrenten in staat zou stellen aan hun klanten

¹ Peggy Valcke en David Stevens zijn onderzoekers media- en communicatierecht van het ICRI-K.U.Leuven-IBBT (www.icri.be). Daarnaast zijn de auteurs docent mediarecht K.U.Brussel en K.U.Leuven en lid van de Vlaamse Regulator voor de Media, respectievelijk voorzitter van het Raadgevend Comité voor de Telecommunicatie (www.rct-cct.be) en van de sectorraad Media van de Strategische AdviesRaad voor Cultuur, Jeugd, Sport en Media (www.sarc.be). Deze bijdrage is geschreven in persoonlijke naam en werd afgesloten vooraleer de eerste co-auteur benoemd werd tot deeltijds lid van de Belgische Raad voor de Mededinging.

² Tekst integraal beschikbaar op: <http://www.bipt.be/GetDocument.aspx?forObjectID=1998&lang=nl>.

³ B.S. 24 januari 2003 (3^{de} ed.), gewijzigd door Programmawet 22 december, B.S. 31 december 2003 (1^{ste} ed.) en door wet 6 juli 2005 betreffende sommige juridische bepalingen inzake elektronische communicatie, B.S. 11 augustus 2005.

⁴ Het beroep tegen administratiefrechtelijke beslissingen van het BIPT (bv. in personeelszaken) blijft immers toegewezen aan de Raad van State. Zie: Arbitragehof nr. 131/2004, 14 juli 2004, B.S. 31 augustus 2004 (1^{ste} ed.).

⁵ Verplichtingen die werden opgelegd op grond van het oude wettelijke kader (wet 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven). Op grond van art. 162 WEC bleven deze verplichtingen van kracht tot de eerste marktanalyse zou zijn afgerond.

een aanbod te formuleren zonder dat zij voor hun basisabonnement nog een contractuele relatie met Belgacom zouden moeten onderhouden) verzette Belgacom zich hevig tegen

dit besluit⁶, dat overeenkomstig de geldende procedure⁷ ook aan de Europese Commissie werd voorgelegd. De Europese Commissie formuleerde geen opmerkingen bij het ontwerp⁸.

BEVOEGDHEIDSVERDELING

In zijn argumentatie haalde Belgacom onder meer aan dat het BIPT niet bevoegd zou zijn geweest om dergelijk besluit aan te nemen, daarbij verwijzend naar de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, die luidde: *“De aan de radio-omroep en de televisie, enerzijds, en de telecommunicatie, anderzijds, gemeenschappelijke elektronische transmissie-infrastructuur en -diensten moeten in samenwerking tussen de federale Staat en de gemeenschappen worden geregeld, teneinde te bewerkstelligen dat die overheden hun respectieve normen op elkaar afstemmen en om te vermijden dat die infrastructuur en die diensten aan tegenstrijdige bepalingen worden onderworpen.”*⁹. Terwijl het Grondwettelijk Hof bij zijn beoordeling lijkt uit te gaan van een zeer uitgebreide verplichting tot samenwerking (met name: in alle gevallen waar het risico bestaat dat bepaalde infrastructuren en/of diensten aan tegenstrijdige verplichtingen zouden worden onderworpen), houdt het hof van beroep er kennelijk een veel restrictievere interpretatie op na. Het hof stelt immers dat dit besluit van het BIPT enkel betrekking heeft op een aantal telecommunicatiediensten en geen impact zou hebben op de netwerken waarover deze (en ook eventuele omroepdiensten) zouden worden geleverd. Verder zou het volgens het hof technologisch niet mogelijk zijn omroepdiensten over dat netwerk te leveren bij gebrek aan bandbreedte (zie vooral randnr. 9) en zou Belgacom niet aantonen op welke punten een samenwerking tussen overheden zou zijn vereist om tegenstrijdige beslissingen te vermijden.

Op dit punt lijkt het hof uit te gaan van een al te restrictieve interpretatie van het omroepbegrip zoals door het Grondwettelijk Hof gedefinieerd¹⁰. Zo is onder meer duidelijk dat in ons land niet alleen lineaire diensten (dus: een continue stroom van informatie, klanken en/of beelden) als omroep worden beschouwd, maar ook diensten op aanvraag. De huidige functionele omschrijving van het omroepbegrip¹¹ heeft net als gevolg dat de wijze van doorgifte van de signalen (*i.e.* transmissie, en dus ook de ter beschikking staande bandbreedte) volstrekt irrelevant is geworden. Om een voorbeeld te geven: radio over een GSM-netwerk is een omroepdienst, waardoor het gebruikte netwerk als een omroepnetwerk moet worden beschouwd... Wanneer het hof zou zijn uitgegaan van een correctere interpretatie van het (erg ruime) omroepbegrip, had het allicht ook niet tot de verbazende conclusie kunnen komen dat over het vaste telefoonnetwerk van Belgacom geen omroepdiensten (kunnen) worden aangeboden. Het hof maakt overigens ook een bizarre (of minstens onduidelijke) abstractie van de realiteit door te stellen dat het ter discussie staande besluit van het BIPT enkel betrekking heeft op een aantal diensten en geen impact heeft op de netwerken om die te leveren (zie randnr. 7, 8 en 9). Dienst en netwerk lijken ons veeleer intrinsiek met elkaar verbonden nu volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof de dienst wordt gebruikt als criterium om het netwerk te kwalificeren...

⁶ Volgens de informatie beschikbaar op de website van het BIPT zou Belgacom een cassatieverzoek hebben ingediend tegen het hierin besproken arrest van het hof van beroep.

⁷ Zie de art. 50 t.e.m. 65 wet 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie (kort: WEC), *B.S.* 20 juni 2005 (2^{de} ed.), intussen reeds meermaals gewijzigd. Deze bepalingen vormen in grote lijnen de omzetting van de art. 14 t.e.m. 16 van richtlijn Europees Parlement en Raad nr. 2002/21/EG, 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn), *P.B.* L. 24 april 2002, afl. 108, 33, van de art. 8 t.e.m. 13 van richtlijn Europees Parlement en Raad nr. 2002/19/EG, 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (Toegangsrichtlijn), *P.B.* L. 24 april 2002, afl. 108, 7 en van de art. 16 t.e.m. 19 van richtlijn Europees Parlement en Raad nr. 2002/22/EG, 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische communicatienetwerken en -diensten (Universeledienstrichtlijn), *P.B.* L. 24 april 2002, afl. 108, 55.

⁸ <http://www.bipt.be/GetDocument.aspx?forObjectID=1995&lang=en>.

⁹ Overweging B.4., Arbitragehof nr. 163/2006, 8 november 2006, *B.S.* 19 maart 2007, *T.B.H.* 2007/3, 227-232, noot D. STEVENS en P. VALCKE, “Verplichte samenwerking in de elektronische communicatiesector: wat baten kaars en bril...”.

¹⁰ Het hof formuleerde een vergelijkbare restrictieve visie overigens reeds in zijn arrest van 11 mei 2007, A.R. 2004/3048, 10, <http://www.bipt.be/GetDocument.aspx?forObjectID=2349&lang=nl>, waartegen Belgacom naar verluidt eveneens een cassatieverzoek indiende.

¹¹ Arbitragehof nr. 132/2004, 14 juli 2004, B.10.1. en B.10.2.: *“De radio-omroep, die de televisie omvat, kan van de andere vormen van telecommunicatie worden onderscheiden doordat een radio-omroepprogramma openbare informatie verspreidt en vanuit het oogpunt van degene die uitzendt, bestemd is voor het publiek in het algemeen of voor een deel ervan en geen vertrouwelijk karakter heeft. Diensten die geïndividualiseerde en door een vorm van vertrouwelijkheid gekenmerkte informatie leveren, vallen daarentegen niet onder de radio-omroep en behoren tot de bevoegdheid van de federale wetgever. Doorschakelend voor radio-omroep en televisie is het terbeschikkingstellen van openbare informatie voor het publiek in het algemeen. In een evolutieve interpretatie van het omroepbegrip omvat dit ook het uitzenden op individueel verzoek. Omroepactiviteiten verliezen niet hun aard omdat met de evolutie van de techniek aan de kijker of luisteraar een ruimere mogelijkheid van eigen keuze wordt geboden.”* Deze definitie bouwt verder aan de omschrijving zoals door het Grondwettelijk Hof gegeven in zijn arrest van 6 november 2002 (nr. 156/2002), die later werd herhaald in het arrest van 22 september 2004 (nr. 155/2004), B.4.1. tot B.4.3.

ADVIESBEVOEGDHEID RAAD MEDEDINGING

Het arrest is verder interessant omdat het zich uitspreekt over de draagwijdte van het advies dat de Raad voor de Mededinging kan geven bij het opleggen van verplichtingen aan operatoren met een sterke machtspositie. De juridische grondslag voor dit advies is artikel 55 WEC, dat twee verschillende regimes vooropstelt. Artikel 55 § 4 bevat de algemene regel dat het BIPT voor zijn beslissingen in het kader van marktanalyses overleg dient te plegen met de Raad voor de Mededinging. Wanneer het BIPT een aantal bijzondere, meer ingrijpende maatregelen wil opleggen (bv. op het vlak van prijscontrole), dient de Raad voor de Mededinging luidens artikel 55 § 5 een bindend advies uit te brengen *met betrekking tot de vraag of de beslissingen van het Instituut in overeenstemming zijn met de door het mededingingsrecht beoogde doelstellingen*. De invulling die de Raad voor de Mededinging aan deze bepalingen gaf in zijn eerste adviezen, strookte niet met de interpretatie door het BIPT (zoals weerspiegeld in het advies dat het BIPT daarover inwon bij Prof. D. Geradin¹²). Belgacom greep deze onduidelijkheid aan en argumenteerde voor het hof dat het besluit van het BIPT onwettig was vermits het advies van de Raad voor de Mededinging (waarin de Raad stelde dat de motivering van de opgelegde verplichtingen ontbrak en zich het recht voorbehield om na aanpassing een nieuw, bindend advies te formuleren) onvoldoende was gevolgd. Het hof treedt deze zienswijze echter niet bij en stelt onder meer dat de Raad voor de Mededinging geen bindende adviezen kan verstrekken over de marktdefinitie, of over het opleggen van een “orthodoxe” methodologie om de proportionaliteit van de verplichtingen te beoordelen (zie randnrs. 30 t.e.m. 32). Ook de motivering van de opgelegde maatregelen valt niet onder het bindende karakter van het advies. Aangezien de Raad zich in zijn advies niet heeft uitgesproken over de conformiteit van de opgelegde verplichtingen met de doelstellingen van het mededingingsrecht, was het BIPT bij het nemen van zijn besluit niet gebonden door enig bindend karakter van het advies van de Raad voor de Mededinging¹³.

De interpretatie van het hof van beroep ligt in de lijn van het hogervermelde advies dat Prof. D. Geradin opstelde in

opdracht van het BIPT. De termen waarin artikel 55 WEC geredigeerd is, lijken te bevestigen dat het BIPT als toezichthoudende overheid exclusief bevoegd blijft voor het nemen van de nodige (sectorspecifieke) beslissingen en wijzen op een eerder beperkte adviesbevoegdheid van de Raad voor de Mededinging. Slechts voor een aantal specifieke remedies wordt verwezen naar het bindend advies¹⁴, dat luidens artikel 55 § 5 betrekking moet hebben op de vraag of de vooropgestelde maatregel in overeenstemming is met *de doelstellingen* (eigen cursivering) van het mededingingsrecht. Vermits het BIPT bij het nemen van zijn beslissingen ook andere doelstellingen dient na te streven, zoals de bescherming van gebruikers of het nastreven van een interne markt voor elektronische communicatiediensten en -netwerken, zou het in theorie dus zelfs kunnen afwijken van een advies waarin de Raad vaststelt dat de opgelegde verplichting niet in overeenstemming is met het mededingingsrecht (denk aan het geval van een maatregel met een negatieve impact op de mededinging op langere termijn, die evenwel verantwoord zou worden op grond van de noodzaak om de consument te beschermen op korte termijn). Toch zal het onderscheid in de praktijk vaak moeilijk te maken zijn. Het mededingingsrecht houdt immers evenzeer de consument voor ogen en is uiteindelijk gericht op het verhogen van de consumentenwelvaart.

Ook de lijn tussen remedies enerzijds en marktdefinitie en -analyse anderzijds zal – gezien de nauwe samenhang tussen de drie stappen in het analyseproces – niet steeds eenvoudig te trekken zijn. De voorgestelde verplichting beoogt namelijk een marktfalen te remediëren dat al dan niet vastgesteld wordt in functie van de wijze waarop de markt wordt afgebakend en de marktmacht van partijen wordt gemeten. Tot slot komt de opsplitsing tussen de toetsing van de remedies zelf (aan de doelstellingen van het mededingingsrecht, waarvoor de Raad wel bevoegd is) en de beoordeling van de motivering van die remedies (en bijgevolg toetsing aan algemene rechtsprincipes zoals het evenredigheidsbeginsel, waarvoor de Raad volgens het Hof niet bevoegd is) enigszins artificieel over en dreigt ze mogelijks te ontaarden in oeverloze discussies over het geslacht der engelen¹⁵.

¹² Te raadplegen op de website van het BIPT: <http://www.bipt.be/GetDocument.aspx?forObjectID=1985&lang=fr>.

¹³ Het statuut van het advies van de Raad is dus in zekere zin vergelijkbaar met dat van de Commissiebrieven in de procedure op grond van art. 7 Kaderrichtlijn, waarover het Gerecht van Eerste Aanleg in zijn beschikking van 12 december 2007 oordeelde dat het niet voor beroep vatbare handelingen zijn aangezien zij geen directe juridische gevolgen creëren voor de betrokken ondernemingen en het enkel aan de nationale regelgevende instantie toekomt om de ontwerpmaatregel goed te keuren en de inhoud ervan te bepalen (Ger. EG T-109/06, *Vodafone España en Vodafone Group/Commissie*, PB. C. 23 februari 2008, afl. 51, 42).

¹⁴ Meer bepaald prijscontrole op groothandelsmarkten (art. 62 § 1, 2^o lid) en remedies op kleinhandelsmarkten (art. 64), met andere woorden remedies met de grootste impact op de handelsvrijheid van partijen (wat ongetwijfeld de reden is waarom de wetgever in deze gevallen een bindend advies voorschrijft). Voor de andere remedies (art. 58-63) en de andere onderdelen van het analyseproces (marktdefinitie en aanduiden van één of meer operatoren met sterke machtspositie; art. 55 § 1-3) wordt naar het niet-bindend advies van art. 55 § 4 verwezen.

¹⁵ Zie voor gelijkaardige kanttekeningen bij de discussie over de draagwijdte van de adviesbevoegdheid van de Raad voor de Mededinging: P. VALCKE, “De rol van de Raad voor de Mededinging in de telecommunicatiesector”, in J. STUYCK, W. DEVROE en P. WYTINCK (eds.), *De Nieuwe Belgische Mededingingswet 2006*, Kluwer, 2007, 193-195.

BIJSTURINGEN PROCEDURE MARKTDEFINITIE EN -ANALYSE

Het arrest is voor de telecommunicatiejurist verder relevant omdat het hof – voortbordurend op een hele reeks eerdere uitspraken¹⁶ – enkele verdere bakens uitzet op het vlak van de toepassing van de bepalingen over marktdefinitie, marktanalyses en het opleggen van verplichtingen aan operatoren met een sterke machtspositie op de markt. Het bestreden besluit van het BIPT wordt teniet gedaan op drie vlakken, namelijk: 1° voor zover het Belgacom verplicht om jaarlijks een ontwerp van nieuw referentieaanbod ter beschikking te stellen en de wijzigingen ten opzichte van de vorige versie te motiveren (zie randnrs. 47 t.e.m. 50); 2° voor zover het de begunstigden van het referentieaanbod de mogelijkheid geeft om het aan te vullen en te verbeteren en voor zover deze wijzigingen zouden worden beschouwd als aangebracht door Belgacom (zie randnr. 51); 3° voor zover het de publicatie oplegt van een aantal kwaliteitsindicatoren van de geleverde dienstverlening (zie randnrs. 57 en 58).

Op dit laatste punt oordeelde het hof dat het ging om een gebrekkige motivering van het besluit¹⁷. Intussen heeft het BIPT overigens nieuwe initiatieven genomen om de bestaande besluiten voor de verschillende markten op dit vlak aan te vullen¹⁸. Momenteel wordt overigens ook gewerkt aan een vergelijkbare verplichting die op grond van artikel 113 WEC van toepassing zal zijn op alle aanbieders van vaste¹⁹ en mobiele²⁰ communicatiediensten.

De verplichting om jaarlijks een referentieaanbod te publice- ren wordt door het hof van beroep beoordeeld in het licht van artikel 9.2. van de Toegangsrichtlijn²¹, dat stelt dat de nationale regulator gemachtigd moet zijn om wanneer de omstandigheden het vereisen, wijzigingen aan het referentieaanbod op te leggen. Het hof is van oordeel dat voor deze verplich-

ting geen rechtsgrond kan worden gevonden in de Europese richtlijnen, noch in de bepalingen inzake transparantie van de WEC²². Het hof voegt hier overigens aan toe dat zelfs voor zover er een rechtsgrond voor zou bestaan, deze maatregel disproportioneel zou zijn ten opzichte van zijn doel, aangezien Belgacom sowieso verplicht is zijn referentieaanbod *up-to-date* te houden. Hoewel dat laatste uiteraard belangrijk is, moet toch worden opgemerkt dat het jaarlijks karakter van de referentieaanbiedingen een zekere werkbaarheid en zinvolle transparantie op de markt teweeg bracht. In zekere zin verschuift door het wegvallen van de jaarlijkse houdbaarheidsdatum de bewijslast van het feit dat het referentieaanbod niet meer in overeenstemming is met de huidige technologische of economische realiteit van de machtige operator naar de regulator, met ongetwijfeld alle gevolgen van dien.

Ten slotte stelt het hof van beroep paal en perk aan de mogelijke tussenkomst van de begunstigden van het referentieaanbod naar aanleiding van een herziening, door te stellen dat hiervoor geen Europese of nationale grondslag voorhanden is. Ter zake stelt het hof dat de bevoegdheid van het BIPT een toezichthoudende en objectieve bevoegdheid is²³ en dat het BIPT zich niet in de plaats kan stellen van de betrokken operator. Het BIPT kan dus wel Belgacom verplichten om zijn aanbod aan te passen, maar kan zich niet mengen in de contractuele verhoudingen tussen de partijen. Een besluit van het BIPT over een referentieaanbod wijzigt dus niet het aanbod op zich, en bijgevolg ook niet de contractuele afspraken die op basis daarvan tussen de operatoren zijn gemaakt. Interessant is verder te herinneren aan het feit dat het Hof van Justitie verduidelijkte dat zowel de operator die verplicht is om een referentieaanbod te publiceren als de mogelijke afnemers van diensten als

¹⁶ Te vinden op: <http://www.bipt.be/nl/370/ShowTemplate/1486/Rechtszaken/Geschillen.aspx>.

¹⁷ In de beroepsprocedures (zaaknr. A.R. 2006/2756, A.R. 2006/2763, A.R. 2006/2764 en A.R. 2006/2765) tegen de marktanalysebesluiten voor openbare beschikbare telefoondiensten (3-6), diensten voor gespreksopbouw (8), gespreksafgifte (9), doorgiftdiensten (10) (Besluit van de Raad van het BIPT van 11 augustus 2006) en voor afgevend segmenten van huurlijnen op wholesaleniveau (13) (Besluit van de Raad van het BIPT van 17 januari 2007) heeft Belgacom naar verluidt dit argument opnieuw naar voren gebracht.

¹⁸ Besluit van de Raad van het BIPT van 27 februari 2008 ter aanvulling van de besluiten met betrekking tot de analyse van markten 1, 2, 8, 9 en 10 (nummering van de aanbeveling van 2003) wat betreft de indicatoren inzake kwaliteit van dienstverlening (KPI – key performance indicators), <http://www.bipt.be/GetDocument.aspx?forObjectID=2761&lang=nl>.

¹⁹ Ontwerpbesluit van de Raad van het BIPT van 30 oktober betreffende de indicatoren in verband met de kwaliteit van de elektronische communicatiediensten, alsook de inhoud, de vorm en de wijze van publicatie van de inlichtingen, <http://www.bipt.be/GetDocument.aspx?forObjectID=2582&lang=nl>.

²⁰ Ontwerpbesluit van de Raad van het BIPT van 18 december 2007 betreffende de indicatoren in verband met de kwaliteit van de elektronische communicatiediensten, alsook de inhoud, de vorm en de wijze van publicatie van de inlichtingen – geval van de mobiele operatoren, <http://www.bipt.be/GetDocument.aspx?forObjectID=2595&lang=nl>.

²¹ Zie voetnoot 35.

²² Art. 59 WEC.

²³ In lijn met eerdere uitspraken over het juridisch statuut van de referentieaanbiedingen dat het om juridische verbintenissen met een zuiver individuele strekking gaat in die zin dat ze slechts een verplichting vormen die enkel op de bestemming ervan weegt (een operator met sterke machtspositie), en niet op een andere operator, zelfs wanneer die een handelsbetrekking heeft met de operator met sterke machtspositie (Brussel 9 december 2005, A.R. 2004/174, p. 23, nr. 26: <http://www.bipt.be/GetDocument.aspx?forObjectID=1975&lang=nl>) en dat de goedkeuring door het BIPT van een referentieaanbod niet meer is dan een formaliteit die geen voorwaarde vormt voor de geldigheid ervan (Brussel 15 juni 2006, A.R. 2004/2657, p. 15, nr. 15 *in fine*: <http://www.bipt.be/GetDocument.aspx?forObjectID=1989&lang=nl>). In diezelfde arresten gaf het hof ook zijn visie weer dat de referentieaanbiedingen inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk van permanente aard zijn, maar dat zij te allen tijde kunnen worden gecontroleerd door het BIPT.

“belanghebbenden” moeten worden beschouwd in de zin van artikel 4 Kaderrichtlijn en dus beroep kunnen instellen tegen de marktanalysebeslissing van de nationale regulator²⁴.

BAAT?

Het valt te hopen dat de restrictieve interpretaties van het hof van beroep op het vlak van de bevoegdheidsverdeling de betrokken overheden (federale overheid en de gemeenschappen) niet zullen ontmoedigen om in de schoot van de pas in werking getreden Conferentie van regulatoren voor de elektronische communicatie²⁵ (CRC) te komen tot de echte samenwerking die voor de evolutie naar een competitieve en dynamische informatie- en communicatiemaatschappij zo

belangrijk is. Een zelfde redenering zou *mutatis mutandis* van toepassing kunnen zijn wat de samenwerking tussen het BIPT en de Raad voor de Mededinging betreft. Ten slotte zou men ze ook kunnen doortrekken naar de verhouding tussen het BIPT en de sterke operatoren op een bepaalde markt: het is tijd om de loopgraven te verlaten en open gesprekken aan te gaan. Of met een kwinkslag naar onze eerdere noot²⁶: wat baten kaars en bril als den uil niet zienen wil?

²⁴ H.v.J. 21 februari 2008, C-426/05, *Tele2 Telecommunication*, PB. C. 12 april 2008, afl. 92, 3. Op dit punt, zie eveneens de conclusie van de advocaat-generaal in de zaak *Arcor* (nr. C-55/06).

²⁵ Samenwerkingsakkoord betreffende het wederzijds consulteren bij het opstellen van regelgeving inzake elektronische communicatienetwerken, het uitwisselen van informatie en de uitoefening van de bevoegdheden met betrekking tot elektronische communicatienetwerken door de regulerende instanties bevoegd voor telecommunicatie of radio-omroep en televisie, B.S. 28 december 2006 (3^{de} ed.), bekrachtigd door art. 158 wet 27 december 2006 houdende diverse bepalingen (II), B.S. 28 december 2006 (3^{de} ed.), door Decr. VI. 4 mei 2007, B.S. 2 juli 2007, door Decr. D. 25 juni 2007, B.S. 6 augustus 2007 en door Decr. Fr. 2 juli 2007, B.S. 19 september 2007. Luidens art. 11 trad het samenwerkingsakkoord in werking “nadat het werd goedgekeurd door de federale Wetgevende Kamers en de Gemeenschappen”, i.c. op 19 september 2007 vermits het decreet van de Franse gemeenschap luidens zijn art. 2 in werking treedt “*le jour de la publication au Moniteur belge du dernier des actes d’assentiment des parties contractantes*”.

²⁶ T.B.H. 2007/3, 227-232.