

Note

***Le principe de non-discrimination dans l'accès aux réseaux: une application dépendant des objectifs poursuivis***

*Xavier Taton<sup>1</sup> et Guillaume Croisant<sup>2</sup>*

1. L'arrêt annoté a été prononcé le 11 février 2015 par la Cour de justice de l'Union européenne dans le secteur postal. Il met en évidence les questions délicates qui peuvent se poser dans le cadre de l'application du principe de non-discrimination au sein des industries de réseau<sup>3</sup>. Ce principe reçoit en effet de nombreuses applications dans différentes branches du droit s'appliquant aux industries de réseau, que ce soit dans les législations sectorielles spécifiques à ces industries<sup>4</sup>, en droit de la concurrence<sup>5</sup>, en matière d'aides d'Etat<sup>6</sup>, ou encore en droit constitutionnel<sup>7</sup>.

La présente note n'a pas pour ambition de proposer une ana-

lyse complète de ces questions, mais plutôt de décrire l'affaire qui a mené à cet arrêt (*infra*, point 1.), la décision parallèle qui a été prise vis-à-vis des mêmes faits par le Conseil de la concurrence (*infra*, point 2.), ainsi que d'autres cas récents d'application du principe de non-discrimination dans la jurisprudence belge en matière d'accès aux réseaux d'électricité (*infra*, point 3.) et de communications électroniques (*infra*, point 4.). Cet aperçu de jurisprudence démontrera que l'application du principe de non-discrimination, et en particulier le test de comparabilité qu'il implique, dépend essentiellement des objectifs à poursuivre en l'espèce (*infra*, point 5.).

**1. LES TARIFS CONVENTIONNELS DE BPOST AU REGARD DE LA LÉGISLATION POSTALE**

2. L'affaire ayant mené à l'arrêt annoté de la Cour de justice concerne une modification des tarifs conventionnels de bpost, qui est le prestataire historique des services postaux et le prestataire du service postal universel en Belgique<sup>8</sup>. La législation postale impose que « les tarifs de chacun des ser-

vices faisant partie du service universel » soient « transparents et non discriminatoires »<sup>9</sup>.

Non seulement bpost offre des services de distribution postale au grand public selon un tarif standard, mais elle offre aussi ces services à des expéditeurs d'envois en nombre (ci-après « les expéditeurs ») et à des intermédiaires selon des

<sup>1.</sup> Maître d'enseignement à l'Université Libre de Bruxelles, avocat au barreau de Bruxelles. Les opinions exprimées sont personnelles aux auteurs.

<sup>2.</sup> Assistant à l'Université Libre de Bruxelles, avocat au barreau de Bruxelles.

<sup>3.</sup> On appelle « industries de réseau » des secteurs économiques qui sont caractérisés par la présence d'une ou plusieurs infrastructures importantes dont l'accès est généralement indispensable à la fourniture de services aux consommateurs. Les secteurs des services postaux, de l'électricité et des communications électroniques sont généralement cités comme exemples d'industries de réseau.

<sup>4.</sup> Voy. C. KOENIG, « The Principles of Non-Discrimination and Transparency in Postal Markets with Regard to Abusive Rebate Conditions applied by the Incumbent Universal Service Provider », *ENLR*, 2015/2, pp. 117 et s.

<sup>5.</sup> Voy. G. MONTI, « Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law », *The Competition Law Review*, vol. 4/2, 2008, pp. 123 et s.; F. WICKMANS et S. DE KEER, « Discriminatie en het mededingingsrecht: een korte verkenning », in N. SEGHERS, *L'égalité de traitement dans le monde de l'entreprise*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 35-75.

<sup>6.</sup> En particulier pour l'appréciation de la condition de sélectivité de l'aide publique. Une aide octroyée au moyen de ressources d'Etat ne peut être qualifiée d'aide d'Etat au sens de l'art. 107, 1., du TFUE que si elle présente un caractère sélectif, c'est-à-dire si elle favorise certains produits ou certaines entreprises par rapport à d'autres produits ou entreprises comparables. Voy. A. BIONDI, « State Aid is falling down, falling down: an analysis of the case law on the notion of aid », *C.M.L. Rev.*, 2013, n° 50, pp. 1729-1738, spéc. p. 1730; C.J.U.E., 8 novembre 2011, C-143/99, *Adria-Wien*, spéc. point 41.

<sup>7.</sup> Pour des exemples d'application des art. 10 et 11 de la Constitution en matière d'industries de réseau, voy. C.C., 25 avril 1995, n° 37/95; C.C., 28 mars 2002, n° 59/2002; C.C., 30 juin 2005, n° 113/2005; C.C., 8 juillet 2010, n° 84/2010; C.C., 27 janvier 2011, n° 7/2011; C.C., 20 septembre 2012, n° 111/2012; C.C., 19 décembre 2013, n° 172/2013.

<sup>8.</sup> Le service postal universel comprend notamment la levée, le tri, le transport et la distribution des envois postaux jusqu'à 2 kg, des colis postaux jusqu'à 10 kg, et les services relatifs aux envois recommandés et aux envois à valeur déclarée (art. 3 de la directive n° 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service (*J.O.*, L. 15, 21 janvier 1998, p. 14), tel que modifié par la directive n° 2008/6/CE (*J.O.*, L. 52, 27 février 2008, p. 3); art. 142 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (*M.B.*, 27 mars 1991, p. 6.155), tel que modifié par l'arrêté royal du 9 juin 1999 (*M.B.*, 18 août 1999, p. 30.697)). Le maintien d'un tel service universel a constitué un élément essentiel de la législation postale depuis l'origine du processus de libéralisation de ce secteur (voy. le *Livre vert* de la Commission européenne du 11 juin 1992 sur le développement du marché unique des services postaux (COM/91/476) et la résolution du Conseil du 7 février 1994 sur le développement des services postaux communautaires (*J.O.*, C. 48, 16 février 1994, p. 3)). Bpost a été désignée comme prestataire du service postal universel en Belgique jusqu'au 31 décembre 2018 (art. 2, 13., de la directive n° 97/67/CE; art. 144*octies*, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 21 mars 1991).

<sup>9.</sup> Art. 12, 4<sup>e</sup> et 5<sup>e</sup> tirets, de la directive n° 97/67/CE; art. 144*ter*, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 21 mars 1991.

tarifs conventionnels<sup>10</sup>. Les tarifs conventionnels de bpost prévoient certaines remises, dont des rabais quantitatifs, qui dépendent du volume d'envois postaux, et des rabais opérationnels, qui rétribuent certaines opérations de routage effectuées par les expéditeurs ou les intermédiaires et qui constituent la contrepartie des coûts évités par bpost<sup>11</sup>.

Entre janvier 2010 et juillet 2011, bpost a appliqué un système de tarifs conventionnels, dans lequel les rabais quantitatifs octroyés aux expéditeurs et aux intermédiaires étaient calculés sur la base du volume d'envois de chaque expéditeur (modèle « *per sender* » ou modèle expéditeur). Cela signifiait que les intermédiaires ne pouvaient plus additionner les volumes d'envois de leurs clients expéditeurs pour obtenir des rabais quantitatifs plus importants<sup>12</sup>.

3. L'application de ce modèle expéditeur a conduit l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (ci-après « IBPT ») à ouvrir une procédure d'infraction en mai 2011 à l'encontre de bpost, pour violation des principes de non-discrimination et de transparence tels qu'ils sont consacrés par la législation postale, et en particulier par l'article 12, 4<sup>e</sup> et 5<sup>e</sup> tirets, de la directive n° 97/67/CE et par l'article 144ter, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 21 mars 1991.

Dans sa décision du 20 juillet 2011<sup>13</sup>, l'IBPT a imposé une amende de 2,3 millions d'euros à bpost pour violation de ces principes de non-discrimination et de transparence. L'IBPT a principalement reproché aux rabais quantitatifs de bpost d'être discriminatoires à l'égard des intermédiaires, qui ne

bénéficiaient pas des mêmes rabais que les expéditeurs bien qu'ils déposent les mêmes volumes cumulés d'envois<sup>14</sup>.

4. Tout en mettant fin à son système de rabais quantitatifs par expéditeur, bpost a introduit un recours contre cette amende de l'IBPT devant la cour d'appel de Bruxelles. Par un arrêt du 12 juin 2013<sup>15</sup>, la cour d'appel a annulé la décision de l'IBPT en ce qu'elle avait constaté une violation du principe de transparence<sup>16</sup>, et elle a interrogé la Cour de justice à titre préjudiciel sur la compatibilité du modèle expéditeur avec l'obligation de non-discrimination prévue par l'article 12, 4<sup>e</sup> et 5<sup>e</sup> tirets, de la directive postale<sup>17</sup>.

L'arrêt annoté répond à ces questions préjudicielles. Il constate que le modèle expéditeur introduit une différence de traitement entre les expéditeurs et les intermédiaires, mais que cette différence de traitement ne constituerait une discrimination que si les expéditeurs et les intermédiaires se trouvaient dans une situation comparable<sup>18</sup> au regard de l'objectif légitime qui était poursuivi par bpost en instaurant un régime de rabais quantitatifs<sup>19</sup>. Comme ces rabais ont pour but de stimuler la demande de services postaux, et que seuls les expéditeurs peuvent contribuer à l'augmentation du volume de courrier confié à bpost<sup>20</sup>, la Cour décide que les expéditeurs et les intermédiaires ne se trouvent pas dans une situation comparable, et que le système de rabais quantitatif par expéditeur n'est donc pas discriminatoire<sup>21</sup>.

5. Un premier commentateur a approuvé l'approche téléologique qui a été utilisée dans cet arrêt<sup>22</sup>. A l'inverse,

<sup>10</sup>. Les expéditeurs sont à l'origine des envois postaux. Les intermédiaires (ou routeurs) offrent un ensemble de services aux expéditeurs, qui peuvent consister dans des activités telles que la préparation du courrier, sa collecte, son tri et son dépôt dans le réseau de bpost. Tant les expéditeurs que les intermédiaires sont clients de bpost, qui dispose d'un monopole de fait pour le service de distribution postale. Les tarifs conventionnels que bpost facture aux expéditeurs et aux intermédiaires s'appliquent également à des services postaux qui entrent dans le champ d'application du service postal universel, comme l'envoi de lettres de moins de 2 kg.

<sup>11</sup>. Sous l'empire de la deuxième directive postale n° 2002/39/CE (*J.O.*, L. 176, 5 juillet 2002, p. 21), il était expressément prévu que les « tarifs spéciaux tiennent compte des coûts évités par rapport aux services traditionnels » (art. 12, 5<sup>e</sup> tiret, de la directive n° 97/67/CE avant sa modification par la directive n° 2008/6/CE; art. 144ter, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 21 mars 1991 avant sa modification par la loi du 13 décembre 2010 (*M.B.*, 31 décembre 2010, p. 83.267)).

<sup>12</sup>. Le modèle impliquait également que les intermédiaires identifient leurs clients expéditeurs pour obtenir les rabais.

<sup>13</sup>. Décision du Conseil de l'IBPT du 20 juillet 2011 concernant les tarifs conventionnels de bpost pour l'année 2010, disponible sur le site web de l'IBPT: [www.ibpt.be/fr/operateurs/postal/services-postaux-universels-et-non-universels/decision-du-conseil-de-l-ibpt-du-20-juillet-2011-concernant-les-tarifs-conventionnels-de-bpost-pour-l-annee-2010](http://www.ibpt.be/fr/operateurs/postal/services-postaux-universels-et-non-universels/decision-du-conseil-de-l-ibpt-du-20-juillet-2011-concernant-les-tarifs-conventionnels-de-bpost-pour-l-annee-2010) [4 septembre 2015].

<sup>14</sup>. La décision a également fondé la violation du principe de non-discrimination sur l'obligation faite aux intermédiaires d'identifier leurs clients et de préfinancer les montants de leurs rabais quantitatifs. En ce qui concerne le défaut de transparence, il a notamment été fait grief à bpost d'avoir communiqué certaines modifications tarifaires après leur entrée en vigueur.

<sup>15</sup>. Bruxelles, 12 juin 2013, R.G. 2011/AR/2481, disponible sur le site web de l'IBPT: [www.ibpt.be/fr/operateurs/ibpt/litiges/annee-2013/arrêt-du-12-juin-2013-relatif-au-recours-contre-la-decision-du-conseil-de-l-ibpt-du-20-juillet-2011-concernant-les-tarifs-conventionnels-de-bpost-pour-l-annee-2010](http://www.ibpt.be/fr/operateurs/ibpt/litiges/annee-2013/arrêt-du-12-juin-2013-relatif-au-recours-contre-la-decision-du-conseil-de-l-ibpt-du-20-juillet-2011-concernant-les-tarifs-conventionnels-de-bpost-pour-l-annee-2010) [4 septembre 2015].

<sup>16</sup>. *Ibid.*, points 81 à 91.

<sup>17</sup>. *Ibid.*, points 63 à 80.

<sup>18</sup>. Arrêt annoté, point 33.

<sup>19</sup>. La référence à l'objectif poursuivi par bpost figure de manière expresse aux points 36 et 41 de l'arrêt.

<sup>20</sup>. En effet, comme indiqué dans la note 6 ci-dessus, seuls les expéditeurs sont à l'origine des envois postaux. Les intermédiaires ne font que proposer des services aux expéditeurs en amont de la distribution de leurs envois par bpost.

<sup>21</sup>. Arrêt annoté, point 48. Aux points 42 à 47, l'arrêt a distingué ce cas d'espèce relatif aux rabais quantitatifs, d'une affaire en cause de *Deutsche Post*, dans laquelle la Cour de justice avait considéré que le principe de non-discrimination s'opposait à ce que des rabais opérationnels soient réservés aux seuls expéditeurs. Cette distinction se justifie par le fait que tant les expéditeurs que les intermédiaires peuvent procéder à des activités de préparation du courrier qui permettent de réduire les coûts opérationnels de la distribution postale (C.J.U.E., 6 mars 2008, C-287/06 à C-292/06, *Deutsche Post e.a. / Allemagne, Rec.*, 2008, p. I-1243, points 26 à 44).

<sup>22</sup>. O. LENAERTS, « Bpost mag verschillende kortingstarieven hanteren », *Juristenkrant*, 2015, liv. 304, p. 16.

une étude réalisée pour l'IBPT a considéré, dans un rapport final remis peu de temps après le prononcé, que cet arrêt pourrait être source d'insécurité juridique, que le modèle expéditeur réduirait la pression concurrentielle dans le mar-

ché en affectant négativement les intermédiaires, et qu'un cadre légal spécifique pour l'accès au réseau postal de bpost devrait être mis en place<sup>23</sup>.

## 2. LES TARIFS CONVENTIONNELS DE BPOST AU REGARD DU DROIT DE LA CONCURRENCE

6. Parallèlement à la procédure d'infraction ouverte par l'IBPT en tant qu'autorité réglementaire nationale pour le secteur postal, trois intermédiaires ont porté plainte contre bpost auprès du Conseil de la concurrence<sup>24</sup>. Dans son rapport d'avril 2011, l'auditeur a estimé que bpost avait abusé de sa position dominante en appliquant des conditions différentes aux expéditeurs et aux intermédiaires. Les faits examinés étaient donc identiques à ceux qui ont fait l'objet de l'amende de l'IBPT<sup>25</sup>.

Le fondement légal des poursuites était toutefois différent, puisqu'il s'agissait de l'interdiction des abus de position dominante, consacrée par les articles 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et 3 de la loi coordonnée du 15 septembre 2006 sur la protection de la concurrence économique<sup>26</sup>. Dans la liste non exhaustive des cas d'abus de position dominante, ces dispositions citent le fait d'« appliquer à des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence »<sup>27</sup>.

7. Dans sa décision du 10 décembre 2012, le Conseil de la concurrence a d'abord considéré qu'en droit de la concurrence, les objectifs de l'interdiction des abus de position dominante doivent être pris en compte pour déterminer si un traitement différencié de catégories de clients constitue ou non une infraction<sup>28</sup>. Le Conseil a ensuite constaté que cette

affaire ne constituait pas un cas de « discrimination stricte » parce que les expéditeurs et les intermédiaires ne se trouvent pas au même niveau du marché<sup>29</sup>. Néanmoins, comme il y a une certaine concurrence entre les intermédiaires et bpost pour les services fournis aux expéditeurs, le Conseil a décidé d'analyser si le traitement différencié entre les expéditeurs et les intermédiaires pouvait entraîner des effets d'éviction de concurrents effectifs ou potentiels de l'opérateur dominant bpost<sup>30</sup>. Dans ce cadre, le Conseil a constaté que le modèle expéditeur désavantageait les intermédiaires, qui n'avaient plus accès aux mêmes niveaux de rabais quantitatifs que ceux dont ils bénéficiaient avant 2010 lorsqu'ils pouvaient cumuler les volumes d'envois de leurs clients<sup>31</sup>. Comme il rendait plus difficile le développement de l'activité des intermédiaires, le modèle expéditeur pouvait exclure les intermédiaires du segment de marché du routage (en amont)<sup>32</sup> et les empêcher d'entrer sur le segment de marché de la distribution (en aval)<sup>33</sup>. Après avoir relevé d'autres facteurs contribuant au caractère restrictif de concurrence<sup>34</sup>, le Conseil a qualifié le modèle expéditeur d'abus de position dominante et a condamné bpost à une amende de près de 37,4 millions d'euros.

8. Bpost a introduit un recours contre cette décision du Conseil devant la cour d'appel de Bruxelles. A ce jour, la cour n'a prononcé que deux arrêts avant dire droit, dans les-

<sup>23</sup> A. DIEKE, A. DE STREEL, A. NIEDERPRÜM et S. THIELE, *Review of the postal market three years after full market opening on 1 January 2011*, WIK-Consult, 27 février 2015, pp. 40, 41 et 56, disponible sur le site web de l'IBPT: [www.ibpt.be/fr/operateurs/postal/services-postaux-universels-et-non-universels/etude-wik-review-of-the-postal-market-three-years-after-full-market-opening-on-1-january-2011](http://www.ibpt.be/fr/operateurs/postal/services-postaux-universels-et-non-universels/etude-wik-review-of-the-postal-market-three-years-after-full-market-opening-on-1-january-2011) [4 septembre 2015]. Sur la base des recommandations de cette étude, l'IBPT a rendu un avis concernant la réforme de la réglementation postale belge (avis du Conseil de l'IBPT du 28 septembre 2015 concernant la réforme de la réglementation postale belge, disponible sur le site web de l'IBPT: [www.ibpt.be/fr/operateurs/postal/services-postaux-universels-et-non-universels/avis-du-conseil-de-l-ibpt-du-28-septembre-2015-concernant-la-reforme-de-la-reglementation-postale-belge](http://www.ibpt.be/fr/operateurs/postal/services-postaux-universels-et-non-universels/avis-du-conseil-de-l-ibpt-du-28-septembre-2015-concernant-la-reforme-de-la-reglementation-postale-belge) [12 novembre 2015].

<sup>24</sup> Le Conseil de la concurrence est devenu l'Autorité belge de la concurrence depuis septembre 2013 (art. IV.16 CDE; voy. la loi du 3 avril 2013 (*M.B.*, 26 avril 2013, p. 25.216)).

<sup>25</sup> Le rapport de l'auditeur situait l'infraction pendant la période d'octobre 2009 à 2011. Le Conseil a limité la période examinée à celle s'étendant de début janvier 2010 à fin juillet 2011 (Cons. concurrence, décision n° 2012-P/K-32 du 10 décembre 2012, *Ann. prat.*, 2012, p. 1181, point 274).

<sup>26</sup> *M.B.*, 29 septembre 2006, p. 50.613. Depuis septembre 2013, cette disposition est remplacée par l'art. IV.2 CDE.

<sup>27</sup> Art. 102, c), TFUE; art. 3, al. 2, 3°, de la loi coordonnée du 15 septembre 2006; art. IV.2, al. 2, 3°, CDE.

<sup>28</sup> Cons. concurrence, décision n° 2012-P/K-32 du 10 décembre 2012, point 166. En se référant à la jurisprudence de la Cour de justice, le Conseil de la concurrence a défini l'interdiction des abus de position dominante comme visant « les comportements d'une entreprise en position dominante qui, sur un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli, ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou des services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence » (*ibid.*, point 152).

<sup>29</sup> *Ibid.*, point 178.

<sup>30</sup> *Ibid.*, points 181 et 182.

<sup>31</sup> *Ibid.*, points 191 et 194.

<sup>32</sup> *Ibid.*, point 193.

<sup>33</sup> *Ibid.*, point 257.

<sup>34</sup> En particulier, le taux élevé des ristournes, leur caractère rétroactif, les fenêtres temporelles de renouvellement des contrats, l'obligation d'identification des clients des intermédiaires et le manque de transparence du modèle expéditeur (*ibid.*, points 208 à 229).

quels elle déclare l'intervention du Conseil recevable<sup>35</sup>, et statue ensuite sur les demandes d'accès au dossier introduites par les plaignants<sup>36</sup>.

9. La doctrine a accueilli la décision du Conseil de la concurrence avec de nombreuses interrogations. Certains auteurs ont regretté qu'en décrivant le modèle expéditeur comme un traitement différencié ne constituant pas une discrimination au sens strict, et en analysant uniquement les effets potentiels de cette différence de traitement, le Conseil a éludé l'étape de qualification de la pratique examinée<sup>37</sup>. D'autres ont contesté la présence d'une discrimination de prix, au motif que la simple agrégation d'envois par les intermédiaires n'a pas pour effet de réduire les coûts de bpost et ne justifie donc aucun rabais quantitatif supplémentaire<sup>38</sup>. Il a également été reproché au Conseil de fonder sa décision sur des effets théoriques, alors que des données concrètes montraient que le chiffre d'affaires des intermédiaires sur le segment de marché du routage avait augmenté pendant la période d'infraction<sup>39</sup>. La question se pose aussi de savoir si les intermédiaires constituent effectivement des concurrents potentiels sur le segment de la distribution, ou s'il s'agit d'une concurrence tout à fait hypothétique vu les barrières à l'entrée caractérisant ce marché<sup>40</sup>. En définitive, la doctrine s'est demandé si la condamnation du modèle expéditeur était bien justifiée au regard des objectifs poursuivis par l'interdiction des abus de position dominante<sup>41</sup>.

10. La décision du Conseil de la concurrence est également intéressante pour l'application du principe *non bis in*

*idem*, qui interdit qu'une personne déjà définitivement jugée soit à nouveau poursuivie ou jugée pour les mêmes faits.

Le Conseil a indiqué que, dans l'évaluation du montant de son amende, il a pris en compte l'amende déjà infligée à bpost par l'IBPT, tout en précisant qu'il n'était pas tenu de le faire dans la mesure où le principe *non bis in idem* n'était pas applicable en l'espèce. En effet, le Conseil a considéré que « *les deux autorités sanctionnant sur des bases différentes, l'amende déjà imposée par l'IBPT concerne une autre infraction* »<sup>42</sup>.

Cette décision a été critiquée par la doctrine au regard de la triple identité qui est requise par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne pour l'application du principe *non bis in idem* en droit européen de la concurrence, à savoir l'identité de faits, de contrevenant et d'intérêt juridique protégé<sup>43</sup>. Nous pouvons toutefois nous interroger sur la pertinence de la référence à cette jurisprudence de la Cour de justice. En effet, l'affaire examinée concerne un cas de double poursuite à caractère pénal par deux autorités administratives d'un même Etat. Cette hypothèse nous semble tomber sous l'application de l'article 4 du protocole n° 7 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>44</sup>. Or, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est aujourd'hui fixée en ce sens que le principe *non bis in idem* ne requiert pas une identité d'intérêt juridique protégé, mais uniquement une poursuite pour « *des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes* »<sup>45</sup>. Cette condition d'identité factuelle nous semble remplie en l'espèce, puisque ce sont les mêmes rabais qui ont été incriminés par l'IBPT et par le Conseil de la concurrence.

35. Bruxelles, 24 mai 2013, R.G. 2013/MR/2, disponible sur le site web de l'Autorité belge de la concurrence: [http://economie.fgov.be/fr/entreprises/concurrence/decisions/Decisions\\_juridictions\\_belges/Arrets\\_Cour\\_d\\_appel\\_Bruxelles](http://economie.fgov.be/fr/entreprises/concurrence/decisions/Decisions_juridictions_belges/Arrets_Cour_d_appel_Bruxelles) [4 septembre 2015].

36. Bruxelles, 30 avril 2015, R.C.B., 2015/3, p. 228.

37. C. LOUSBERG, « La décision du Conseil de la concurrence dans l'affaire *bpost*: nouveau bâton dans les roues de l'opérateur historique? » (commentaire sous Cons. concurrence, 10 décembre 2012), *Ann. prat.*, 2012, pp. 1255 et s., spéc. p. 1264, qui s'étonne que le Conseil n'ait pas envisagé l'infraction sous l'angle de la jurisprudence relative aux rabais ou aux prix sélectifs.

38. P. VAN CAEYSELE, « Le traitement des abus tarifaires en droit belge de la concurrence / De behandeling van misbruiken op basis van de prijs in het Belgisch mededingingsrecht (« *Happy Time* », *bpost et/en Presstalis*) », propos rapportés par G. VAN DE WALLE DE GHELCKE, R.C.B., 2013/3, pp. 260 et s., spéc. 263.

39. J. YSEWYN et M. VAN SCHOORISSE, « Overzicht van rechtspraak van de Raad voor de Mededinging in 2012 », R.C.B., 2013/3, pp. 231 et s., spéc. p. 252, n° 104.

40. D. GERADIN, « Le traitement des abus tarifaires en droit belge de la concurrence/De behandeling van misbruiken op basis van de prijs in het Belgisch mededingingsrecht (« *Happy Time* », *bpost et/en Presstalis*) », propos rapportés par G. VAN DE WALLE DE GHELCKE, R.C.B., 2013/3, pp. 260 et s., spéc. 263.

41. Y. DESMEDT et K. STAS, « Eerste toepassing van het mededingingsrecht in de Belgische postsector: should the messenger have been shot twice? », R.C.B., 2013/4, pp. 343 et s., spéc. pp. 356 et 357, n°s 54 à 57.

42. *Ibid.*, point 309.

43. C.J.U.E., 7 janvier 2004, C-204/00, *Aalborg Portland*, point 338. Au regard de cette jurisprudence, G. MALLOS, « The *bpost* Ruling: An 'Unsuccessful Attempt to Square the Circle'. The *ne bis in idem* Principle Standing Between Regulatory and Competition Law », *ENLRL*, 2015/2, pp. 82 et s., considère que, bien que les bases légales soient différentes, les comportements discriminatoires sont prohibés de manière similaire par la réglementation postale et par le droit de la concurrence. L'intérêt juridique protégé aurait dès lors dû être jugé identique.

44. Le protocole n° 7 est applicable en Belgique depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2012 (loi du 6 mars 2007 portant assentiment au protocole n° 7 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, fait à Strasbourg le 22 novembre 1984 (*M.B.*, 22 juin 2012, p. 35.046)).

45. Dans un arrêt du 10 février 2009, la Cour européenne des droits de l'homme a fait évoluer sa jurisprudence en la matière. Alors qu'elle exigeait auparavant une identité des éléments constitutifs des infractions poursuivies, elle n'a plus exigé qu'une condition d'identité factuelle (C.E.D.H., 10 février 2009, *Sergueï Zolotoukhine / Russie*, point 82). Dans un arrêt plus récent, la Cour européenne des droits de l'homme a visé la poursuite d'une « conduite identique » dans deux procédures nationales (C.E.D.H., 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres / Italie*, points 224 et 227). Sur ce dernier arrêt, voy. P. PAILLER, « Condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme du cumul des sanctions administratives et pénales sur le fondement du principe *non bis in idem* », *R.I.S.F.*, 2014/2, p. 5; A.-D. MERVILLE, « *Non bis in idem* et abus de marché », *Bulletin Joly Bourse*, 1<sup>er</sup> juillet 2014, n° 07-08, p. 371; N. RONTCHEVSKY, « Application du principe *non bis in idem* à la double sanction des abus de marché: les droits de l'homme sont-ils 'irréels'? », *Bulletin Joly Bourse*, 1<sup>er</sup> juin 2014, n° 6, p. 289.

Ceci étant, que ce soit au regard du droit européen ou des droits de l'homme, le principe *non bis in idem* ne s'applique qu'en cas de décision définitive sur l'une des poursuites engagées<sup>46</sup>. Cette condition n'était pas remplie au moment de la décision du Conseil de la concurrence, puisque la décision de l'IBPT faisait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Bruxelles. Ce n'est que lorsqu'un arrêt non susceptible de voie de recours aura été prononcé dans l'une des deux procédures de recours, que les poursuites deviendront irrecevables dans l'autre procédure. La doctrine a déjà eu

l'occasion de constater les conséquences inefficaces auxquelles peut mener cette condition de décision définitive<sup>47</sup>.

**11.** Pour être complet, une action en cessation a également été introduite par un des plaignants devant le président du tribunal de commerce de Bruxelles. La légalité du modèle expéditeur n'a toutefois pas été examinée par le président, car cette question ne lui avait été soumise que par le biais d'une demande nouvelle déclarée irrecevable<sup>48</sup>. Cette affaire est également pendante devant la cour d'appel de Bruxelles.

### 3. LE PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION DANS LES TARIFS DE RÉSEAU D'ÉLECTRICITÉ

**12.** Dans le secteur de l'électricité, le principe de non-discrimination intervient dans un cadre réglementaire différent. En effet, les réseaux de transport et de distribution d'électricité sont considérés comme des monopoles naturels<sup>49</sup>, et sont exploités par des gestionnaires de réseau dissociés des producteurs et des fournisseurs d'électricité<sup>50</sup>. Ces gestionnaires de réseau doivent garantir un accès non discriminatoire à leurs réseaux<sup>51</sup>. Les tarifs de transport et de distribution

d'électricité sont approuvés par les autorités de régulation<sup>52</sup> et doivent être appliqués de manière non discriminatoire<sup>53</sup>. Le principe de non-discrimination constitue donc l'une des lignes directrices imposées par la législation applicable<sup>54</sup>, que les autorités de régulation doivent respecter lorsqu'elles décident d'approuver ou non les tarifs proposés par les gestionnaires de réseau.

Trois arrêts récents de la cour d'appel de Bruxelles ont appli-

<sup>46.</sup> En droit européen, la condition de décision définitive est expressément prévue par l'art. 50 de la charte des droits fondamentaux (*J.O.*, C. 303, 14 décembre 2007, p. 1) et par l'art. 54 de la convention d'application de l'accord de Schengen (*J.O.*, L. 239, 22 septembre 2000, p. 19).

<sup>47.</sup> En effet, l'irrecevabilité des poursuites ne s'applique que lorsque la décision rendue par la première autorité nationale compétente est finale, en ce sens qu'elle n'est plus susceptible de voie de recours. Les personnes concernées peuvent donc être poursuivies par plusieurs autorités et faire l'objet de sanctions aussi longtemps qu'une décision n'est pas devenue définitive. Dès que la première sanction ou le premier acquittement est devenu définitif, l'application du principe devrait conduire à l'introduction de recours contre toutes les autres décisions déjà intervenues en première instance et permettre de les annuler. Pour éviter ce risque de procédures inutiles, il serait indiqué que la condition de sanction finale soit éliminée de l'application du principe *non bis in idem* (F. LEFÈVRE, « Les abus de marché: infractions pénales ou administratives », in X., *Sanctions pénales en matière financière*, Séminaire Vanham & Vanham du 24 mars 2011, pp. 24 et 25).

<sup>48.</sup> Prés. Comm. Bruxelles, 21 juin 2010, *Link2Biz International / La Poste*, A.C. 1670/2010, inédit.

<sup>49.</sup> Une activité commerciale constitue un monopole naturel lorsque son coût marginal de long terme est durablement inférieur à son coût moyen de long terme. En d'autres termes, il s'agit d'une activité à coût moyen décroissant (N.G. MANKIW, *Principes de l'économie*, Paris, Economica, 1998, p. 398), dans laquelle l'augmentation du nombre de clients réduit nécessairement le coût unitaire de production de l'entreprise. Dans cette forme de marché particulière, il est possible d'avoir de la concurrence, mais la manière la plus efficace d'organiser l'activité est de la confier à une seule entreprise (J.-P. HANSEN et J. PERCEBOIS, *Energie. Economie et politiques*, Bruxelles, De Boeck, 2010, p. 86).

<sup>50.</sup> Art. 9 et 26 de la directive n° 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive n° 2003/54/CE (*J.O.*, L. 211, 14 août 2009, p. 55); art. 9 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité (*M.B.*, 11 mai 1999, p. 16.264), tel que modifié par la loi du 8 janvier 2012 (*M.B.*, 11 janvier 2012, p. 909); art. 4.1.7 et 4.1.8 du décret de la Région flamande du 8 mai 2009 portant les dispositions générales en matière de la politique de l'énergie (*M.B.*, 7 juillet 2009, p. 46.192); art. 8, § 1<sup>er</sup>, du décret de la Région wallonne du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité (*M.B.*, 1<sup>er</sup> mai 2001, p. 14.118), tel que modifié par le décret du 17 juillet 2008 (*M.B.*, 7 août 2008, p. 41.321); art. 8, 4., de l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité (*M.B.*, 17 novembre 2001, p. 39.135), tel que modifié par l'ordonnance du 20 juillet 2011 (*M.B.*, 10 août 2011, p. 45.558).

<sup>51.</sup> Art. 12 et 25 de la directive n° 2009/72/CE; art. 8 de la loi du 29 avril 1999; art. 4.1.9 du décret flamand du 8 mai 2009; art. 26, § 2, du décret wallon du 12 avril 2001; art. 5, 4., de l'ordonnance du 19 juillet 2001.

<sup>52.</sup> L'art. 37, 1., a), de la directive n° 2009/72/CE exige seulement que l'autorité de régulation soit investie de la mission de « fixer ou approuver, selon des critères transparents, les tarifs de transport ou de distribution ou leurs méthodes de calcul ». En Belgique, les autorités de régulation doivent établir la méthodologie tarifaire et approuver ensuite les propositions de tarifs soumises par les gestionnaires de réseau (art. 12 et 12bis de la loi du 29 avril 1999). Jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 2014, la matière des tarifs de réseaux relevait de l'Etat fédéral. Les tarifs des gestionnaires du réseau de transport et des réseaux de distribution étaient donc approuvés par le régulateur fédéral, la CREG. Depuis la Sixième Réforme de l'Etat, les tarifs des réseaux de distribution ont été transférés aux Régions, tandis que les tarifs du réseau de transport relèvent toujours de l'Etat fédéral (art. 6, § 1<sup>er</sup>, VII, 1. de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, tel que modifié par l'art. 19, 1<sup>o</sup>, de la loi spéciale du 6 janvier 2014 relative à la Sixième Réforme de l'Etat (*M.B.*, 31 janvier 2014, p. 8.641); voy. Q. PEIFFER, « La régionalisation des tarifs de distribution d'énergie », *R.D.I.R.*, 2014/4, pp. 403 et s.). Comme les affaires examinées dans cette note concernent des décisions antérieures à la régionalisation des tarifs de distribution, seule la législation fédérale sera mentionnée.

<sup>53.</sup> Art. 37, 10., de la directive n° 2009/72/CE; art. 12, § 5, 6<sup>o</sup>, et 12bis, § 5, 6<sup>o</sup>, de la loi du 29 avril 1999.

<sup>54.</sup> La CREG doit établir sa méthodologie tarifaire dans le respect des lignes directrices énoncées aux art. 12, § 5, et 12bis, § 5, de la loi du 29 avril 1999, et notamment celle selon laquelle « les tarifs sont non discriminatoires et proportionnés. Ils respectent une allocation transparente des coûts » (6<sup>o</sup>). Les gestionnaires de réseaux doivent ensuite établir leurs propositions tarifaires dans le respect de la méthodologie tarifaire (art. 12, § 6 et 12bis, § 6, de la loi du 29 avril 1999).

qué le principe de non-discrimination dans ce contexte. Deux arrêts concernent les tarifs du réseau de transport, tandis que le dernier est relatif aux tarifs des réseaux de distribution flamands. Les trois affaires font suite à des recours d'utilisateurs de réseau qui se plaignaient de se voir imposer des tarifs trop élevés.

**13.** La première affaire concerne une décision de la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (ci-après « CREG ») du 22 décembre 2011 qui a approuvé la proposition tarifaire du gestionnaire du réseau de transport Elia pour les années 2012 à 2015<sup>55</sup>. Parmi les différentes composantes des tarifs d'Elia, cette décision a notamment instauré un tarif d'injection à charge des centrales de production d'électricité raccordées au réseau avant le 1<sup>er</sup> octobre 2002, et a mis le tarif pour les services auxiliaires de réserve<sup>56</sup> à la seule charge des producteurs d'électricité.

**14.** Les trois plus grands producteurs d'électricité du pays ont introduit un recours contre cette décision. Dans son arrêt du 6 février 2013, la cour d'appel de Bruxelles a annulé la décision attaquée, notamment pour violation du principe de non-discrimination<sup>57</sup>. La cour a considéré que le tarif d'injection était discriminatoire en ce qu'il était uniquement imposé aux anciennes centrales de production, alors que ces centrales n'impliquent pas de prestations différentes de la part du gestionnaire de réseau<sup>58</sup>. Dans le même sens, le prélèvement du tarif pour services auxiliaires à la seule charge des producteurs d'électricité était discriminatoire, parce que la nécessité de recourir à de tels services de réserve résulte également des variations de la demande et donc des consommateurs<sup>59</sup>. La CREG a introduit un pourvoi en cassation contre cet arrêt, qui est toujours pendant à l'heure actuelle.

**15.** En exécution de cet arrêt, Elia a soumis une proposi-

tion tarifaire amendée pour la même période 2012-2015, qui a été approuvée par une nouvelle décision de la CREG du 16 mai 2013<sup>60</sup>. Cette décision a mis à zéro le tarif d'injection pour tous les producteurs d'électricité, et a réparti par moitié entre les producteurs et les consommateurs le tarif pour les services auxiliaires de réserve.

**16.** La Fédération belge des consommateurs industriels d'énergie (Febeliec) et plusieurs de ses membres gros consommateurs d'électricité ont attaqué cette nouvelle décision de la CREG devant la cour d'appel, en lui reprochant d'avoir réduit les tarifs à charge des producteurs d'électricité, et par voie de conséquence, d'avoir augmenté les tarifs à leur propre charge<sup>61</sup>. Ils ont notamment soutenu que le principe de non-discrimination imposerait que les tarifs du réseau de transport soient répartis de manière égale, ou à tout le moins de manière équivalente, entre producteurs et consommateurs d'électricité. Selon Febeliec, cette interprétation résultait de l'arrêt du 6 février 2013 ayant annulé la première décision tarifaire de la CREG<sup>62</sup>.

La cour d'appel de Bruxelles a rejeté ce recours dans un arrêt du 25 mars 2015<sup>63</sup>. La cour a notamment considéré que le principe de non-discrimination n'était pas méconnu, parce que les producteurs et les consommateurs ne se trouvent pas dans des situations comparables en ce qui concerne l'utilisation du réseau de transport<sup>64</sup>. L'arrêt a abouti à cette conclusion en ayant égard à d'autres lignes directrices légalement applicables, telles que la création de conditions de concurrence équitables et la préservation de la compétitivité des unités de production belges au regard du *benchmarking* avec les pays voisins<sup>65</sup>.

**17.** Certains verront dans l'arrêt de 2015 un revirement de jurisprudence par rapport à la motivation de l'arrêt de 2013<sup>66</sup>.

<sup>55.</sup> Décision (B)111222-CDC-658<sup>E</sup>/19 de la CREG du 22 décembre 2011 relative à la « demande d'approbation de la proposition tarifaire adaptée de la SA ELIA SYSTEM OPERATOR pour la période régulatoire 2012-2015 », disponible sur le site web de la CREG: [www.creg.be/fr/outputdb.asp](http://www.creg.be/fr/outputdb.asp) [4 septembre 2015].

<sup>56.</sup> Les services auxiliaires sont régis par les art. 231 à 266 du règlement technique fédéral et visent à assurer l'équilibre constant des injections et des prélèvements d'électricité sur le réseau de transport afin d'éviter des situations de déséquilibre entraînant des risques de *black-out*. Ces services auxiliaires comprennent notamment des réserves primaire, secondaire, tertiaire et un service *black-start* (arrêté royal du 19 décembre 2002 établissant un règlement technique pour la gestion du réseau de transport de l'électricité et l'accès à celui-ci (*M.B.*, 28 décembre 2002, p. 58.471)).

<sup>57.</sup> Bruxelles, 6 février 2013, *M.E.R.*, 2013/4, p. 254. L'arrêt a également annulé la décision attaquée pour violation des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative et pour défaut de motivation (points 38 à 67).

<sup>58.</sup> *Ibid.*, points 83 à 92.

<sup>59.</sup> *Ibid.*, points 103 à 105.

<sup>60.</sup> Décision (B)130516-CDC-658<sup>E</sup>/26 de la CREG du 16 mai 2013 relative à « la proposition tarifaire rectifiée de ELIA SYSTEM OPERATOR SA du 2 avril 2013 pour la période régulatoire 2012 – 2015 », disponible sur le site web de la CREG: [www.creg.be/fr/outputdb.asp](http://www.creg.be/fr/outputdb.asp) [4 septembre 2015].

<sup>61.</sup> Les tarifs de réseau doivent permettre de couvrir l'ensemble des coûts du gestionnaire de réseau (considérant 36 de la directive n° 2009/72/CE; art. 12, § 5, 2°, de la loi du 29 avril 1999). Diminuer les tarifs à charge d'une certaine catégorie d'utilisateurs du réseau implique donc nécessairement d'augmenter les tarifs à charge d'une autre catégorie. C'est la raison pour laquelle le principe de non-discrimination présente des liens étroits avec un autre principe fondamental en la matière, qui est celui de la réactivité des coûts (voy. W. GELDHOF et C. DEGREEF, « Nettareien voor elektriciteit en gas: beginselen en rechtskader », *R.D.I.R.*, 2014/2, pp. 156 et s., spéc. pp. 165 à 168).

<sup>62.</sup> A. VAN VAERENBERGH, « Smarter tariffs for smarter grids? The allocation of transmission network tariffs to electricity producers on the basis of the costs associated with their installations. Some views », *R.D.I.R.*, 2015/1, pp. 73 et s., spéc. pp. 76 et 77, n° 9.

<sup>63.</sup> Bruxelles, 25 mars 2015, R.G. 2013/AR/1274, *Febeliec e.a. / CREG e.a.*, à paraître dans *R.D.I.R.*, 2015/3, p. 334.

<sup>64.</sup> *Ibid.*, point 97.

<sup>65.</sup> *Ibid.*, points 97 et 103 à 110. Le recours au *benchmarking* est expressément visé à l'art. 12, § 5, 17°, de la loi du 29 avril 1999.

<sup>66.</sup> D. VERHOEVEN, « Où, à force de réflexion, l'on parvient à circonscrire la règle de réactivité des coûts par les tarifs de transport d'électricité » (note sous Bruxelles, 25 mars 2015), à paraître dans *R.D.I.R.*, 2015/3, pp. 349 et s., spéc. p. 352, n° 12.

En première lecture, il peut paraître étonnant que pour les tarifs de services auxiliaires de réserve, les producteurs et les consommateurs d'électricité soient considérés comme des catégories comparables dans l'arrêt de 2013 et pas dans celui de 2015. Cela semble toutefois s'expliquer par le fait que la cour d'appel a pris en compte les objectifs poursuivis par la CREG dans le cadre de son test de comparabilité. Dans l'arrêt de 2013, la cour a constaté que la CREG n'avait pas motivé sa décision et n'avait pas réfuté les critiques des producteurs<sup>67</sup>. A l'inverse, l'arrêt de 2015 a considéré que la hauteur du tarif mis à charge des producteurs était justifiée au regard de l'objectif avancé par la CREG de préserver la compétitivité des centrales belges par rapport aux centrales étrangères<sup>68</sup>. En définitive, l'enseignement qui doit être déduit de ces deux arrêts est que la cour d'appel vérifie si la CREG présente une justification cohérente et rigoureuse de la méthode choisie pour le calcul des tarifs, et en particulier, si elle peut établir pourquoi un tarif déterminé est réparti entre certaines catégories d'utilisateurs du réseau<sup>69</sup>.

**18.** Le critère à prendre en considération pour l'application du principe de non-discrimination résulte parfois de la réglementation applicable. C'est ce que la cour d'appel de Bruxelles a considéré dans un autre arrêt, prononcé le 27 novembre 2013<sup>70</sup>.

Dans cette affaire, les 11 gestionnaires des réseaux de distribution flamands (dont l'exploitation a été confiée à Infrac ou Eandis) ont introduit auprès de la CREG des propositions de compensation de réseau pour les installations de production d'électricité décentralisée d'une capacité 10kW avec compteur à rebours pour les exercices 2013 et 2014. A l'appui de leurs propositions, les gestionnaires de réseau faisaient valoir que les tarifs de distribution en vigueur devaient être adaptés en raison des modifications importantes qui étaient intervenues depuis leur approbation, à savoir le succès tou-

jours croissant des petites installations photovoltaïques avec compteur à rebours<sup>71</sup>.

**19.** Par 11 décisions du 6 décembre 2012<sup>72</sup>, la CREG a approuvé les propositions des gestionnaires de réseau, et a imposé l'alternative suivante aux propriétaires de panneaux solaires en Région flamande. Soit ils faisaient installer, à leur demande et à leur charge, des compteurs intelligents qui mesureraient tant l'injection que le prélèvement, et qui permettraient d'appliquer les tarifs d'utilisation des réseaux précédemment approuvés. Soit ils conservaient leur compteur à rebours et devenaient redevables d'une compensation de réseau pour un montant fixe par kW de capacité installée.

**20.** Sur recours de 25 propriétaires de panneaux solaires, l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 27 novembre 2013 a annulé les décisions d'approbation de la CREG et a rejeté les demandes d'approbation des gestionnaires de réseau.

La cour a accueilli plusieurs moyens d'annulation. Elle a d'abord estimé que la CREG n'était pas légalement habilitée à approuver un tarif supplémentaire d'accès aux réseaux sans avoir préalablement établi une méthodologie tarifaire<sup>73</sup>.

En deuxième lieu, la cour a constaté une violation du principe de non-discrimination, au motif que la réglementation applicable, à savoir le règlement technique pour la distribution d'électricité dans la Région flamande du 15 mai 2012<sup>74</sup>, n'établit aucune distinction entre les utilisateurs de réseau qui ont une installation de production d'électricité d'une capacité 10 kW et ceux qui n'en ont pas<sup>75</sup>. Selon la cour, les décisions attaquées de la CREG rompaient l'égalité de traitement entre des utilisateurs qui appartiennent à la même catégorie selon le règlement technique<sup>76</sup>. En d'autres termes, cette réglementation considère les propriétaires de petites installations photovoltaïques comme de simples consommateurs; et cet objectif réglementaire s'imposait à la CREG.

<sup>67.</sup> Bruxelles, 6 février 2013, *précité*, point 103.

<sup>68.</sup> Bruxelles, 25 mars 2015, *précité*, points 104 et 105.

<sup>69.</sup> T. CHELLINGSWORTH et C. DELAGAYE, « Het arrest over de Elia-tarieven 2012-2015: een vernietigende handleiding voor toekomstige tariefregulering » (note sous Bruxelles, 6 février 2013), *M.E.R.*, 2013/4, pp. 262 et s., spéc. pp. 269 et 270, n° 63, avaient déjà retenu la même conclusion sur la base du premier arrêt de 2013.

<sup>70.</sup> Bruxelles, 27 novembre 2013, *M.E.R.*, 2014/4, p. 319 [qui date erronément l'arrêt du 19 novembre 2013].

<sup>71.</sup> D'une part, ce succès a augmenté la charge d'achat des certificats verts pour les gestionnaires de réseau. D'autre part, le mécanisme du compteur à rebours a réduit le nombre de kWh injectés et prélevés qui sont mesurés et pris en compte pour l'application des tarifs d'utilisation des réseaux. Les gestionnaires de réseau en déduisaient que les propriétaires de panneaux solaires ne payaient pas pour leur utilisation des réseaux et qu'ils ne contribuaient pas davantage aux obligations de service public.

<sup>72.</sup> Beslissingen (B)121206-CDC-628<sup>E</sup>/27, (B)121206-CDC-631<sup>E</sup>/26, (B)121206-CDC-632<sup>E</sup>/22, (B)121206-CDC-633<sup>E</sup>/25, (B)121206-CDC-634<sup>E</sup>/18, (B)121206-CDC-636<sup>E</sup>/18, (B)121206-CDC-637<sup>E</sup>/18, (B)121206-CDC-638<sup>E</sup>/18, (B)121206-CDC-639<sup>E</sup>/18, (B)121206-CDC-640<sup>E</sup>/18, (B)121206-CDC-641<sup>E</sup>/18 van de CREG van 6 december 2012 betreffende « het voorstel van [Internergas / IVEG / PBE / Infrac West / Gaselwest / Imea / Imewo / Intergem / Iveka / Iverlek / Sibelgas] tot aanrekening van een netvergoeding voor decentrale productie-installaties ≤ 10 kW met een terugdraaiende teller voor de exploitatiejaren 2013 en 2014 », disponibles sur le site web de la CREG: [www.creg.be/fr/outputdb.asp](http://www.creg.be/fr/outputdb.asp) [4 septembre 2015].

<sup>73.</sup> Bruxelles, 27 novembre 2013, *précité*, points 36 à 47.

<sup>74.</sup> Arrêté du Gouvernement flamand du 25 mai 2012 portant approbation du règlement technique distribution d'électricité (*M.B.*, 14 novembre 2012, p. 68.101).

<sup>75.</sup> Selon la cour, il résulte de ce règlement technique que l'électricité produite par les installations de production décentralisée d'une capacité ≤ 10 kW n'est pas considérée comme de l'électricité injectée sur les réseaux (Bruxelles, 27 novembre 2013, *précité*, point 51). La cour en a également déduit une violation de la compétence exclusive de la Région flamande en matière de gestion et d'accès aux réseaux de distribution et de politique d'installation de compteurs intelligents (*ibid.*, points 54 à 59).

<sup>76.</sup> *Ibid.*, points 48 à 53.

#### 4. LE PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION DANS L'ACCÈS AUX RÉSEAUX DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

21. Dans le secteur des communications électroniques, les autorités réglementaires nationales peuvent imposer des obligations d'accès et des remèdes tarifaires lorsqu'il ressort d'une analyse du marché qu'un ou des opérateur(s) disposant d'une puissance significative sur ce marché peu(ven)t, en l'absence de concurrence efficace, maintenir des prix à un niveau excessivement élevé<sup>77</sup>. Ces remèdes d'accès à prix régulés sont également soumis à plusieurs principes dont celui de la non-discrimination<sup>78</sup>.

Ce principe a été appliqué dans deux arrêts de la cour d'appel de Bruxelles du 12 novembre 2014 et du 13 mai 2015 concernant les mêmes décisions de la Conférence des régulateurs du secteur des communications électroniques (ci-après « CRC »). La CRC est un organisme d'intérêt public qui est composé de membres de l'IBPT et des autorités de régulation communautaires pour l'audiovisuel, à savoir le *Vlaamse Regulator voor de Media*, le Conseil supérieur de l'audiovisuel et le *Medienrat*<sup>79</sup>.

22. En date du 1<sup>er</sup> juillet 2011, la CRC a pris quatre décisions de régulation du marché de détail de la fourniture de signaux de télévision, une décision par région linguistique<sup>80</sup>.

Dans ces décisions, la CRC a imposé plusieurs obligations aux câblo-opérateurs, dont trois obligations d'accès à leur offre de télévision analogique, à leur plate-forme de télévision numérique et à leur offre d'Internet à large bande. Ces décisions avaient toutefois exclu Belgacom du bénéfice de deux de ces obligations d'accès (à la plate-forme numérique et à l'Internet à large bande), au motif que Belgacom se trouvait dans une situation particulière et différente de celle des autres opérateurs alternatifs de services télévisuels<sup>81</sup>.

23. Tant les câblo-opérateurs que Belgacom ont introduit des recours contre ces décisions. Les câblo-opérateurs ont contesté les obligations d'accès qui leur avaient été imposées, tandis que Belgacom a critiqué son exclusion du bénéfice de deux de ces obligations. Ces recours ont été introduits en néerlandais et en français, et ont donc mené à deux procédures parallèles<sup>82</sup>. Par deux arrêts du 12 novembre 2014 et du 13 mai 2015, la cour d'appel de Bruxelles a rejeté les recours des câblo-opérateurs et a accueilli celui de Belgacom<sup>83</sup>. Ce sont les décisions relatives au recours de Belgacom qui nous intéressent particulièrement au regard du principe de non-discrimination.

77. Art. 8, 12 et 13 de la directive n° 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 »), *J.O.*, L. 108 du 24 avril 2002, p. 7, et art. 16 de la directive n° 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), *J.O.*, L. 108 du 24 avril 2002, p. 33, telles que modifiées par la directive n° 2009/140/CE du 25 novembre 2009 (*J.O.*, L. 337, 18 décembre 2009, p. 37); art. 54 à 64 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (*M.B.*, 20 juin 2005, p. 28.070), tels que modifiés par la loi du 10 juillet 2012 (*M.B.*, 25 juillet 2012, p. 40.969). A ce sujet, voy. A. DESMEDT et A. DE STREEL, « La régulation des prix dans un secteur des communications électroniques libéralisé », *R.D.I.R.*, 2014/2, pp. 129 et s.

78. Art. 8, 5., b), de la directive n° 2002/21/CE; art. 8/1, § 1<sup>er</sup>, b), de la loi du 13 juin 2005.

79. Art. 5 de l'accord de coopération du 17 novembre 2006 entre l'Etat fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone 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 (*M.B.*, 28 décembre 2006, p. 75.371).

80. Décisions de la CRC du 1<sup>er</sup> juillet 2011 concernant l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle sur le territoire des quatre régions linguistiques, disponibles sur les sites web des quatre régulateurs: [www.csa.be/documents/1572](http://www.csa.be/documents/1572), [www.bipt.be/fr/operateurs/telecom/marches/radiodiffusion/analyse-de-marche-radiodiffusion-televisuelle-2011/decision-de-la-conference-des-regulateurs-du-secteur-des-communications-electroniques-crc-du-1er-juillet-2011-concernant-lanalyse-du-marche-de-la-radiodiffusion-televisuelle-sur-le-territoire-de-la-region-bilingue-de-bruxelles-capitale](http://www.bipt.be/fr/operateurs/telecom/marches/radiodiffusion/analyse-de-marche-radiodiffusion-televisuelle-2011/decision-de-la-conference-des-regulateurs-du-secteur-des-communications-electroniques-crc-du-1er-juillet-2011-concernant-lanalyse-du-marche-de-la-radiodiffusion-televisuelle-sur-le-territoire-de-la-region-bilingue-de-bruxelles-capitale), [www.vlaamseregulatormedia.be/nl/nieuwsarchief/2011/CRC-Marktbesluiten-inzake-televisieomroep-en-breedband.aspx](http://www.vlaamseregulatormedia.be/nl/nieuwsarchief/2011/CRC-Marktbesluiten-inzake-televisieomroep-en-breedband.aspx) et [www.medienrat.be/files/MR\\_Entscheidung\\_M18\\_OFFENTLICH\\_170711endg.pdf](http://www.medienrat.be/files/MR_Entscheidung_M18_OFFENTLICH_170711endg.pdf) [7 septembre 2015].

81. A la même date, la CRC a pris une autre décision concernant l'analyse du marché Internet à large bande. Elle y a désigné Belgacom comme opérateur disposant d'une puissance significative de marché, et elle lui a imposé diverses obligations (décision de la CRC du 1<sup>er</sup> juillet 2011 concernant l'analyse des marchés large bande, disponible sur le site web de l'IBPT: [www.bipt.be/fr/operateurs/telecom/marches/large-bande/analyse-de-marche-2011/decision-de-la-conference-des-regulateurs-du-secteur-des-communications-electroniques-crc-du-1er-juillet-2011-concernant-lanalyse-des-marches-large-bande](http://www.bipt.be/fr/operateurs/telecom/marches/large-bande/analyse-de-marche-2011/decision-de-la-conference-des-regulateurs-du-secteur-des-communications-electroniques-crc-du-1er-juillet-2011-concernant-lanalyse-des-marches-large-bande) [7 septembre 2015]). Le recours de Belgacom contre cette décision de la CRC a été rejeté par un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 3 décembre 2014 (R.G. 2011/AR/2421, disponible sur le site web de l'IBPT: [www.ibpt.be/fr/operateurs/ibpt/litiges/annee-2014/arret-du-3-decembre-2014-relatif-au-recours-de-belgacom-contre-la-decision-de-la-conference-des-regulateurs-du-secteur-des-communications-electroniques-crc-du-1er-juillet-2011-concernant-lanalyse-des-marches-de-linternet-haut-debit](http://www.ibpt.be/fr/operateurs/ibpt/litiges/annee-2014/arret-du-3-decembre-2014-relatif-au-recours-de-belgacom-contre-la-decision-de-la-conference-des-regulateurs-du-secteur-des-communications-electroniques-crc-du-1er-juillet-2011-concernant-lanalyse-des-marches-de-linternet-haut-debit) [4 septembre 2015]).

82. Les demandes de suspension des câblo-opérateurs ont été rejetées par des arrêts du 4 septembre 2012 et du 6 novembre 2012 (Bruxelles, 4 septembre 2012, R.G. 2011/AR/2289 à 2291; Bruxelles, 6 novembre 2012, R.G. 2011/AR/2261-2263 à 2266-2375-2377, disponibles sur le site web de l'IBPT: [www.ibpt.be/fr/operateurs/ibpt/litiges/annee-2011](http://www.ibpt.be/fr/operateurs/ibpt/litiges/annee-2011) [4 septembre 2015]). Le pourvoi de Coditel contre l'arrêt du 6 novembre 2012 a été rejeté par un arrêt de la Cour de cassation du 28 février 2014 (R.G. C.13.119.F).

83. Bruxelles, 12 novembre 2014, R.G. 2011/AR/2289 à 2291-2415-2418, disponible sur le site web de l'IBPT: [www.bipt.be/fr/operateurs/ibpt/litiges/arret-de-la-cour-d-appel-de-bruxelles-du-12-novembre-2014-relatif-a-la-requete-de-telenet-demandant-l-annulation-de-la-decision-de-la-conference-des-regulateurs-du-secteur-des-communications-electroniques-crc-du-1-juillet-2011-concernant-l-analyse-du-marc](http://www.bipt.be/fr/operateurs/ibpt/litiges/arret-de-la-cour-d-appel-de-bruxelles-du-12-novembre-2014-relatif-a-la-requete-de-telenet-demandant-l-annulation-de-la-decision-de-la-conference-des-regulateurs-du-secteur-des-communications-electroniques-crc-du-1-juillet-2011-concernant-l-analyse-du-marc) [4 septembre 2015]; Bruxelles, 13 mai 2015, R.G. 2011/AR/2261-2263 à 2266-2375-2377, disponible sur le site web de l'IBPT: [www.ibpt.be/fr/operateurs/ibpt/litiges/annee-2015/arret-de-la-cour-d-appel-de-bruxelles-du-13-mai-2015-relatif-aux-requetes-de-publifin-brutele-aiesh-coditel-brabant-et-belgacom-demandant-lannulation-de-quatre-decisions-de-la-conference-des-regulateurs-du-secteur-des-communications-electroniques-crc-du-1](http://www.ibpt.be/fr/operateurs/ibpt/litiges/annee-2015/arret-de-la-cour-d-appel-de-bruxelles-du-13-mai-2015-relatif-aux-requetes-de-publifin-brutele-aiesh-coditel-brabant-et-belgacom-demandant-lannulation-de-quatre-decisions-de-la-conference-des-regulateurs-du-secteur-des-communications-electroniques-crc-du-1) [4 septembre 2015].



Dans ses décisions du 1<sup>er</sup> juillet 2011, la CRC avait considéré que Belgacom se trouvait dans une situation particulière, car elle commercialisait déjà des services de télévision numérique sous le nom de produit « Belgacom TV », ainsi que des « offres *multiplay* » combinant des produits d'Internet à large bande et de télévision numérique. La cour d'appel de Bruxelles a annulé cette décision sur la base d'un défaut de motivation et d'une violation des principes d'égalité et de non-discrimination<sup>84</sup>. La cour a constaté que Belgacom disposait effectivement d'une situation particulière en tant que seul opérateur alternatif de services télévisuels ayant un réseau de télévision numérique. La cour a toutefois précisé que le test de comparabilité entre Belgacom et les autres opé-

rateurs alternatifs devait être effectué « à la lumière du but poursuivi », c'est-à-dire « créer sur le marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle une structure de concurrence effective »<sup>85</sup>. Comme la situation de Belgacom ne lui avait pas permis de forcer l'apparition d'une concurrence effective sur ce marché, elle ne permettait pas de justifier son exclusion de l'accès aux réseaux des câblo-opérateurs<sup>86</sup>. Au motif que la CRC ne pouvait pas légalement prendre une autre décision sur ce point, la cour d'appel a partiellement substitué ses arrêts aux décisions attaquées, et a étendu le bénéfice des deux obligations d'accès litigieuses à Belgacom<sup>87</sup>.

## 5. CONCLUSIONS DE CET APERÇU DE JURISPRUDENCE

24. Quelques enseignements peuvent être déduits de l'arrêt annoté et des autres décisions examinées.

Premièrement, cette jurisprudence rappelle que toute différence de traitement ne constitue pas une discrimination prohibée. Il n'y a discrimination que si les catégories de personnes subissant un traitement différencié se trouvent dans une situation comparable. Le test de comparabilité constitue ainsi une étape essentielle dans toute application du principe de non-discrimination.

Ensuite, la comparabilité ou non de plusieurs catégories de personnes dépend des objectifs poursuivis par la mesure concernée. Dans le domaine de l'accès aux réseaux, les affaires examinées démontrent que la définition des objectifs pertinents a un effet déterminant sur l'appréciation d'un moyen de discrimination.

La législation applicable détermine quelle est l'autorité compétente, et quels sont les objectifs légitimes à prendre en considération par cette autorité<sup>88</sup>. En droit de la concurrence et dans le secteur des communications électroniques, la législation européenne et son interprétation par les institutions européennes ont une importance significative. En matière d'énergie renouvelable, ce sont les Régions qui définissent assez précisément le traitement à réserver aux micro-producteurs d'électricité. Lorsque la décision revient à une autorité de régulation et qu'une marge d'appréciation lui est laissée par la législation applicable, comme en matière de réparti-

tion des tarifs du réseau de transport d'électricité, c'est à ce régulateur que revient la tâche d'énoncer et de justifier les objectifs qu'il entend poursuivre. Enfin, lorsque le régulateur n'est investi que d'un rôle de contrôle *a posteriori*, comme en matière de tarifs du service postal universel, l'objectif de l'entreprise régulée elle-même peut servir de critère d'appréciation. Dans ces circonstances, il n'est pas étonnant que les objectifs pertinents diffèrent d'une industrie de réseau à l'autre.

Enfin, ces objectifs peuvent évoluer dans le temps. C'est spécialement le cas lorsque le régulateur compétent doit suivre plusieurs lignes directrices, qui sont potentiellement divergentes. Les arrêts du 6 février 2013 et du 25 mars 2015 démontrent que deux mêmes catégories de personnes (les producteurs et les consommateurs d'électricité) peuvent être considérées, pour la même question (la répartition des tarifs pour services auxiliaires de réserve), comme étant dans une situation comparable au regard des objectifs annoncés en 2013, et dans une situation non comparable au regard d'autres objectifs mieux justifiés en 2015.

L'application du principe de non-discrimination représente donc un exercice complexe qui, dans les limites du respect de la législation applicable, laisse une large place à l'argumentation, fait intervenir différentes parties prenantes, et est susceptible d'évoluer dans le temps.

<sup>84</sup>. Bruxelles, 12 novembre 2014, points 188 à 217; Bruxelles, 13 mai 2015, *précité*, points 228 à 258.

<sup>85</sup>. Bruxelles, 12 novembre 2014, point 200; Bruxelles, 13 mai 2015, point 240.

<sup>86</sup>. Bruxelles, 12 novembre 2014, points 213 et 217; Bruxelles, 13 mai 2015, points 255 et 258.

<sup>87</sup>. Bruxelles, 12 novembre 2014, points 219 et 220; Bruxelles, 13 mai 2015, points 260 et 261.

<sup>88</sup>. Dans le même sens, concernant le principe général du droit européen d'égalité de traitement, la Cour de justice a indiqué que le caractère comparable des situations traitées différemment doit notamment être déterminé au regard des « principes et objectifs du domaine dont relève l'acte en cause » (C.J.U.E., 16 décembre 2008, C-127/07, *Arcelor Atlantique et Lorraine*, points 25 et 26).