

**AVIS DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE DU 14 NOVEMBRE 2006 RELATIF
AU PROJET DE DECISION DU CONSEIL DE L'IBPT CONCERNANT L'ANALYSE
DES MARCHÉS DES LIGNES LOUÉES**

1. Introduction : Saisine du Conseil de la concurrence

1. L'Institut belge des services postaux et des télécommunications (ci-après « l'IBPT ») a fait parvenir au Conseil de la concurrence (ci-après : « le Conseil ») une demande d'avis concernant le projet de décision (ci-après « le projet IBPT ») « Analyse des marchés du groupe 'Lignes louées' » relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour les marchés du groupe « LIGNES LOUEES », sélectionnés dans la recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003 :

- ⇒ *Marché 7 : ensemble minimal des lignes louées de détail*
- ⇒ *Marché 13 : fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées*
- ⇒ *Marché 14 : fourniture en gros de segments de lignes louées sur le circuit interurbain.*

Le projet IBPT compte 154 pages. En annexe à ce projet, étaient joints :

- un inventaire des réactions des acteurs sur le marché à la consultation nationale relative aux marchés des lignes louées (Marchés 7, 13 et 14) ;
- un document de 11 pages intitulé « Résumé des réactions des acteurs sur le marché à la consultation nationale relative aux marchés 7, 13 et 14 (Marchés Lignes louées) » ;
- un CD-rom contenant les réactions des acteurs sur le marché à la consultation nationale relative aux marchés des lignes louées.

Le projet IBPT et ses annexes ont été reçus par le Conseil le 16 octobre 2006.

2. Cet avis du Conseil est donné conformément à l'article 55, § 4 et § 5 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (M.B. 20 juin 2005, Ed. 2) (ci-après : la Loi). Les règles européennes, légales et réglementaires applicables ont été exposées par le Conseil dans son premier avis du 25 mars 2006 relatif au projet de décision du Conseil de l'IBPT « relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour les marchés de groupe 'Accès', sélectionnés dans la recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003 » (voir n° 5 à 13). Le Conseil se réfère ici à ce qui a été mentionné dans son avis du 25 mars 2006.

Le présent avis est le quatrième avis du Conseil dans l'exercice de cette compétence.

Le 23 octobre 2006, des représentants de l'IBPT ont présenté le projet IBPT au Conseil. Le prescrit de l'article 55 § 4 de la Loi, qui impose à l'IBPT de soumettre ses décisions à une concertation préalable avec le Conseil de la concurrence, a été ainsi respecté.

3. Comme dans ses avis précédents, le Conseil souhaite à nouveau mettre en exergue la qualité du travail réalisé par l'IBPT et souligner que ses observations sont formulées dans l'esprit de contribuer à une décision optimale. L'analyse des marchés des lignes louées requiert une connaissance approfondie de l'infrastructure et des technologies utilisables ainsi qu'une vision prospective de ces technologies. Dans le présent avis, le Conseil s'est limité à sa perception du fonctionnement des réseaux, telle qu'elle résulte du projet IBPT et des explications complémentaires qu'il a pu obtenir des représentants de l'IBPT.

4. Dans son avis du 25 mars 2006, le Conseil a exprimé une clause de réserve générale fondée sur l'autonomie de la compétence d'avis qui lui est octroyée par la loi relative aux communications électroniques par rapport à sa compétence juridictionnelle de droit commun. Cet avis du 25 mars 2006 précisait que, compte tenu des différences entre une procédure initiée dans le cadre de la loi sur la protection de la concurrence économique d'une part, et les analyses de marchés pertinents dans les secteurs des communications électroniques d'autre part, il ne peut être exclu que les marchés définis dans le cadre du droit de la concurrence ne soient pas toujours identiques à ceux qui, dans le secteur des communications électroniques, sont susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante (voir les numéros 16 et 17 de l'avis du Conseil de la concurrence du 25 mars 2006).

Ceci est d'autant plus justifié s'agissant des marchés relatifs aux lignes louées sujets à des évolutions technologiques et économiques qui peuvent être rapides et affecter la délimitation des marchés pertinents.

En particulier, le Conseil estime, dans le cadre du présent avis, qu'il ne convient pas de figer la définition des différents marchés relatifs aux lignes louées pour deux raisons. La première porte sur l'évolution de la notion d'utilisateur final (voir infra, n° 12) ainsi que sur l'effet de cette évolution sur la taille et la composition du marché de gros (marché 13) et du marché de détail (marché 7). La seconde porte sur la question de savoir s'il faut inclure dans la définition des marchés pertinents, des services de capacité de transmission de données, par exemple ceux offerts sur des interfaces alternatives (voir infra, n° 10 et 11). Sous le vocable d'interfaces alternatives, on comprend en général les services Ethernet que l'IBPT reprend dans les services basés sur les longueurs d'onde.

2. Contenu du projet IBPT.

5. Conformément à la recommandation de la Commission du 11 février 2003 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 service de communications électroniques (JO 2003, L 114/45) (ci-après, « la recommandation »), l'IBPT distingue, au sein de ce groupe ou "cluster" "Lignes louées", trois marchés :

- Le marché de détail 7 : intitulé dans la recommandation « Ensemble minimal de lignes louées (qui comprend les lignes louées spécifiées d'un débit inférieur ou égal à 2Mo/sec) ». L'intitulé en néerlandais est : « minimumverzameling van huurlijnen » .
- Le marché de gros 13 : fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées. L'intitulé en néerlandais est : « afgevend segmenten van huurlijnen op wholesale-niveau ».

– Le marché de gros 14 : fourniture en gros de segments de lignes louées sur le circuit interurbain. L’intitulé en néerlandais est : « bundelsegmenten van huurlijnen op wholesale-niveau » .

6. Sur le marché 7, les lignes louées sont utilisées, en principe, par des utilisateurs finals; il s’agit donc en principe d’un marché de détail (« retail ») .

Sur les marchés 13 et 14, les lignes louées sont offertes en location et utilisées par des opérateurs ; il s’agit donc de marchés de gros (« wholesale ») .

7. L’IBPT conclut que le marché 14 est concurrentiel (art. 55 § 2 de la Loi), mais que les marchés 7 et 13 ne sont pas caractérisés par une concurrence effective (art. 55, § 3 de la Loi).

En conséquence, l’IBPT identifie Belgacom comme disposant d’une puissance significative sur ces marchés 7 et 13.

L’IBPT a dès lors défini une liste de remèdes à charge de Belgacom (art. 55 § 3 de la Loi). L’IBPT rappelle aussi, à juste titre, que l’article 65 de la Loi contient des dispositions spécifiques relatives aux lignes louées incluses dans « l’ensemble du paquet minimum » (projet IBPT, pp. 23 et 64).

3. Introduction à la délimitation des marchés : fonctionnement des réseaux et définitions

3.1. Rappel sur le fonctionnement des réseaux de télécommunications

8. Le Conseil souhaite faire un commentaire sur le fonctionnement des réseaux de communications électroniques en vue d’exposer le problème posé par l’évolution et l’incertitude sur la distinction entre lignes louées et services de transmission de données. Le projet IBPT décrit la chaîne de valeur des marchés du groupe « Lignes louées » en distinguant trois niveaux : l’infrastructure fixe de réseau, les marchés de gros 13 et 14, et les marchés de détail (projet IBPT, p. 24). Une perception différente du fonctionnement des réseaux consisterait à distinguer les niveaux suivants, selon l’ordre croissant de valeur ajoutée (source : OPTA, « Besluit marktanalyse huurlijnen », BO/2005/203430, 21/12/2005, p. 42):

- Niveau 1 : les câbles, comme éléments de base de l’infrastructure (paire de cuivre ou fibre).
- Niveau 2 : les lignes louées qui établissent les liaisons entre les différents points du réseau (voir infra, 3.2, n° 9).
- Niveau 3 : le niveau supérieur (avec le protocole IP) permettant de faire des réseaux et d’offrir une capacité de transmission de données.

Les difficultés de distinguer les niveaux 2 et 3 de cette chaîne de valeur sont précisément à l’origine du problème posé par l’évolution et de l’incertitude sur la distinction entre lignes louées et services de transmission de données.

3.2. Définition des lignes louées

9. Une bonne délimitation des marchés des lignes louées requiert une bonne définition des lignes louées. Dans les définitions que les différentes autorités nationales de régulation en matière de communications électroniques ont retenues, les éléments communs à ces définitions sont les suivants : le caractère permanent de la liaison, le caractère dédié de cette connexion, le caractère exclusif de l’usage dont bénéficie l’utilisateur de la ligne louée.

La définition retenue par l'IBPT reprend bien ces différents éléments : « Les lignes louées sont des liaisons point à point permanentes et dédiées reliant deux sites distincts. Elles peuvent être utilisées pour la transmission de tout type de données » (projet IBPT, p. 30).

10. Le Conseil souhaite formuler un commentaire concernant la délimitation du marché de détail et la distinction entre le niveau 2 et le niveau 3 décrits ci-dessus (n° 8). A cet égard, des précisions de vocabulaire sont utiles. Les services de capacité offerts sur interfaces alternatives recouvrent une large catégorie de produits qui fournissent des connexions point à point, principalement au moyen d'Ethernet sur fibre. Certains produits peuvent se situer à différents niveaux de la chaîne de valeur ajoutée telle qu'elle a été par exemple décrite ci-dessus (n° 8) ; ainsi, les services de données se situent au niveau 3. Les services de données peuvent récupérer une partie de la clientèle de détail des lignes louées parce que les circuits virtuels (« Permanent Virtual Circuit », en abrégé PVC) des services de données sont en quelque sorte des lignes louées mais qui font de la contention. La contention ou possibilité de capacité « contended » signifie que la capacité est attribuée à la demande et dès lors qu'il est possible qu'il n'y ait pas suffisamment de capacité disponible à certains moments, donnant lieu à une transmission par paquets. La transparence de la capacité de transmission désigne la situation opposée : une capacité de transmission transparente signifie qu'il n'est pas possible de faire de la contention.

Certaines autorités de régulation n'excluent pas la contention et donc n'excluent pas, dans leur définition des lignes louées, les services de transmission de données avec contention. Par exemple, le régulateur irlandais (ComReg) définit les lignes louées de la manière suivante : « point to point symmetric capacity between network termination points, whether contended or uncontended, which does not include 'on demand switching' or routing functions controlled by the end user » (Commission for Communications Regulation [“ComReg”], cas IE/2005/0137-0138 et IE/2005/0139-0140, Document 05/03 du 17/01/2005 et document 05/29 du 30/03/2005). Le régulateur irlandais considère que certains services (ATM VPN, IP VPN, circuits Ethernet, services SDSL) offrent des fonctionnalités équivalentes à une ligne louée traditionnelle sur le marché de détail.

11. Par contre, l'IBPT souligne à juste titre que la loi belge définit les lignes louées comme une capacité de transmission transparente. L'article 2 30° de la Loi précise en effet : « 30° « ligne louée » : service de communications électroniques consistant en la fourniture d'un système de communications offrant une capacité de transmission transparente entre les points de terminaison de réseaux, à l'exclusion de la commutation sur demande; ». Dès lors en respectant les prescriptions légales nationales, la définition de l'IBPT doit être différente de la définition donnée par ComReg.

Cet exemple montre que des choix doivent être faits concernant la définition des lignes louées, et par conséquent, la délimitation des marchés pertinents 7 et 13. Le Conseil souligne qu', en tout état de cause, il faut aussi que le champ d'application des remèdes éventuels soit en ligne avec cette délimitation des marchés pertinents (infra, n° 34 et 38).

3.3. Evolution de la notion d'utilisateur final et relation entre marché de gros et marché de détail

12. Comme le relève l'exposé des motifs de la recommandation sur les marchés pertinents, « La demande de capacité réservée ou de lignes louées peut émaner d'utilisateurs finals qui désirent construire des réseaux ou relier des sites, ou d'entreprises qui fournissent elles-mêmes des services à des utilisateurs finals. Il est dès lors possible de définir des marchés de détail et de gros globalement parallèles » (exposé des motifs de la recommandation sur 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, 4.2.3. *Connexions et capacité réservées (lignes louées)*, p. 30).

Contrairement au marché de la téléphonie, il n'existe dès lors pas de différence de nature entre les prestations vendues aux utilisateurs finals (marché de détail) et celles vendues à des opérateurs ou fournisseurs de services à des tiers (marché de gros). Ainsi, le projet de l'IBPT précise que « Les principaux opérateurs présents sur le marché de détail des lignes numériques offrent des lignes louées de gros. Ces lignes louées ont les mêmes débits et caractéristiques techniques que les lignes louées numériques de détail » (projet IBPT, p. 72). Par exemple, un utilisateur final important pourrait négocier sa migration vers le marché de gros en vue de bénéficier de tarifs de gros plus avantageux que les tarifs de détail, qui peuvent être supérieurs de plus de 40%, voire de 50%, aux tarifs de gros (projet IBPT, pp. 34 et 73).

13. Inversement, le projet IBPT mentionne que « Les opérateurs alternatifs ont souvent recours à des produits liaisons louées dites « de détail » parce que leur tarification est plus intéressante que celle des produits dits « de gros » » (projet IBPT, p. 94). Lors de la présentation faite le 23 octobre 2006, il a été confirmé que nombre d'opérateurs ont préféré louer leurs lignes sur le marché de détail en raison de ristournes plus avantageuses que sur le marché de gros. L'importance de ces ristournes vient de l'obligation de non-discrimination combinée à l'obligation de transparence imposée sur le marché de détail 7, ce qui a conduit Belgacom à accorder aux opérateurs les mêmes conditions de rabais que celles accordées à ses clients particuliers. Les opérateurs peuvent préférer dès lors ce produit de détail au produit de gros, pour lequel le remède imposé (sur le marché 13) est jugé insuffisant. Ces opérateurs – quand ils n'ont pas la boucle locale - utilisent ces lignes louées sur le marché de détail pour raccorder les clients à leur réseau. Le projet IBPT donne également un exemple chiffré pour expliquer pourquoi les services de gros de Belgacom, les « *half links* », ne sont que très peu utilisés par les opérateurs alternatifs. La construction d'une ligne louée de détail nécessite en effet deux *half links* dont les tarifs sont basés sur la longueur d'une ligne brisée passant par chaque extrémité de la ligne de détail et par le POP de Belgacom ou de l'opérateur. Par contre, la tarification de la ligne louée de détail est basée sur la distance calculée à vol d'oiseau entre les deux extrémités de la ligne louée (projet IBPT, p.94 et figure 3.3, p. 95) .

Ce transfert de la demande de lignes louées entre le marché de détail et le marché de gros fait apparaître que la distinction entre les utilisateurs finals (les utilisateurs de lignes louées sur le marché de détail) et les utilisateurs qui sont eux-mêmes des opérateurs (les utilisateurs de lignes louées sur le marché de gros), est sujette à des négociations et des évolutions, et que, dès lors, la distinction entre le marché de détail 7 et le marché de gros 13 n'est pas établie de manière totalement claire. Le Conseil est d'avis que ceci pose le problème de la quantification du lien entre d'une part ces transferts ou migrations et d'autre part la taille respective des marchés 7 et 13 (infra, n° 29, alinéa 4 et n° 36).

4. Délimitation des marchés pertinents

4.1. La détermination du marché de détail (marché 7)

14. L'IBPT définit le marché pertinent de détail comme le marché national de l'ensemble minimal des lignes louées d'un débit inférieur ou égal à 2 Mbit/s. A la question de savoir si les services de capacité sur des interfaces alternatives sont des substituts aux lignes louées, la

réponse de l'IBPT paraît nuancée. Il apparaît que c'est surtout le critère de la transparence de la capacité de transmission qui est décisif aux yeux de l'IBPT pour donner une réponse à la question de la détermination du marché (supra, n° 10 et 11). Ainsi, l'IBPT n'inclut pas dans la définition du marché pertinent les autres services de transmission de données nécessitant la contention ou l'utilisation d'un protocole, même s'ils peuvent être configurés pour fournir une capacité de transmission point à point (projet IBPT, p. 42 et 43) et même si on observe une migration des lignes louées vers les interfaces alternatives.

L'argument serait donc que la contention qu'impliquent ces interfaces alternatives est peut-être acceptable pour les utilisateurs finals sur le marché de détail, mais pas sur le marché de gros où des variations de capacité disponible ne sont pas acceptables. Ainsi, il y aurait cohérence dans la définition du marché de détail (marché 7) et du marché de gros (marché 13).

Donc, l'IBPT n'exclut pas les interfaces alternatives en tant que tel. Pour les services Ethernet, les services VLAN (Virtual LAN) sont exclus du marché pertinent parce qu'ils font également de la contention. Par contre, tout service de transmission de données qui fournit une capacité de transmission transparente entre deux points, avec un débit garanti, est inclus par l'IBPT dans le marché des lignes louées, quelle que soit la technologie utilisée. Le projet de l'IBPT a donc bien pour objectif de répondre à l'impératif de neutralité technologique : « Du point de vue de la demande, le degré de substituabilité entre les lignes louées de débit inférieur à 2 Mbit/s et les autres services de transmission de données est insuffisant pour les inclure dans le marché pertinent. L'Institut souligne toutefois que la distinction entre liaison louée et autre service de transmission de données ne repose pas sur un critère technologique, mais plutôt sur un critère fonctionnel. Tout service de transmission de données qui fournit une capacité de transmission transparente, entre deux points avec un débit garanti (par exemple l'émulation de circuits AAL1 des réseaux ATM), sera considéré comme une liaison louée, quelle que soit la technologie utilisée (ATM, Frame Relay, IP/MPLS, Ethernet,...) » (projet IBPT, p. 43).

15. Alors que le critère de transparence de la capacité de transmission apparaît pertinent pour rendre compte de la délimitation du marché de détail par l'IBPT, le Conseil considère que le maintien d'un grand différentiel de prix entre lignes louées et services de données ne suffirait pas pour conclure qu'il s'agit de marchés distincts. Pourtant, le projet IBPT suggère qu'en dépit d'une migration, le maintien de différentiels de prix significatifs serait un élément d'appréciation du marché pertinent : « Même si cet élément n'est pas décisif en lui-même pour conclure à la substituabilité du point de vue de la demande, un écart de prix substantiel et durable entre différents produits constitue un indice de non-substituabilité et donc de non-appartenance au même marché » (projet IBPT, p. 7). Ainsi, si la capacité de transmission transparente avec débit garanti est nécessaire pour une catégorie d'utilisateurs, le prix des services de capacité requérant la contention n'exercera pas de pression concurrentielle, quel que soit le différentiel de prix.

Le Conseil se demande s'il faut, pour autant, délimiter un marché pertinent distinct pour cette catégorie d'utilisateurs. Le Conseil remarque en outre que les disparités de prix sont également importantes au sein du marché des lignes louées sur interfaces traditionnelles en fonction de la bande passante et de la longueur de la ligne louée (projet IBPT, p. 34), de même que les disparités de prix peuvent être importantes au sein des services de capacité en fonction du taux de contention (voir les chiffres pour le cas des Pays-Bas dans « Besluit marktanalyse huurlijnen », OPTA/BO/2005/203430, version publique, 21 décembre 2005, figure 13, p. 81).

16. Le Conseil s'interroge sur les évolutions possibles dans l'avenir. Il est imaginable que le mouvement de migration vers les services de données s'accroisse, par exemple parce que de plus en plus d'utilisateurs se satisferaient d'un débit qui n'est pas garanti à 100%. Ainsi, aux Pays-Bas, il semble qu'il y a depuis la fin 2002 une migration des lignes louées digitales vers les services de données du type IP-VPN (« Besluit marktanalyse huurlijnen », OPTA/BO/2005/203430, version publique, 21 décembre 2005, figure 9 p. 62).

On peut alors se demander si l'IBPT ne serait pas amené à revoir la délimitation du marché 7 - avant même l'expiration d'une période de trois ans - pour y inclure certains services de données. Mais une telle révision de la délimitation du marché se heurterait à la définition de ligne louée imposée dans l'article 2 30° de la Loi, à savoir une capacité de transmission transparente.

Cette interrogation du Conseil concernant la délimitation du marché se justifie d'autant plus que le projet sous examen est introduit assez tard dans le processus de détermination et d'analyse des marchés pertinents, de la désignation des opérateurs disposant d'une puissance significative et d'imposition des obligations destinées à assurer une concurrence effective ; et que la position de la Commission européenne en matière de remèdes sur les marchés de détail est en train d'évoluer, jusqu'à remettre en cause l'identification du marché 7 : « Whether there is a need to regulate at both retail and wholesale level in the market is not clear.... With wholesale regulation in place, there should be little barriers to entry into the retail market... Thus, the retail market for the minimum set of leased lines will not be identified in this draft revised Recommendation” Draft Commission recommendation, 28/06/2006).

Cependant, une modification de la réglementation belge qui, pour s'adapter à l'évolution du cadre réglementaire européen, remettrait en cause l'existence de remèdes sur le marché 7, paraît se heurter aussi à une contrainte législative du droit national, à savoir au prescrit de l'article 65 de la Loi qui impose des remèdes en matière de fourniture du paquet minimum de lignes louées en cas d'absence de concurrence effective; or, la non concurrence sur le paquet minimum de lignes louées résulte bien davantage de la tendance à la disparition de ce paquet minimum – au profit des services de données et des lignes de plus haut débit – que de barrières à l'entrée.

Il faudrait donc, en vue de permettre au régulateur belge de s'adapter à l'évolution de la technologie et du marché, réfléchir à la possibilité de modifier la Loi, par exemple en supprimant la qualification de “transparence” de l'article 2 30°, voire en abrogeant l'obligation imposée par l'article 65 concernant le paquet minimum.

4.2. La distinction entre le marché 13 et le marché 14

17. Pour délimiter les deux marchés de gros, les marchés 13 et 14, l'IBPT a pris en compte le réseau de Belgacom, en distinguant quatre niveaux dans l'architecture du réseau de lignes louées de Belgacom en Belgique :

- Le niveau 1 (« Express rings ») est composé des 4 Express rings qui couvrent 12 villes.
- Le niveau 2 (appelé « Niveau SDH ») connecte environ 40 villes au niveau national (environ 10 villes par Express ring) .
- Le niveau 3 (« Niveau régional ») comprend les rings régionaux. Chaque ring régional couvre environ 150 LEXS. L'abréviation LEX signifie ‘Local Exchange’.
- Le niveau 4 connecte les LEXS aux utilisateurs finals ou aux POP des opérateurs, soit directement par liaison en fibre ou paire de cuivre, soit par l'intermédiaire d'un LDC (Local Distribution Center).

L'IBPT considère que :

- « Le marché de gros des segments de lignes louées sur le circuit interurbain est constitué par les lignes louées de gros reliant les 12 nœuds des *express rings* de Belgacom (niveau 1 de son architecture) et les nœuds de l'infrastructure de niveau 1 équivalents [...] des autres opérateurs ». Il s'agit donc du marché 14.
- « Le marché de gros des segments terminaux de lignes louées est constitué par toute ligne louée de gros dont les deux extrémités dépendent hiérarchiquement du même nœud de niveau 1, et ce quelle que soit la nature des points de terminaison de la ligne : site d'un utilisateur final, POP d'un opérateur alternatif, site de Belgacom, etc... » Il s'agit donc du marché 13.

18. Cette distinction entre les marchés 13 et 14, telle que pratiquée par l'IBPT, ne soulève pas de problème particulier et est conforme à la recommandation.

4.3. La délimitation du marché 13

19. Les segments terminaux que l'IBPT inclut dans le marché 13 sont aussi bien une liaison de type « backhaul » ou « IC Link » qu'une ligne du type « *half link* » » (projet IBPT, p. 76).

Le Conseil pose pour le marché de gros 13 la même question de clarification concernant les interfaces alternatives que pour le marché de détail. L'IBPT considère-t-il que ces interfaces alternatives ne sont pas exclues de la définition du marché 13, sauf lorsqu'il s'agit de services faisant de la contention et ne garantissant donc pas la transparence de la capacité de transmission (cfr supra, n° 14 pour le marché de détail) ?

Selon le Conseil, le souci de cohérence avec l'exigence de « transparence » contenue dans la définition de ligne louée de l'article 2 30° de la Loi apparaît dans l'analyse de non substituabilité entre les segments terminaux de ligne louée et les offres d'accès à un débit binaire (bitstream) BROBAII (projet IBPT, p. 81 et 82), où l'IBPT insiste sur la capacité de transmission totalement transparente des lignes louées, alors que la contention ou le temps de réponse qu'implique BROBAII, n'est pas acceptable sur le marché de gros (voir supra, n° 10 et n° 14).

Le Conseil se demande néanmoins si l'accès à un débit binaire (bitstream) par un service ATM AAL1 permet ou non une capacité de transmission transparente et dès lors permet ou non des lignes louées. En effet, à propos de la neutralité technologique, le projet IBPT énonce (supra, n° 14) : « Tout service de transmission de données qui fournit une capacité de transmission transparente, entre deux points avec un débit garanti (par exemple l'émulation de circuits AAL1 des réseaux ATM), sera considéré comme une liaison louée, quelle que soit la technologie utilisée (ATM, Frame Relay, IP/MPLS, Ethernet,...) » (projet IBPT, p. 43). Or, le projet IBPT dit également : « L'IBPT reconnaît que certains services permettent de limiter cette barrière à l'entrée mais uniquement de façon limitée. En effet, la disponibilité du dégroupage (paire de cuivre) ou bitstream access (par un service ATM AAL1) ou encore de fibres noires déployées en Belgique, permet de diminuer les barrières à l'entrée sur ce marché. Toutefois, ces options ne sont encore que peu exploitées par les opérateurs alternatifs... » (projet IBPT, pp. 101 et 102).

Le Conseil constate que c'est bien ce souci de cohérence par rapport à la définition que donne la loi belge des lignes louées – à savoir une capacité de transmission transparente – qui peut expliquer les différences de définition du marché de gros selon les pays ; ainsi, le régulateur français (ARCEP) a défini le marché 13 comme les segments terminaux de tous débits et sur tous types d'interfaces, ce qui constitue une définition plus large que celle de l'IBPT.

20. Lorsque l'IBPT examine la question de l'éventuelle scission du marché 13 selon les débits, l'IBPT conclut à la non substituabilité du côté de la demande sur la base des écarts significatifs de tarifs des *half links* de Belgacom en fonction de la bande passante (projet IBPT, p. 80). Le même argument basé sur les disparités de prix est utilisé dans le projet IBPT pour justifier la non substituabilité du côté de la demande entre d'une part les segments terminaux de lignes louées et, d'autre part, les offres d'accès à un débit binaire Broba II SDSL (projet IBPT, p. 82) et l'accès dégroupé aux boucles et sous-boucles sur lignes métalliques (projet IBPT, p. 84, alinéa 1). Le Conseil fait remarquer que les limites d'un marché sont définies sur la base des contraintes qui s'exercent sur le comportement de prix des entreprises et non pas sur la seule base de l'importance du différentiel de prix (cfr supra n° 15).

21. Lorsque l'IBPT examine la question de l'éventuelle scission du marché 13 selon les débits, l'IBPT observe qu'il n'y a pas en principe de substituabilité du côté de l'offre entre des segments terminaux de lignes louées pour des débits allant jusqu'à 2 Mbit/s et des segments terminaux pour des débits supérieurs à 2 Mbit/s. Toutefois, l'IBPT conclut à la substituabilité du côté de l'offre sur la base de l'argument selon lequel « en Belgique, les fournisseurs en gros de segments terminaux de lignes louées bas débit (notamment Belgacom) fournissent également des segments terminaux haut débit. De ce fait, il n'est pas nécessaire ... [de diviser] le marché des segments terminaux de ligne louée en fonction de la bande passante, car le principal fournisseur de ces segments terminaux fournit l'ensemble de la gamme de débits, présentant donc une continuité dans l'offre et des conditions homogènes de concurrence » (projet IBPT, pp. 80 et 81).

Le Conseil souligne que cette argumentation soulève une question de principe, à savoir : le fait qu'un opérateur offre une gamme de produits est-il indicatif de la substituabilité de l'offre entre les produits de la gamme ? Cette question de principe est d'autant plus importante que l'IBPT utilise également cet argument pour justifier la substituabilité de l'offre entre d'une part, les segments terminaux de lignes louées jusqu'à l'utilisateur final (« half-link ») et d'autre part, les services de collecte backhaul (projet IBPT, p. 89, alinéa 3) et les liaisons d'interconnexion « IC Link » (projet IBPT, p. 91, alinéa 2).

22. Le Conseil remarque aussi que cette absence de scission du marché des segments terminaux en fonction des débits est néanmoins utilisée dans le projet IBPT pour expliquer la non substituabilité entre d'une part, les segments terminaux de lignes louées et d'autre part, les offres d'accès à un débit binaire BROBA II SDSL (« Les débits permis par l'offre d'accès à un débit binaire BROBA II SDSL ne sont pas aussi importants que ceux offerts par les segments terminaux de lignes louées », projet IBPT, p. 81) et l'accès dégroupé aux boucles et sous-boucles sur lignes métalliques (« Sur le plan des usages, la paire de cuivre ne peut être utilisée pour des débits supérieurs à 2 Mbit/s alors que les segments terminaux ne sont pas limités à un débit de 2 Mbit/s », projet IBPT, p. 83).

23. Le Conseil remarque aussi que cette absence de scission du marché de gros des segments terminaux en fonction des débits peut sembler à première vue peu cohérente avec la délimitation du marché de détail, défini comme le marché national de l'ensemble minimal des lignes louées d'un débit inférieur ou égal à 2 Mbit/s.

Pourtant, le souci de cohérence entre l'examen du marché de détail et l'examen du marché de gros est explicite dans le projet IBPT: « Compte tenu de l'interdépendance entre le marché de gros des segments terminaux et les marchés de détail des lignes louées (lignes louées analogiques et numériques tous débits confondus), l'analyse est structurée autour de l'examen des marchés de détail, afin d'alimenter l'analyse du marché de gros » (projet IBPT, p. 97). Le souci de cohérence semble donc aller jusqu'au point où le marché de détail pourrait inclure les

lignes d'un débit supérieur à 2 Mbit/s. En fait, il apparaît à la lecture de l'ensemble du projet de l'IBPT que l'Institut veut concilier ce souci de cohérence entre marché de gros et marché de détail avec un objectif de cohérence entre la délimitation des marchés pertinents et le champ d'application des remèdes (cfr supra n° 11) : « Pour les marchés de détail de lignes louées, l'IBPT considère qu'il existe un marché pertinent des lignes louées de détail qui comprend les lignes analogiques et les lignes numériques allant jusqu'à un débit de 2 Mbit/s. Sans le définir aux fins de la mise en place d'une réglementation ex ante, l'IBPT considère qu'il existe également un marché pertinent des lignes louées de détail supérieures à 2 Mbit/s » (projet IBPT, p. 80).

4.4. Détermination du marché 14

24. La distinction entre le marché 13 et le marché 14 est basée sur les niveaux dans l'architecture du réseau des différents opérateurs, et en particulier sur la présence de ces opérateurs au niveau de l'express ring (supra, n° 17 ; projet IBPT, p. 140). Le Conseil souligne que c'est aussi le souci d'aligner le champ d'application des remèdes sur la délimitation des marchés pertinents (cfr supra, n° 11 et 23) qui justifie la démarcation opérée par l'IBPT entre le marché 13 et le marché 14. En effet, les opérateurs alternatifs ont en grande partie dupliqué l'infrastructure de niveau 1 (Express Ring) de telle sorte que la distinction entre l'Express Ring, d'une part, et les liaisons situées à des niveaux hiérarchiques inférieurs, d'autre part, correspond à une différence importante dans l'environnement concurrentiel en Belgique (projet IBPT, pp. 135 à 137 et p.147).

Cependant, l'IBPT ne propose pas de démarcation alternative entre le marché 13 et le marché 14. Par exemple, on peut se demander si la distinction entre les infrastructures de niveaux 1 et 2 (Express Ring et niveau SDH) d'une part, et les liaisons situées à des niveaux hiérarchiques inférieurs d'autre part, aurait mené aux mêmes conclusions en terme de non-dominance.

5. Analyse de marché et identification des opérateurs puissants

25. En vue d'identifier un ou des opérateurs puissants, l'IBPT a dû déterminer les indicateurs de mesure de la taille des marchés, ainsi que le mode de calculs des parts de marché, et opter pour la prise en compte de l'autoconsommation.

26. Pour mesurer la taille des marchés, les indicateurs disponibles sont le nombre de lignes, le chiffre d'affaires ou la capacité installée. Le nombre de lignes est un indicateur très imparfait puisqu'il ne prend en compte ni la capacité ni la distance des liaisons. Il est cependant possible d'ajuster le nombre de lignes pour la capacité en vue d'obtenir ce qu'on appelle le nombre de lignes équivalentes.

Le chiffre d'affaires présente l'avantage de prendre en compte à la fois la capacité et la distance des liaisons.

La capacité installée présente le désavantage de surestimer la dimension effective du marché parce que la capacité des paires de cuivre et des fibres installées dépasse généralement les besoins prévisibles à court et à moyen terme au moment de leur installation, vu la hauteur des dépenses à fonds perdus pour l'ouverture et le creusement de la voirie.

A cet égard, le § 77 des « lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communication électroniques » expriment

une préférence pour le chiffre d'affaires (ou revenu) dans le cas des lignes louées (JOUE 2002/C 165/03 du 11 juillet 2002).

27. Pour mesurer la dimension du marché de détail, l'IBPT s'est basé non seulement sur le revenu (projet IBPT, figures 2.8 et 2.9, p. 49), mais aussi sur le nombre de lignes (projet IBPT, figures 2.6 et 2.7, p. 48 ; figure 2.11 p. 50). Pourtant, dans le cadre de l'analyse du marché 14 - pour lequel la taille peut être estimée uniquement en capacité parce que les données des opérateurs ne permettent pas d'estimer les revenus issus des segments interurbains -, le projet de l'IBPT précise que « raisonner en nombre de lignes de détail interurbaines « équivalentes » fournies sur le marché de gros de segment interurbain n'est pas pertinent car on associerait alors implicitement la même importance à une ligne à très bas débit (64 kbit/s par exemple) et une ligne à haut débit (155 Mbit/s par exemple). » (projet IBPT, p. 143).

28. La question de la relation entre marchés de gros et marchés de détail se pose, non seulement pour la délimitation des marchés pertinents (supra, n° 23), mais également pour la mesure de la dimension du marché et des parts de marché. Ainsi, l'IBPT utilise les données du marché de détail pour estimer la taille du marché de gros 13 et pour calculer les parts de marché : « En incluant l'autofourniture, la taille du marché de gros des segments terminaux est, en nombre de lignes et en capacité, au moins égale au nombre de lignes et à la capacité des lignes louées vendues au détail. En effet, chaque ligne louée vendue au détail est constituée d'au moins deux segments terminaux (chacune des extrémités doit être reliée à un POP même si c'est le même) combinés éventuellement à un segment interurbain (voir projet IBPT, p. 93 ; figure 3.3 p. 95 et figure 4.4 p. 139). En ce qui concerne les parts de marché, il est possible d'utiliser les parts de marché des lignes louées vendues au détail pour estimer celles des marchés de gros » (projet IBPT, p. 99). Il en va de même pour l'analyse du marché 14 : « Compte tenu de l'interdépendance entre le marché de la fourniture en gros de segments de lignes louées sur le circuit interurbain et les marchés de détail des lignes louées (lignes louées analogiques et numériques tous débits confondus), l'analyse est structurée autour de l'examen des marchés de détail, afin d'alimenter l'analyse du marché de gros » (projet IBPT, p. 142).

29. Concernant le marché 13, le Conseil s'interroge sur le caractère totalement satisfaisant de cette approche. En effet, le marché 13 n'est pas seulement composé de segments terminaux du type *half link* qui constituent les lignes louées vendues au détail, mais est également composé de segments terminaux de type « backhaul » et « IC Link » : « A titre d'exemple, les produits « backhaul » et « IC Link » sont, pour l'Institut, des produits de gros dès lors qu'ils sont achetés par un opérateur ou fournisseur de services de communications électroniques » (projet IBPT, p. 94). On peut dès lors se demander si et dans quelle mesure, en se basant uniquement sur le nombre et la capacité des lignes vendues au détail, la taille du marché de gros 13 n'est pas sous-estimée.

En outre, les marchés de gros (segments terminaux et segments interurbains) peuvent être sous-jacents à d'autres marchés de détail que le marché des lignes louées, comme le fait remarquer le régulateur néerlandais (« Besluit marktanalyse huurlijnen », OPTA/BO/2005/203430, op. cit., 21 décembre 2005, figures 26 et 27, pp. 118 et 124).

Une difficulté supplémentaire pour estimer la taille du marché de gros à partir de la taille du marché de détail réside dans le fait que le ratio entre les tailles de ces deux marchés peut être différent en fonction de la capacité des lignes : selon les calculs du régulateur néerlandais, pour les lignes louées de détail de capacité supérieure à 2 Mbit/s, le chiffre d'affaires du marché de gros sous-jacent est le double du chiffre d'affaires sur le marché de détail (le ratio

est égal à 2); pour les lignes louées d'une capacité inférieure à 2 Mbit/s, ce ratio est égal à 1,35 (« Besluit marktanalyse huurlijnen », OPTA/BO/2005/203430, op. cit., 21 décembre 2005, pp. 118 et 124).

Au demeurant, le projet IBPT relève lui-même que la relation entre le marché de détail et le marché de gros est rendue complexe par le fait que les lignes louées de détail offertes par les opérateurs alternatifs ne sont pas basées exclusivement sur l'offre de gros *half link* de Belgacom, mais aussi sur l'offre de détail de Belgacom (cfr supra, n° 12) : « En outre, les opérateurs alternatifs sont également dépendants des offres de détail de Belgacom. En effet, ils achètent un nombre important de lignes louées de détail, soit pour la revente, soit pour offrir des services de collecte ou de réseau virtuel privé IP (IP VPN) par exemple » (projet IBPT, p. 55 et p. 93).

30. La mesure de la taille des marchés de gros et des parts de marché pose le problème de l'autofourniture. L'IBPT a décidé de prendre en compte l'autofourniture dans l'analyse des marchés 13 et 14 sur la base des considérations suivantes : « ...les opérateurs alternatifs ne sont pas actuellement en mesure de distinguer sur le marché de gros les services vendus qui correspondent à des segments terminaux et/ou à des segments interurbains. En pratique, l'évaluation de la taille et des parts de marchés du marché de gros des segments interurbains, en ne considérant pas l'autofourniture (production interne des entreprises) n'est donc pas quantifiable. D'après les informations fournies par les opérateurs alternatifs, l'IBPT estime que plus de 50% des lignes louées de détail offertes par des opérateurs alternatifs sont basées sur des services de Belgacom (notamment pour la fourniture de segments terminaux). Néanmoins, l'IBPT estime que ces considérations ne permettent pas de quantifier de manière satisfaisante le marché de gros externe et considère donc, dans ce contexte, que la prise en compte de l'autofourniture constitue le meilleur instrument pour quantifier le marché de gros des segments terminaux » (projet IBPT, p. 95 et 96).

En outre, pour le marché 14, le projet IBPT justifie par un SSNIP test la prise en compte de l'autofourniture dans le calcul des parts de marché (projet IBPT, p. 141).

31. Cette inclusion de l'autoconsommation constitue une évolution importante par rapport à la position de l'IBPT dans son analyse des marchés du groupe 'Accès'.

Dans son avis relatif aux marchés du groupe 'Accès', le Conseil de la concurrence avait exprimé son désaccord avec l'exclusion de l'autofourniture, notamment parce que l'exclusion de l'autofourniture crée une distorsion importante entre le marché de gros et le marché de détail sous-jacent (avis du Conseil de la concurrence du 25 mars 2006, n° 25 à 35).

Le Conseil de la concurrence ne peut dès lors qu'approuver cette prise en compte de l'autofourniture qui permet une meilleure adéquation entre les marchés de gros et de détail.

L'inclusion de l'autofourniture ne permet pas pour autant un calcul exact des parts de marché. Ainsi sur le marché 13, l'IBPT calcule les parts de marché de Belgacom en nombre de lignes et en incluant l'autofourniture (projet IBPT, p. 100). Le Conseil fait remarquer que la mesure de la dominance sur la base de la part de marché calculée à partir du nombre de lignes uniquement n'est pas nécessairement correcte, non seulement parce que le prix des lignes varie selon les débits et la distance, mais aussi parce que le taux d'autofourniture des opérateurs alternatifs pourrait varier selon les débits.

32. L'analyse de marché doit tenir compte, parmi les facteurs influençant la concurrence, des remèdes imposés.

Le projet de l'IBPT ne présente pas d'analyse systématique de l'effet, sur la concurrence dans le marché de détail des lignes louées (marché 7), de la régulation des marchés de gros, en

particulier, de la disponibilité des offres Broba, *half link* et dégroupage de la boucle locale (Unbundled local loop, en abrégé ULL). Lorsqu'il est fait allusion à l'effet de ces remèdes sur le marché de gros, l'évaluation n'est pas exempte d'ambiguïté. Par exemple, concernant l'*half link*, certains extraits du projet IBPT suggèrent que cette offre ait été effective : "En effet, afin de fournir des lignes louées de détail, les opérateurs alternatifs sont, dans de nombreux cas, dépendants de l'offre de gros de Belgacom (*half link*) » (projet IBPT, p. 54) et : "ces obligations ont contribué à l'émergence d'une concurrence sur le marché belge des lignes louées, et leurs effets commencent à se faire sentir" (projet IBPT, p. 59). Un véritable marché de gros semble s'être développé : "L'IBPT estime que plus de 50% des lignes louées de détail offertes par des opérateurs alternatifs sont basées sur des services de Belgacom (notamment pour la fourniture de segments terminaux)" (projet IBPT, p. 96).

Mais ailleurs dans le texte, l'IBPT constate que "les services de gros de Belgacom, les *half links*, ne sont que très peu utilisés par les opérateurs alternatifs" (projet IBPT, p. 93). Cette constatation est confirmée par Belgacom, dans ses commentaires sur le projet IBPT.

33. L'analyse concurrentielle de l'IBPT prend en compte brièvement des développements technologiques possibles. Ainsi, pour le marché 13, « l'Institut considère que l'utilisation des débits de type PDH/SDH [les standardisations actuelles de transmission] ... va évoluer vers une utilisation des débits de type « longueur d'onde » (essentiellement Ethernet, Fast Ethernet et Giga Ethernet). Toutefois cette évolution ne changera pas les caractéristiques essentielles du marché car, à l'exception de certaines zones à forte concentration économique, Belgacom est le seul opérateur à posséder un réseau capillaire de fibres optiques permettant de fournir ces nouveaux services » (projet IBPT, p. 106).

Ce type d'analyse prospective est importante et aurait peut-être mérité davantage de développements : S'agit-il de services de capacité sur interfaces alternatives qui font de la contention ou pas ? Y a-t-il une demande capillaire pour tous ces services Ethernet, y compris le Giga Ethernet ? L'obligation d'accès et d'interconnexion que l'IBPT envisage d'imposer à Belgacom sur le marché 13 peut-elle remédier à l'absence de concurrence dans le marché 13 ? (voir infra, n° 37 et 38).

6. Obligations imposées à l'opérateur disposant d'une puissance significative sur les marchés 7 et 13.

34. Les obligations imposées à l'opérateur disposant d'une puissance significative doivent être relatives à des services offerts sur le marché pertinent, ainsi qu'il a été déterminé par l'IBPT, en l'occurrence les marchés 7 et 13.

Ces marchés étant limités aux lignes louées, au sens de l'article 2, 30° de la Loi, c'est-à-dire aux services consistant en la fourniture d'un système de communication offrant une capacité de transmission transparente, les obligations ne peuvent concerner que ces services-là. En effet, comme il a été indiqué ci-dessus, le champ d'application des obligations ne peut pas excéder la délimitation du marché pertinent (voir n° 11).

6.1. Obligations sur le marché 7

35. En ce qui concerne le marché 7, l'IBPT impose les obligations prévues à l'article 65 de la Loi, qui s'adressent aux opérateurs disposant d'une puissance significative « sur le marché de fourniture d'une partie ou de l'ensemble du paquet minimum de lignes louées, comme spécifié dans la liste des normes du paquet minimum de lignes louées avec les caractéristiques européennes harmonisées publiée dans le Journal officiel des Communautés européennes ».

Il s'agit des obligations suivantes :

- obligation d'orientation des tarifs vers les coûts et un système de comptabilisation des coûts;
- transparence, c'est-à-dire publication des informations sur les caractéristiques techniques, les tarifs et les conditions de livraison du type en question de lignes louées ;
- non discrimination.

S'agissant de l'orientation vers les coûts, le projet IBPT précise qu'elle sera évaluée selon une méthode « top down » après réconciliation éventuelle avec une méthode « bottom up » (projet IBPT, p. 67). De manière étonnante, le projet IBPT évoque à un autre endroit la suppression de cette obligation d'orientation des tarifs en fonction des coûts : « D'une façon générale, suite à la consultation nationale, l'IBPT a apporté un certain nombre de nuances et de précisions à son document... En outre, l'Institut a supprimé l'obligation d'orientation vers les coûts, imposée à l'opérateur puissant sur le marché 7, jugeant que cette obligation est disproportionnée » (projet IBPT, p. 27).

D'autres obligations, prévues notamment par les articles 58 à 64 de la Loi, telles que des obligations en ce qui concerne l'accès et l'interconnexion ou la séparation comptable, ne sont pas imposées.

36. Comme indiqué plus haut (supra, n° 16), il semble permis de poser la question de savoir si des obligations relatives à ce marché de détail sont encore nécessaires, étant donné que l'opérateur disposant d'une puissance significative se voit déjà imposer ces mêmes obligations, complétées par d'autres, sur le marché de gros, en l'espèce le marché 13. Les arguments en faveur du maintien d'obligations relatives au marché de détail sont les suivants :

a. On a vu que la distinction entre le marché de détail 7 et le marché de gros 13 n'est pas établie de manière totalement claire parce que la notion d'utilisateur final est sujette à évolution et à interprétation ; en particulier des utilisateurs essaient d'obtenir leurs lignes louées aux tarifs de gros tandis que des opérateurs alternatifs peuvent préférer s'approvisionner sur le marché de détail plutôt que sur le marché de gros (voir supra, n° 12 et 13).

Cette difficulté de distinguer les deux marchés se manifeste par la difficulté d'en estimer la taille. Ainsi, le projet IBPT mentionne (p. 93) : « L'IBPT note que les services de gros de Belgacom, les *half links*, ne sont que très peu utilisés par les opérateurs alternatifs. Compte tenu des spécificités de ces produits, de nombreux opérateurs alternatifs préfèrent acheter et revendre à leurs clients finals des liaisons louées de détail de Belgacom plutôt que d'utiliser les *half links* de Belgacom ».

La réponse de Belgacom à la consultation confirme que les *half links* sont faiblement utilisés.

b. Le projet IBPT poursuit sur ce thème de la distinction entre produits de gros et produits de détail (projet IBPT, p. 94) : « Les opérateurs alternatifs ont souvent recours à des produits liaisons louées dites « de détail » parce que leur tarification est plus intéressante que celle des produits dits « de gros ». Néanmoins, les obligations réglementaires applicables à une liaison louée ne devraient pas dépendre du nom donné à cette liaison par son fournisseur, mais de l'activité de l'acheteur ».

Il résulte de cette citation que, pour l'IBPT, il faut réguler le marché de détail au même titre que le marché de gros puisque le marché de détail remplit le même rôle que le marché de gros lorsque l'acheteur est un opérateur alternatif ou une entreprise offrant aux tiers des services de communication électronique. On pourrait aussi en inférer que, pour l'IBPT, il faut éviter de

créer des situations où l'acheteur de la ligne migrerait entre le marché de gros et le marché de détail en fonction de la sévérité relative des obligations sur ces deux marchés : « D'autre part, les obligations réglementaires imposées à Belgacom sur le marché des segments terminaux (Marché 13) devraient permettre aux opérateurs de ne plus utiliser des lignes louées de détail en remplacement des produits de gros de Belgacom » (projet IBPT, p. 149).

c. Dans une section consacrée à la méthodologie relative à l'imposition des remèdes appropriés, l'IBPT précise (projet IBPT p. 17) : « Lorsqu'une entreprise dispose d'une puissance significative sur un marché de détail ou sur un marché de gros, l'ARN doit appliquer au moins une obligation. Sur les marchés de gros, les ARN peuvent imposer les remèdes prévus dans la directive « accès ». Sur les marchés de détail, les ARN doivent privilégier les remèdes de la directive « accès ». Si l'ARN présume que ceux-ci ne seraient pas suffisants pour réaliser les objectifs du nouveau cadre réglementaire, elle peut alors imposer une ou plusieurs obligations prévues par l'article 17 de la directive « service universel » » (projet IBPT, pp. 17 – 18).

On peut se référer, pour la base juridique de ce raisonnement de l'IBPT, à l'article 16, §§ 2 et 4, de la Directive « cadre ».

Concernant le marché de détail tel qu'il a été défini, c'est-à-dire l'ensemble minimal de lignes louées de capacité inférieure ou égale à 2 Mbit/s, l'IBPT estime qu'il est certain que cet ensemble minimal est en voie de disparition au profit des services de données et des lignes de plus haut débit. Ce marché n'est donc pas concurrentiel à cause de ce phénomène de disparition progressive qui décourage toute entrée, et non pas à cause de l'existence de barrières à l'entrée auxquelles il pourrait être remédié. L'IBPT veut donc maintenir la régulation sur ce marché de détail.

Le Conseil souligne à cet égard la cohérence du raisonnement de l'IBPT. C'est parce que l'IBPT définit de manière stricte le marché de détail et le concept de « ligne louée » - par la transparence de la capacité de transmission - que l'IBPT est amené à exclure du marché pertinent les segments les plus dynamiques de la demande (services de données et lignes de plus haut débit) et qu'il est amené à maintenir la régulation.

A cet égard, il paraît intéressant de comparer le cas belge avec la situation en France où, tout comme en Belgique, les opérateurs alternatifs ont continué à acheter des liaisons louées au catalogue de détail de l'opérateur historique pour construire leurs propres offres, en dépit de la disponibilité technique d'une offre de gros depuis 2002. Cependant, en France, le marché de détail - ainsi d'ailleurs que le marché de gros - est défini en y incluant les services de données avec interfaces alternatives et tous les débits, à l'opposé de la Belgique (supra n° 19, alinéa 3 ; projet IBPT, p. 46). Le régulateur français (l'ARCEP) peut dès lors dire qu'il « surveillera les développements des marchés de détail et réexaminera ce marché avant la fin de la période de l'analyse, s'il apparaissait notamment que les nouvelles propositions de réglementation de gros avaient un impact significatif sur le marché amont » (lettre de la Commission européenne du 24 juillet 2006 concernant les cas FR/2006/0415 à 0417, décision 06-0592 de l'ARCEP du 26/09/2006, avis n° 06-A-10 du 12/05/2006 du Conseil de la concurrence).

6.2. Obligations sur le marché 13

37. En ce qui concerne le marché 13, l'IBPT impose les obligations suivantes, se référant aux articles 58 à 63 de la Loi :

- prestations d'accès et d'interconnexion;
- non discrimination ;

- transparence;
- séparation comptable ;
- contrôle des prix et obligations relatives au système de comptabilisation des coûts.

Concernant la transparence, il s'agit de l'obligation de publication d'une offre de référence, qui fera la distinction entre les segments terminaux du type « accès » (*half link*) et les segments terminaux du type « backhaul » : « ...la prestation du type « backhaul » doit regrouper les prestations actuellement fournies sous la rubrique backhaul et IC Link dans le BRUO et le BRIO respectivement » (projet IBPT, p. 123).

38. L'obligation d'accès et d'interconnexion consiste pour Belgacom à accorder à des opérateurs tiers des prestations d'accès et d'interconnexion pour la fourniture de segments terminaux de lignes louées (projet IBPT, p. 113). Belgacom était déjà tenu d'accorder de telles prestations mais pour l'avenir, l'obligation d'accès n'inclut que les *half links*, à l'exclusion des segments interurbains qui constituent un marché concurrentiel (le marché 14). Le Conseil constate que cette modification du contenu de l'obligation d'accès et d'interconnexion est conforme à la pratique d'autres régulateurs, par exemple le régulateur britannique (figure 1.1 dans Ofcom, « Review of the retail leased lines, symmetric broadband origination and wholesale trunk segments markets », Final Statement and Notification, 10 janvier 2005).

Un nouveau remède que l'IBPT propose d'imposer à Belgacom à titre de prestation d'accès et d'interconnexion est notamment l'obligation de faire droit à toute demande d'un accès sur la base de la longueur d'onde (Ethernet). Cette obligation imposée à Belgacom de faire une offre de gros sur ce segment en pleine croissance est importante vu les évolutions technologiques prévisibles vers l'utilisation des interfaces alternatives, vocable sous lequel on reprend généralement les services Ethernet (supra, n° 10 et 33).

Le Conseil pose au sujet de ce nouveau remède la question de l'alignement du champ d'application du remède sur la définition du marché pertinent (supra, n° 11 et 34). En effet, il n'est pas impossible que certains services Ethernet fassent de la contention, ce qui les exclut de la définition de ligne louée au sens de l'article 2 30° de la Loi et, dès lors, les exclut également de la définition du marché pertinent 13 (supra, n° 10). L'obligation d'une offre de gros ne pourrait donc s'appliquer à des services à base de longueur d'onde qui feraient de la contention, sauf si l'IBPT procédait à une analyse concurrentielle pour ces services à l'issue de laquelle trois critères cumulatifs seraient remplis : l'existence de barrières à l'entrée et d'entraves au développement de la concurrence, l'absence de dynamisme de la concurrence et l'insuffisance du droit de la concurrence pour remédier à ces obstacles (recommandation de la Commission du 11 février 2003, considérant 9).

39. S'agissant des prestations d'accès et d'interconnexion, l'IBPT envisage de rendre le plus facile possible la migration d'un opérateur vers d'autres offres de l'opérateur disposant d'une puissance significative, « afin de permettre aux opérateurs tiers soit de reproduire de nouvelles offres introduites par Belgacom, soit d'introduire eux-mêmes de nouvelles offres innovantes nécessitant certaines prestations nouvelles » (voir à la page 115 du projet IBPT).

Ainsi, l'IBPT prévoit que :

- un opérateur migrant d'une ligne louée vers un ou plusieurs segments terminaux, ne soit redevable d'aucune pénalité de résiliation pour la ligne louée de détail (voir page 115 du projet IBPT), et

- un opérateur migrant d'un *half link* ou d'une liaison « backhaul » ou « IC Link » existant incorporant un segment trunk interurbain vers un segment terminal ne soit redevable d'aucune pénalité quelconque (voir page 116 du projet IBPT).

Le Conseil se pose la question de savoir si l'exclusion de toute indemnité de résiliation (hormis les coûts raisonnables de migration technique) ne pourrait pas être, dans certains cas, excessivement contraignante pour l'opérateur disposant d'une puissance significative.

En effet, il est concevable que l'opérateur ait obtenu un tarif favorable en raison de la durée de son contrat avec l'opérateur disposant d'une puissance significative, par exemple un rabais proportionné au nombre de mois pour lequel il s'est engagé (supra n° 13). Si l'opérateur met prématurément fin à ce contrat en utilisant la possibilité qui lui est offerte par la décision de l'IBPT de migrer vers une autre offre de ligne louée, cette résiliation pourrait être de nature à rompre l'équilibre contractuel. Dans un cas pareil, une indemnité compensatoire pour l'opérateur disposant d'une puissance significative pourrait être justifiée.

L'exclusion de toute possibilité de compensation à ce titre paraît dès lors excessive par rapport au but poursuivi, qui est l'accès des opérateurs tiers à de nouvelles offres innovantes. Ce but peut également être atteint lorsque l'opérateur tiers devrait restituer, en tout ou en partie, l'avantage qu'il a obtenu en résiliant le contrat bien avant son terme.

40. Dans son projet de décision, l'IBPT fait allusion au risque de l'application, par l'opérateur disposant d'une puissance significative, d'un squeeze tarifaire (projet IBPT, pp. 120 et 67, qui peuvent être mises en rapport avec la figure 3.3, p. 95 et la figure 4.4 p. 139).

Le Conseil constate toutefois que l'IBPT n'envisage pas, dans son projet de décision, l'imposition d'une ou plusieurs des obligations prévues à l'article 64 de la Loi, qu'il pourrait imposer aux opérateurs désignés comme des opérateurs disposant d'une puissance significative sur un marché de détail donné, « si l'Institut constate que les obligations imposées en vertu des articles 58 à 63 ne permettraient pas de réaliser les objectifs fixés par les articles 6 à 8 ».

Dans ses avis précédents, le Conseil a souligné le caractère subsidiaire des obligations prévues à l'article 64. Il a considéré que la question de savoir si l'un ou l'autre de ces remèdes de détail doit être imposé, est prématurée. En outre, le Conseil se réserve le droit d'émettre son avis contraignant concernant la question de savoir si les décisions de l'Institut sont conformes aux objectifs visés par le droit de la concurrence après avoir reçu communication du projet de l'Institut, conformément à l'article 55, § 5 de la Loi, lorsque, à l'avenir, l'IBPT voudra imposer un ou plusieurs de ces remèdes de détail (voir n° 85-86 de l'avis du 25 mars 2006 ; n° 17-22 Advies van de Raad voor de Mededinging van 15 juni 2006 over de ontwerpbeslissing van de Raad van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie (BIPT) betreffende de markten 3, 4, 5, 6, 8, 9 en 10, de markten voor de zogenaamde « vaste telefonie », geselecteerd in de aanbeveling van de Europese Commissie van 11 februari 2003).