

### **Décision n° 2003-V/M-43 du 15 mai 2003**

Affaire CONC – V/M – 02/0060: Codenet, Colt Telecom, Versatel et WorldCom c/ Belgacom

Vu la plainte (connu sous la référence CONC – P/K – 02/0057) déposée au Conseil de la concurrence le 6 septembre 2002 et transmise au Corps des Rapporteurs le 10 septembre 2002.

Vu la demande de mesures provisoires sur base de l'article 35 de la LPCE (connu sous la référence CONC - V/M - 02/0060) déposée le 20 septembre 2002 par les demandeurs Codenet, Colt Telecom, Versatel et WorldCom, transmise au Corps des Rapporteurs le 10 septembre 2002, à l'encontre de :

La S.A. Belgacom (ci après Belgacom), établie à 1030 Bruxelles, boulevard du Roi Albert II, 27.

#### **1. La procédure**

Vu le dossier d'instruction et le rapport motivé du Corps des Rapporteurs daté du 26 novembre 2002 transmis au Conseil de la concurrence le 27 novembre 2002;

Entendu à l'audience du 20 décembre 2002 lors de laquelle un échéancier pour le dépôt des observations des parties sur la confidentialité et ensuite sur le fond du dossier a été fixé :

- Maîtres A. Verheyden et S. Champagne, avocats au Barreau de Bruxelles pour les plaignantes ;
- Maître D. Van Liedekerke, avocat au Barreau de Bruxelles et Monsieur I. Makedowsky pour Belgacom ;
- Monsieur Patrick Marchand, rapporteur, représentant le Corps des Rapporteurs.

Vu les observations au sujet de la confidentialité déposées par la S.A Belgacom le 7 janvier 2003, le 10 janvier 2003, le 16 janvier 2003 et le 20 janvier 2003 ;

Vu les observations au sujet de la confidentialité déposées par les plaignantes le 7 janvier 2003 et le 15 janvier 2003 ;

Entendu à l'audience du 20 janvier 2003 sur le sujet de la confidentialité :

- Maîtres A. Verheyden et S. Champagne, avocats au Barreau de Bruxelles pour les plaignantes ;
- Maître D. Van Liedekerke, avocat au Barreau de Bruxelles et Monsieur I. Makedowsky pour Belgacom ;
- Monsieur Patrick Marchand, rapporteur, représentant le Corps des Rapporteurs.

Vu la décision concernant la confidentialité des éléments du dossier rendu par le Président du Conseil de la concurrence le 20 février 2003 ;

Vu l'ordonnance du Président du Conseil de la concurrence du 20 février 2002 fixant un calendrier tenant compte d'une part de l'urgence de prendre une décision dans un dossier relatif à une demande de mesures provisoires et des droits de la défense des parties incriminées d'autre part ;

Vu le mémoire d'observations et les nouvelles pièces déposées par les plaignantes le 3 mars 2003 ;  
Que ni ces observations ni les nouvelles pièces ne comprennent d'éléments confidentiels ;

Vu les observations de Belgacom et les nouvelles pièces déposées le 25 mars 2003 ;

Qu'une version non-confidentielle du mémoire d'observations ainsi que du dossier des pièces justificatives a également été déposée;

Entendu à l'audience du 8 avril 2003 :

- Maître A. Vandencastele, A. Verheyden, S. Champagne, V. Dehin et Y. Desmedt, avocats au Barreau de Bruxelles pour les plaignantes, représentées par F. Antoine et E. Vegis (Codenet), B. Müller et J. Degraeuwe (Colt Telecom) C. Van Ooteghem et E. De Herdt (Worldcom), D. Meukens et F. Van Royen (Versatel) ;
- Maître D. Van Liedekerke, avocat au Barreau de Bruxelles et I. Makedowsky, A. De Vylder et C. Covenet pour Belgacom ;
- Monsieur Patrick Marchand, rapporteur, représentant le Corps des Rapporteurs et assisté de Madame Fassin et Messieurs Godfurnon et Capiéri du Service de la concurrence.

Vu la présentation écrite et les nouvelles pièces déposées à l'audience par les plaignantes ;

Entendu à l'audience du 10 avril 2003 :

- Maîtres A. Vandencastele, A. Verheyden, S. Champagne, V. Dehin et Y. Desmedt, avocats au Barreau de Bruxelles pour les plaignantes, représentées par F. Antoine et E. Vegis (Codenet), B. Müller et J. Degraeuwe (Telecom), C. Van Ooteghem et E. De Herdt (Worldcom) ;
- Maître D. Van Liedekerke, avocat au Barreau de Bruxelles et I. Makedowsky, A. De Vylder et C. Covenet pour Belgacom ;
- Monsieur Patrick Marchand, rapporteur, représentant le Corps des Rapporteurs et assisté de Madame Fassin et Messieurs Godfurnon et Capiéri du Service de la concurrence.

Vu la présentation écrite et les nouvelles pièces déposées à l'audience par Belgacom ;

Qu'une version non-confidentielle de la présentation et du dossier supplémentaire des pièces a également été transmise aux plaignantes ;

Vu la remarque de la part des plaignantes relative à la longueur excessive des observations de la partie incriminée, qui a déposé un mémoire d'observations de 178 pages ainsi que de nombreuses nouvelles pièces, ce qui a eu pour conséquence que les plaignantes ont également déposé de nouvelles pièces ;

Que les plaignantes font référence aux Instructions pratiques aux parties du Tribunal de Première Instance de la CE (JOCE, 4 avril 2002, L., 87/48), qui préconisent qu'au maximum 20 à 50 pages d'observations soient déposées en précisant que "dans l'intérêt tant des parties elles-mêmes que d'une bonne administration de la justice, les mémoires doivent se concentrer sur l'essentiel et être aussi bref que possible. Des mémoires longs rendent plus difficile l'étude du dossier et sont une cause essentielle de l'allongement des délais de règlement des litiges".

Que force est de constater que le Conseil de la concurrence n'a pas adopté de telles instructions, de sorte que la partie incriminée a parfaitement le droit de déposer des mémoires d'observations dont la longueur est à leur appréciation ;

Que Nous nous ralignons néanmoins au point de vue du Tribunal de Première Instance de la CE que des mémoires d'observations de la longueur de ceux déposés par la partie incriminée ne facilitent aucunement le traitement rapide du litige, qui - de plus - est une procédure en mesures provisoires qui par sa nature même requiert un traitement rapide ;

Que Nous devons en outre constater que de nombreuses nouvelles pièces et l'élaboration de nouveaux arguments n'ont pas été soumis au Corps des Rapporteurs, et que ceux-ci n'ont dès lors pas fait l'objet d'une instruction formelle par le Corps des Rapporteurs et le Service de la concurrence ;

Que néanmoins la longueur (qui peut être qualifiée d'excessive) des observations ne peut nullement être sanctionnée, la partie incriminée ayant le droit de développer ses arguments au regard de ses droits de la défense ;

Vu les pièces de la procédure ;

Vu les dispositions de la LPCE et spécialement l'article 35 qui prévoit que "le Président du Conseil de la concurrence peut, sur demande d'un plaignant ou du Ministre de l'Economie, prendre des mesures provisoires destinées à suspendre les pratiques restrictives de concurrence faisant l'objet de l'instruction, s'il est urgent d'éviter une situation susceptible de provoquer un préjudice grave, imminent et irréparable aux entreprises dont les intérêts sont affectés par ces pratiques ou de nuire à l'intérêt économique général" ;

## 2. Les parties concernées et le résumé des faits

### 2.1 Les plaignantes

Les opérateurs mentionnés ci-après sont toutes des sociétés actives dans la fourniture en Belgique de divers services de télécommunications et notamment des services de téléphonie vocale (ci-après les plaignantes).

Ces sociétés sont titulaires d'une licence d'infrastructure de réseau et d'une licence de service de téléphonie vocale .

Les plaignantes sont :

- Codenet société anonyme de droit belge dont le siège social est établi à 1200 Bruxelles, avenue Ariane 7.
- Colt Telecom société anonyme de droit belge dont le siège social est établi 1130 Bruxelles, rue du Planeur 10.
- Versatel Belgium société anonyme de droit belge dont le siège social est établi à 1780 Wemmel, avenue Reine Astrid 166.
- WorldCom société anonyme de droit belge dont le siège social est établi à 1040 Bruxelles, rue de la Science 37.

### 2.2 La partie incriminée

La S.A. Belgacom (ci après Belgacom) est une société anonyme de droit public établie à 1030 Bruxelles, boulevard du Roi Albert II, 27.

Belgacom est l'opérateur historique belge de télécommunications. Elle dispose d'une licence d'infrastructure, d'une licence de services de téléphonie vocale et d'un réseau couvrant l'intégralité du territoire qui lui permet d'avoir un point de raccordement dans la presque totalité des foyers et entreprises établis en Belgique.

### 2.3 Résumé des faits

En octobre 2000, Belgacom lance sur le marché deux offres à destination des entreprises, l'offre "Benefit Premium" (ci-après, BP) et l'offre "Benefit Exclusive" (ci-après BEX).

Le 4 janvier 2002, Belgacom a informé l'Institut Belge des services Postaux et Télécommunications (ci-après IBPT) de la mise sur le marché d'une nouvelle offre tarifaire, commercialisée sous le nom "Benefit Excellence" (ci-après BE), à destination des entreprises (cf. DOC. 38/286). Le 1er mars 2002, Belgacom a effectué une première modification de ses tarifs excellence (cf. tarifs juin 2002). Ces tarifs ont à nouveau connu une modification à la baisse en septembre 2002.

Belgacom précise que la mise en oeuvre pratique des tarifs BE ne s'est faite qu'au 1er avril 2002 compte tenu d'impératifs techniques.

Belgacom a cependant omis dans un premier temps de publier ses tarifs et n'a de ce fait pas respecté ses obligations d'opérateur puissant, ce que lui a rappelé l'IBPT.

Dans son courrier du 13 mai 2002, Belgacom a communiqué à l'IBPT sa position quant au respect des principes de transparence tarifaire et de publication par les opérateurs puissants (les gros clients étaient prévenus personnellement par écrit et les tarifs étaient disponibles sur demande).

L'IBPT a désapprouvé l'interprétation faite par Belgacom et l'a obligée à tout mettre en œuvre pour que la publicité demandée soit effective le 1er juillet 2002. L'IBPT a exigé que tous les plans tarifaires et plans de ristournes de Belgacom soient disponibles et facilement accessibles via son site internet (à savoir notamment les plans tarifaires Benefit Exclusive, Benefit Executive, B Excellence, Value Pack Professional, Value Pack Enterprise et Belgacom HIT).

Les plaignantes font grief à Belgacom d'abuser de sa position dominante sur les marchés des réseaux de télécommunications fixes et des services de téléphonie vocale fixe nationale aux entreprises en appliquant des tarifs particulièrement réduits au travers d'une offre connue sous le nom d'offre Excellence.

Les plaignantes reprochent à Belgacom:

- a) d'abuser de sa position dominante sur les marchés des réseaux de télécommunications fixes et des services de téléphonie vocale nationale aux entreprises en menant une pratique d'amenuisement des marges bénéficiaires des opérateurs alternatifs;
- b) d'utiliser sa position dominante sur le marché des réseaux pour évincer les opérateurs alternatifs du marché des services de téléphonie vocale fixe aux entreprises;
- c) d'appliquer des rabais quantitatifs fidélisateurs prohibés.

### 3. La demande de mesures provisoires

Les plaignantes sollicitent la suspension immédiate de l'offre Excellence dans l'attente de l'adoption d'une décision au fond par le Conseil de la Concurrence.

Les mesures sollicitées par les plaignantes sont les suivantes:

1. Retrait provisoire du marché de l'offre Excellence dans les deux jours ouvrables suivant la notification de la décision à intervenir, ce qui comprend notamment, sans être limitatif, l'interdiction de toute mesure de publicité, le retrait provisoire de l'offre du site Internet de Belgacom et de tout autre support promotionnel, l'interdiction provisoire de proposer cette offre aux entreprises, le tout sous une astreinte de 25.000 € par jour de retard;
2. Interdiction provisoire à Belgacom de faire toute autre offre d'effet équivalent et ce, sous peine d'une astreinte de 25.000 € par jour d'infraction;
3. Avertissement par courrier, au plus tard deux jours ouvrables suivant la notification de la décision à intervenir, à tous les clients ayant souscrit à l'offre Excellence du fait que l'offre Excellence est provisoirement suspendue dans l'attente d'une décision au fond du Conseil de la concurrence, et que les tarifs y relatifs ne seront dès lors plus applicables à partir du deuxième jour ouvrable suivant celui de l'avertissement et ce, sous peine d'une astreinte de 25.000 € par jour de retard".

### 4. La position du corps des rapporteurs

Dans la conclusion de son rapport, le Corps des Rapporteurs estime que, compte tenu de l'impact sur le marché de l'offre en cause et des offres ou contrats ayant des effets équivalents, et du caractère grave de cette infraction (pratique des prix ciseaux) au regard des principes mis en œuvre par le droit de la concurrence, la pratique tarifaire de Belgacom dans le cadre de l'offre Benefit Excellence - ou de toute autre offre ayant un effet équivalent - ne peut être tolérée, même temporairement, et qu'elle constitue une atteinte grave à l'intérêt économique général.

Compte tenu de ce qui précède, le Corps des Rapporteurs propose au Président du Conseil de la concurrence:

- de déclarer la demande de mesures provisoires recevable;
- de déclarer la demande de mesures provisoires fondée pour ce qui concerne l'application par Belgacom de l'offre "Benefit Excellence";
- d'ordonner à Belgacom le retrait provisoire, dans les deux jours ouvrables suivant la notification de la décision, de l'offre "Benefit Excellence" ou de toute autre offre ou contrat ayant un effet équivalent sous peine d'une astreinte de 6.200 € par jour de retard;
- d'interdire à Belgacom, dès la notification de la décision à intervenir, de proposer toute offre ou tout tarif ayant un effet équivalent à l'offre "Benefit Excellence", sous peine d'une astreinte de 6.200 € par infraction;
- d'interdire à Belgacom, dès la notification de la décision à intervenir, toutes références au tarif Excellence, que ce soit via son site Internet ou via tout autre document, sous peine d'une astreinte de 6.200 € par infraction;
- d'ordonner à Belgacom la notification de la décision à l'ensemble des clients ayant souscrit aux offres dont question et ce dans les cinq jours ouvrables suivant la notification de la décision sous peine d'une astreinte de 6.000 euros par jour de retard.
- d'ordonner à Belgacom de publier le dispositif de la décision sur son site Internet et dans toute revue périodique habituellement destinée à l'information de sa clientèle.

## 5. En droit: la recevabilité et le fondement de la demande de mesures provisoires

Pour que des mesures provisoires au sens de l'article 35 LPCE puissent être prononcées par le Président du Conseil de la concurrence, trois conditions cumulatives doivent être remplies :

1. l'existence d'une instance principale au fond et l'intérêt direct et actuel qui doit être démontrée dans le chef des parties plaignantes
2. l'existence prima facie d'une infraction à la loi LPCE
3. la probabilité d'un préjudice grave, imminent et irréparable dans le chef du plaignant ou de nature à nuire à l'intérêt économique général, qui doit être évité d'urgence (Bruxelles, 18 décembre 1996, N.V. Honda Belgium e.a./Etat belge, M.B., 8 janvier 1997 ; Annuaire Pratiques du commerce § Concurrence, 1996, 836).

Il nous appartient dès lors d'examiner si ces conditions sont remplies.

### 1. L'existence d'une instance principale au fond et l'intérêt direct et actuel qui doit être démontré dans le chef des parties plaignantes

1.1 Le Conseil de la concurrence a enregistré le 6 septembre 2002 sous la référence CONC-P/K 02/0057 une plainte émanant de plusieurs opérateurs alternatifs à l'encontre de Belgacom sur base d'une violation de l'article 3 de la LPCE.

Belgacom est une entreprise au sens de l'article 1er a) de la loi, ce qui n'est en outre nullement contesté.

Les pratiques dénoncées par les plaignantes sont susceptibles de violer l'article 3 de la loi et donc d'entrer dans le champ d'application de la loi.

Cette condition est dès lors remplie.

1.2 Nous sommes également tenu de vérifier si les plaignantes justifient d'un intérêt direct et actuel.

En application de l'article 23 § 1er, c de la LPCE, l'instruction des affaires par le Corps des Rapporteurs se fait sur plainte d'une personne physique ou morale démontrant un intérêt direct et

actuel dans le cas d'une infraction à l'article 2 § 1 (entente) ou à l'article 3 (abus de position dominante).

La Cour d'Appel de Bruxelles a déjà jugé que l'intérêt direct et actuel sur base de la LPCE doit être appréciée d'une façon similaire que l'intérêt que nécessite une demande en droit sur base de l'article 18 du Code Judiciaire (Cour d'Appel de Bruxelles, 11 septembre 1996, RTBF, e.a./ Etat belge e.a., M.B., 20 septembre 1996). Cette jurisprudence a également été confirmée par la jurisprudence du Conseil de la concurrence et de son Président, siégeant en mesures provisoires ( voir e.a. : Décision du Président du Conseil de la concurrence du 1 avril 1999, n° 99-VMP-04, François Detimmerman / Association Pharmaceutique de Tournai et conseil Provincial du Hainaut de L'Ordre des Pharmaciens, non publiée au M.B. ; Décision du Conseil de la concurrence du 22 mai 2002, Van Der Auwera/ Ziekenfondsen, Artsensyndicaten en Belgische Staat, n° 2002-P/K-36, M.B., 12 février 2003 ; Décision du Président du Conseil de la concurrence du 4 octobre 2002,

n°2002-V/M-72, BVBA Gema Plastics, tegen VZW Fechiplast/ VZW BCCA/ NV DYKA Plastics/ NV Martens Plastics/ NV Pipelife Belgium/NV Wavin Belgium/ VZW BIN, Revue Trimestrielle de Jurisprudence du Conseil de la concurrence, n°2002/04 ; Décision du Président du Conseil de la concurrence du 11 juin 2002, n°2002-V/M-42, Janssens/Orde van Architecten, Raad van de Provincie Brabant, M.B., 11 février 2003; Décision du Président du Conseil de la concurrence du 20 mars 2003, n°2003-V/M-20, NV Vlaamse Uitgeversmaatschappij/NV Vlaamse Mediamaatschappij/NV De Persgroep/NV Aurex/NV Uitgeverij De Morgen, pas encore publiée au M.B.).

Nous sommes d'avis que les plaignantes justifient d'un intérêt direct en tant qu'opérateurs actifs dans le secteur des télécommunications. Elles doivent notamment impérativement s'appuyer sur le réseau de Belgacom pour délivrer entre autres les services de téléphonie vocale fixe nationale aux entreprises.

Les griefs allégués à l'encontre de Belgacom leur causent un préjudice certain en ce que d'une part, elles perdent des clients et d'autre part, elles ne sont pas en mesure d'offrir des conditions alternatives aux clients qu'elles démarchent et dès lors ne peuvent développer leur portefeuille clientèle. Si la situation devait persister, la pénétration des marchés en cause pourrait être empêchée, remettant ainsi en cause la libéralisation du secteur. Les plaignantes justifient en outre aussi d'un intérêt actuel, existant au moment du dépôt de la demande et perdurant.

Nous ne partageons pas l'opinion de la partie incriminée qui défend que de l'acceptation d'un intérêt direct et actuel du chef des plaignantes résulterait qu'il doive être tenu compte du fait que les plaignantes sont capables de raccorder les clients visés directement sur leurs réseaux. Nous sommes par ailleurs d'avis qu'au stade de l'appréciation de l'intérêt direct et actuel du plaignant, il n'est pas nécessaire de faire une analyse approfondie du marché en cause. Nous ne nous prononçons dès lors pas sur le marché concerné et les conséquences qui en résultent à ce stade-ci.

La plainte est dès lors recevable.

## 2. L'existence prima facie d'une infraction a la loi LPCE

### 2.1. Nécessité d'une communication des griefs?

La partie incriminée est d'avis qu'une communication des griefs aurait dû lui être communiquée sur base de l'article 24 §3 de la LCPE, qui prévoit qu'au terme de l'instruction et avant l'établissement d'un rapport motivé, les rapporteurs communiquent leurs griefs éventuels aux entreprises concernées et convoquent celles-ci afin de leur permettre de présenter leurs observations.

Vu que la procédure prévue par l'article 24 § 3 de la LPCE n'a pas été respectée, la partie incriminée sollicite le renvoi du dossier au Corps des Rapporteurs afin que cette procédure soit appliquée.

Nous estimons que le point de vue de la partie incriminée relatif à l'application de l'article 24 § 3 de la LPCE en matière d'une procédure de mesures provisoires sur base de l'article 35 de la LPCE ne peut être suivi.

La LPCE ne prévoit en effet la procédure de communication de griefs qu'en cas d'une procédure au fond relative aux pratiques restrictives de concurrence. L'article 35 de la LPCE ne fait pas de référence à l'article 24 § 3 de la LPCE et ne prévoit pas de communication de griefs dans une procédure de mesures provisoires. De plus, il n'apparaît nullement des travaux préparatoires aux lois du 26 avril 1999, modifiant la loi du 5 août 1991, que le législateur a eu l'intention d'introduire la procédure de communication des griefs pour les demandes de mesures provisoires. La position de la partie incriminée semble dès lors contraire à l'esprit de la LPCE, telle que modifiée en 1999. En outre, une communication des griefs nous semble également contraire à la nature même de la procédure de mesures provisoires applicables en cas d'urgence et de situation susceptible de provoquer un préjudice (grave, imminent et irréparable). Bien que la Cour d'appel ait considéré que les dispositions de l'article 27 § 1 de la LPCE sont également applicables dans le cadre d'une procédure devant le Président en vertu de l'article 35 de la LPCE (Cour d'appel de Bruxelles, 12 novembre 2002, NV Rendac/BVBA Incine, pas encore publié au M.B.), force est de constater que la Cour s'est seulement prononcée sur les règles de confidentialité applicables en mesures provisoires. La Cour n'a nullement jugé que la procédure de communication de griefs serait applicable dans une procédure en vertu de l'article 35 de la LPCE.

Il n'y a dès lors pas lieu à renvoyer l'affaire au Corps des Rapporteurs pour lui permettre de communiquer ses griefs.

## 2.2. Référence à l'Ordonnance du 8 décembre 2000

La partie incriminée se réfère à une Ordonnance du 8 décembre 2000 du Président du Tribunal de Commerce de Bruxelles. Par cette ordonnance, le Président du Tribunal de Commerce de Bruxelles a débouté les demandresses (Versatel, Worldcom, également demandresses dans la présente demande en mesures provisoires et BT) de leur action en cessation. D'après la partie incriminée, les arguments développés dans le cadre de cette action en cassation, seraient très similaires aux arguments développés dans le cadre de la présente procédure, une des raisons pour laquelle la présente demande devrait également être refusée.

Le Conseil de la concurrence et son Président ont jugé à maintes reprises que l'existence de procédures concomitantes ne fait pas obstacle à la compétence du Conseil de la concurrence et son Président. Les actions introduites devant les juridictions de l'Ordre judiciaire et celles introduites devant le Conseil de la concurrence se meuvent en effet sur des plans différents qui ne se regroupent pas et les décisions ont une portée fondamentalement différente, s'agissant de juridictions appartenant à des ordres distincts. En effet, l'intervention du Conseil de la concurrence - et de son Président dans le cadre des mesures provisoires - se situe dans le cadre d'un contentieux objectif de légalité et de protection de la concurrence économique et non dans le cadre d'un contentieux subjectif tranchant des contestations particulières ou consacrant le droit d'une partie. Les intérêts protégés sont donc avant tout publics et non particuliers, ce qui justifie d'ailleurs le caractère erga omnes des décisions du Conseil de la concurrence. En outre, le (président du) Conseil dispose, lorsqu'il est appelé à statuer, du rapport motivé du Corps des Rapporteurs rédigé au terme d'une enquête approfondie sur l'existence éventuelle d'une violation des règles de la concurrence économique, ce dont les Juridictions de l'Ordre Judiciaire appelées à se prononcer sur d'éventuelles violations de droits subjectifs, ne disposent pas (Exposé des motifs, Doc. Parl., Ch. Repr., sess. Ord., 1989-1990, n° 1282/1, pp. 33-34 ; Décision du Président du Conseil de la concurrence du 28 juin 2000 n° 2000-V/M-22, ASA Systems/UPEA, M.B. 23 novembre 2000 ; Décision du Président du Conseil de la concurrence du 30 août 2000 , n° 2000-V/M-27, VZW Radio Tienen/Sabam M.B. 9 janvier 2001 ; Décision du Président du Conseil de la concurrence du 10 janvier 2001, n°2001-V/M-02, BBUSO/LCM en Regionale christelijke ziekenfondsen, M.B. 5 mai 2001 ; Décision du Président du Conseil de la concurrence du 11 mai 2001, n° 2001-V/M-22, Unie der Belgische Ambulancediensten/ Het Belgische Rode Kruis, M.B. 28 septembre 2001 ; Décision du Président du Conseil de la concurrence du 13 juin 2002, n° 2002-V/M-

43, Interdamo/ITM Belgium e.a. , Revue Trimestrielle de Jurisprudence du Conseil de la concurrence, n°2002/02).

C'est par ailleurs à tort que la partie incriminée se réfère à l'Ordonnance du 8 décembre 2000. Vu la motivation invoquée ci-haut, il est clair qu'il ne saurait être question d'étendre au-delà de ce cadre juridique les effets de l'Ordonnance du 8 décembre 2000.

De plus, la partie incriminée mentionne elle-même qu'elle a informé l'IBPT au début de l'année 2002 de la mise sur le marché d'une nouvelle offre tarifaire, commercialisée sous le nom "Benefit Excellence", de sorte que, de toute manière, toute référence par la partie incriminée à la décision en cessation du 8 décembre 2000, n'est absolument pas pertinente.

### 2.3. Le caractère vraisemblable d'une infraction à la LPCE

Dans sa jurisprudence, le Président du Conseil a, à maintes reprises, jugé que les exigences relatives à l'établissement de l'infraction ne sauraient être les mêmes pour une demande de mesures provisoires et pour une interdiction finale. L'appréciation doit nécessairement être plus souple dans le premier cas (voir e.a. Décision du Président du Conseil de la Concurrence du 14 janvier 1998, n°98-VMP-1, Daube/Nationale Loterij , non publiée au M.B. ; Décision du Président du Conseil de la Concurrence du 9 mars 2001, n° 2001-V/M-12, BVBA Incine/N.V. Rendac, M.B. 28 septembre 2001 ; Décision du Président du Conseil de la Concurrence du 20 décembre 2002, n° 2002-V/M-91, Ministre de l'Economie/ARGB , Revue Trimestrielle de Jurisprudence du Conseil de la concurrence, n°2002/04 ; Décision du Président du Conseil de la Concurrence du 20 mars 2003, n° 2003-V/M-20, N.V. Vlaamse Uitgeversmaatschappij/ N.V. Vlaamse Mediamaatschappij, N.V. De Persgroep, N.V. Aurex en N.V. Uitgeverij De Morgen, pas encore publiée au M.B.). Cette jurisprudence a été confirmée par la Cour d'appel de Bruxelles (Arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 21 janvier 2002, R.G. 2000/MR/2, Sabam/Radio Tienen e.a., pas encore publié au M.B. ; Arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 12 novembre 2002, R.G. 2001/MR/1, N.V. Rendac/BVBA Incine pas encore publié au M.B.). D'autre part, l'existence d'une infraction *prima facie* doit avoir une vraisemblance suffisante afin de pouvoir justifier des mesures provisoires (Décision du Président du Conseil de la Concurrence du 20 mars 2003, n° 2003-V/M-20, citée ci-haut ; Arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 12 novembre 2002, R.G. 2001/MR/1, N.V. Rendac/BVBA Incine pas encore publié au M.B.). Dans cet arrêt, la Cour a jugé que "in die omstandigheden kan dan ook niet worden vastgesteld dat de prijszetting door Rendac voor de ophaling en verwerking van gezelschapsdieren op het eerste gezicht, met voldoende waarschijnlijkheid, zou doen blijken van misbruik van machtspositie" (traduction libre : "dans ces circonstances, il ne peut pas être constaté que la tarification de Rendac pour la collecte, le traitement ou l'incinération des animaux domestiques constitue *prima facie*, avec une vraisemblance suffisante, un abus de position dominante" : nous soulignons).

Il convient par conséquent d'examiner si sur base des éléments dont Nous disposons à ce stade de la procédure, une infraction à la LPCE au sens de l'article 3 de la LCPE, telle qu'invoquée par les plaignantes, existe *prima facie* avec une vraisemblance suffisante.

### 2.4. Renvoi au Corps des Rapporteurs et demande d'un rapport complémentaire

Nous sommes d'avis qu'au stade actuel de la procédure et sur base des éléments dont nous disposons, il ne nous est pas possible de prendre une décision quant à l'existence *prima facie* avec une vraisemblance suffisante d'une infraction à la LCPE au sens de l'article 3 de cette loi.

Afin de pouvoir constater un abus de position dominante au sens de l'article 3 de la LCPE, les conditions suivantes sont requises :

- Une position dominante,
- De la partie incriminée, étant une entreprise au sens des articles 1 et 3 de la LCPE,
- Sur le marché belge concerné. A cet égard, une définition du marché concerné s'impose. Aussi bien le marché de produits ou de services en cause que le marché géographique doivent être définis.



- Qui applique des pratiques abusives.

La partie incriminée ne conteste pas être une entreprise au sens de l'article 1 et 3 de la LPCE.

Par ailleurs, la partie incriminée conteste

- La définition du marché concerné ;
- La constatation de sa position dominante ;
- Les pratiques abusives.

En ce qui concerne le marché concerné, le Rapporteur estime que les marchés à prendre en considération dans la présente demande de mesures provisoires sont d'une part le marché des réseaux de télécommunications fixes et d'autre part le marché de la fourniture de services de téléphonie vocale fixe nationale aux entreprises.

La partie incriminée estime par ailleurs que le rapport ne contient pas, en ce qui concerne le marché des réseaux de télécommunications fixes, une définition du marché adéquate et que le rapport ne contient aucune analyse économique du marché. De plus, la partie incriminée défend qu'il est impossible de conclure que tous les services d'interconnexion de Belgacom constituent ensemble un marché pertinent, ses services n'étant pas substituables les uns aux autres. Par rapport au marché de la fourniture de services de téléphonie vocale fixe nationale aux entreprises, la partie incriminée estime que la définition du marché retenu n'est pas suffisamment détaillée et soumet que le marché pertinent peut être défini comme étant le marché des grands clients "corporate" ou grands clients d'affaires.

Quant à la position dominante de la partie incriminée, le Rapporteur conclut que Belgacom dispose d'une position dominante sur le marché belge des réseaux de télécommunications fixes, se référant à une communication relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications de la Commission européenne et à l'application de la théorie des facilités essentielles à Belgacom. Le Rapporteur conclut également que Belgacom dispose d'une position dominante sur le marché des services de téléphonie vocale fixe nationale aux entreprises, se référant aux parts de marché, à la stabilité des parts de marché et à d'autres critères qualitatifs.

La partie incriminée estime de son côté que le Rapport base sa conclusion que Belgacom dispose d'une position dominante sur le marché belge des réseaux de télécommunications fixes sur la théorie des "facilités essentielles" sans contenir aucune analyse économique. En particulier, la partie incriminée est d'avis que la démonstration de l'existence d'une facilité essentielle nécessite une analyse économique détaillée du marché et des positions respectives des entreprises sur ce marché. Quant au marché de la téléphonie vocale aux grands clients d'affaires, la partie incriminée estime qu'il s'agit d'un marché extrêmement compétitif, que sa part de marché (bien qu'importante) a substantiellement diminué et que les opérateurs alternatifs continuent à renforcer significativement leur position pour cette activité de sorte qu'aucun élément du dossier ne permet de conclure que la partie incriminée pourrait se comporter de manière indépendante vis-à-vis de ses concurrents et de ses clients.

Avant de Nous prononcer sur la définition des marchés concernés et la position dominante ou non de la partie incriminée, Nous décidons de renvoyer l'affaire au Corps des Rapporteurs afin de lui permettre de rédiger un rapport complémentaire à ce sujet. Ceci permettra au Corps des Rapporteurs d'effectuer une analyse économique plus détaillée des marchés concernés et de la position de la partie incriminée sur ces marchés.

Nous nous réservons évidemment notre décision en ce qui concerne les prétendus abus de position dominante, qui sont également contestés par la partie incriminée.

A cet égard, nous prions également le Corps des Rapporteurs de rédiger un rapport complémentaire, tenant (entre autres) compte des éléments suivants :

- D'après les parties, la Commission européenne n'aurait jusqu'à aujourd'hui jamais pris une décision formelle dans le secteur des télécommunications dans laquelle la Commission européenne aurait appliqué les principes de la Communication de la C.E. du 22 août 1998 relative à l'application des règles de concurrence

aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications. De sorte, la Commission n'aurait jamais développé ou présenté une méthodologie précise à suivre afin de déterminer si un opérateur de télécommunications se rend ou non coupable d'une pratique de "price squeeze". Néanmoins, les parties se réfèrent à deux affaires pendantes devant la Commission (affaires Deutsche Telekom (DT) et KPN) qui n'ont pas encore donné lieu à une décision de la Commission européenne (pièces 7 et 8 du dossier complémentaire des plaignantes déposées à l'audience du 8 avril 2003). Des fonctionnaires de la C.E. se seraient exprimés publiquement à plusieurs reprises sur l'affaire DT en soulignant qu'il s'agissait d'une affaire hautement complexe pour laquelle ils ne disposaient pas d'outils facilement utilisables pour déterminer s'il y avait effectivement un problème de prix ciseaux. Il va de soi que l'affaire dans laquelle Nous sommes appelés à Nous prononcer est également hautement complexe. De plus, des affaires similaires concernant des pratiques de price squeeze dans le secteur des télécommunications étant pendantes devant la Commission, Nous invitons le Corps à interroger la Commission sur ces affaires sur base de la Communication de la Commission du 15 octobre 1997 relative à la coopération entre la Commission et les autorités de concurrence des Etats membres pour le traitement d'affaires relevant des articles 85 et 86 (actuellement articles 81 et 82) du Traité CE.

- Le rapport devra être actualisé en tenant compte des offres BRIO 2003.
- Les plaignantes ont déposées de nombreuses simulations actualisées lors du dépôt de leurs observations du 3 mars 2003. Ces simulations sont reprises sous leurs pièces I, 4 (résultats chiffrés). La partie incriminée estime que les simulations actualisées sont erronées, non fiables et inefficaces et a réagi en déposant (en annexe aux observations du 25 mars 2003) à son tour de nouvelles simulations, reprises sous ses pièces 43.1 et 43.2. Une analyse économique de ces simulations s'impose de sorte que Nous priions le Corps des Rapporteurs d'effectuer une analyse à ce sujet.
- Le Rapport fait état de la position de l'IBPT en se référant au courrier de l'IBPT du 15 octobre 2002. Dans ce courrier l'IBPT répond à la question du Service visant à savoir si l'offre BE a fait l'objet de la part des services de l'IBPT d'un contrôle sur les coûts et, dans l'affirmative, suivant quelle méthodologie, que "cette offre n'a pas encore fait l'objet d'un contrôle d'orientation sur les coûts au sens de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques". A la question du Service visant à savoir si l'IBPT avait des remarques concernant l'offre de Belgacom et ses possibles conséquences sur le marché, l'IBPT a répondu comme suite : "Nous ne pouvons, à ce stade, émettre une position quant aux conséquences de cette offre de la SA Belgacom sur le marché. Le dossier n'ayant pas encore été clôturé et l'ensemble des études nécessaires pour ce faire n'ayant pas, à ce stade de l'examen du dossier, été réalisées, il s'agirait d'une démarche prématurée. Il nous est uniquement possible à ce stade de vous faire part du fait que nos premières analyses (tarifs de poste fixe à poste fixe et tarifs F2M du plan tarifaire Excellence) nous ont effectivement conduit à solliciter plus d'explications de la part de la SA Belgacom étant donné le niveau assez bas des tarifs en question". Le rapport du Corps des Rapporteurs ayant été déposé le 26 novembre 2002, il ne contient pas d'informations plus récentes. Il est probable que l'IBPT pourra à présent procurer de plus amples informations au Service de la Concurrence et au Corps des Rapporteurs. Nous priions le Service et le Corps dès lors d'interroger l'IBPT à nouveau concernant l'offre BE de Belgacom et ceci, si possible d'une manière plus approfondie. Il appartiendra également au Service et au Corps d'interroger l'IBPT sur leur position depuis l'entrée en vigueur de l'offre BRIO 2003.

En conclusion, Nous décidons de déclarer la demande de mesures provisoires sollicitées par les plaignantes recevable et, avant de dire droit sur le fond de l'affaire, Nous renvoyons l'affaire au Corps des Rapporteurs et invitons celui-ci à déposer un rapport complémentaire si possible pour le 26 juin 2003.

### Par ces motifs

Nous, Béatrice Ponet, Président du Conseil de la concurrence,

- Décidons qu'il y a lieu de déclarer la demande de mesures provisoires sollicitées par les plaignantes recevable ;
- Avant de dire droit sur le fond de l'affaire, renvoyons l'affaire au Corps des Rapporteurs et invitons le Corps des Rapporteurs à déposer un rapport complémentaire relatif aux éléments mentionnés dans la motivation de la présente décision et ceci si possible pour le 26 juin 2003.

Ainsi statué le 15 mai 2003 par Béatrice Ponet, Président du Conseil de la concurrence.