

Version Publique

Le Collège de la concurrence de l’Autorité belge de la concurrence

Décision n° ABC-2023-RPR-17 du 21 juin 2023 en application de l’article IV.73 CDE

Affaire n° CONC-RPR-23/0002 Demande de mesures provisoires

I. Procédure

1. Le 21 mars 2023, l’auditeur général de l’Autorité belge de la Concurrence (ci-après, « ABC ») a, après avis du directeur des affaires économiques, décidé d’ouvrir une instruction d’office en vertu de l’article IV.39, 2° du Code de droit économique (ci-après, « CDE ») à l’égard de la reprise de la société EDPnet NV (ci-après, « EDPnet ») par la société Proximus SA (ci-après « Proximus »). L’instruction porte sur une pratique susceptible d’enfreindre l’article IV.2 CDE et l’article 102 du Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne (ci-après, « TFUE »). Cette affaire porte la référence CONC-RPR-23/0001.
2. Le 12 avril 2023, l’auditeur général dépose, conformément à l’article IV.72 CDE une requête motivée de mesures provisoires (ci-après : « la requête »)¹.
3. Proximus, ce même jour, adresse une lettre au président du Collège dans laquelle elle lui demandait l’octroi d’un délai s’écoulant le 10 mai 2023 pour le dépôt de ses observations écrites et pièces, en conformité avec l’article IV.72, §3 alinéa 2, du CDE, l’audience pouvant être tenue au plus tard le 15 mai 2023.
4. Le 13 avril 2023, le président du Collège adresse à Proximus une proposition de version non-confidentielle de la requête de mesures provisoires, demandant à Proximus d’y réagir pour le lendemain, soit le 14 avril 2023, afin de pouvoir transmettre dans les meilleurs délais cette version de la requête aux tiers conformément à l’article IV.72, §2 alinéa 2, du CDE. Proximus consent à la version proposée par le président du Collège dans le délai imparti.
5. Le 14 avril 2023, le président du Collège répond à Proximus que l’audience dans l’affaire sous rubrique sera fixée le jeudi 11 mai, la date la plus éloignée répondant aux contraintes à la fois de l’article IV.72, § 3 alinéa 2 et des disponibilités des personnes impliquées dans l’organisation de l’audience.

¹ Le contenu de cette requête est repris dans l’annexe 1.

Le même jour, le président constitue le Collège de la concurrence.

6. Le lundi 17 avril 2023, le président du Collège adresse cette version non confidentielle à EDPnet, Citymesh et Orange en leur précisant qu'elles peuvent justifier d'un intérêt suffisant au sens de l'article IV.72 §4, 1^{er} alinéa du CDE et demander à être entendues en tant que tiers par le Collège de la concurrence.

7. Le même jour, le président du Collège adresse une lettre à l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (ci-après, « IBPT ») par laquelle le Collège de la concurrence l'informe qu'il souhaite l'entendre conformément à l'article IV.72 §4, 1^{er} alinéa du CDE. La version non confidentielle de la requête est jointe en annexe à cet envoi. Par courriel du 28 avril 2023, l'IBPT confirme au greffe qu'il interviendra dans la présente procédure.

8. Le 17 avril également, le président du Collège informe Proximus par courriel que cette version non-confidentielle de la requête de mesures provisoires a été transmise à EDPnet, Orange Belgium (ci-après : « Orange »), CWave et l'IBPT.

La motivation de l'envoi de la version non-confidentielle de la requête à ces tiers est contenue dans la section III.4.1 ci-après (numéros 60 et suivants), en réponse aux interrogations de Proximus dans ses observations écrites (para. 63 et 74 – 77) concernant cette transmission.

9. Par lettre du 18 avril 2023 envoyée par courriel le même jour au président du Collège, l'IBPT demande, sans justification détaillée, au président du Collège de lui faire parvenir la version complète de la requête. Le 19 avril 2023, le président du Collège répond à l'IBPT qu'il conclut, de l'interprétation des dispositions légales applicables, qu'il ne peut accepter de lui transmettre cette version complète de la requête.

10. Par un courriel daté du 21 avril 2023 envoyée le même jour, l'IBPT demande au président du Collège, sur la base d'une motivation circonstanciée, de recevoir la version confidentielle de la requête en mesures provisoires. Le 24 avril 2023, le président du Collège décide d'y faire droit et en informe Proximus par courriel le même jour.

11. Par courriel du 26 avril 2023, l'IBPT, suite à la réception de la version confidentielle de la requête, demande également que toutes les annexes à celle-ci lui soient communiquées dans leur version confidentielle. Le président du Collège décide de faire droit à cette demande et, en date du 28 avril 2023, les annexes à la requête ont été envoyées à l'IBPT. Le président du Collège en informe Proximus par lettre du 2 mai 2023.

12. Le 26 avril 2023, les conseils de Citymesh adressent au greffe une lettre dans laquelle ils confirment la volonté de Citymesh d'intervenir dans la procédure en qualité de tiers justifiant d'un intérêt suffisant, ainsi que les mandats conférés par Citymesh.

13. En date du 2 mai 2023, le président du Collège adresse à Proximus, à l'IBPT et à Citymesh un courriel avec, en annexe, la convocation pour l'audience du 11 mai 2023, son agenda, ainsi que la composition du Collège.

14. Le 2 mai 2023, Citymesh dépose ses observations écrites² qui ne contiennent pas d'informations confidentielles vis-à-vis de Proximus ni de l'IBPT et fait parvenir ces observations écrites et pièces à Proximus et à l'IBPT. Le même jour, l'IBPT dépose une version non confidentielle de ses observations

² Le contenu de ces observations est repris dans l'annexe 2.

écrites et une version confidentielle³ vis-à-vis des tiers qui n'ont pas eu accès à la version confidentielle de la requête.

15. [CONFIDENTIEL]

16. Le 3 mai 2023, Proximus communique par lettre au président du Collège, qu'elle conteste l'envoi de la version confidentielle de la requête et de ses annexes à l'IBPT.

17. Par courriels des 4 mai et 5 mai 2023, Proximus demande au président du Collège de ne pas donner accès aux tiers, à savoir l'IBPT et Citymesh, à ses observations écrites, même en version non-confidentielle et soumet au président du Collège que la seule partie qui aura accès aux observations écrites et aux pièces jointes à déposer le 8 mai, est l'auditeur général, en sa qualité de demandeur des mesures provisoires.

18. Le 8 mai 2023, le président du Collège communique au conseil de Proximus qu'il lui est demandé de transmettre une version non confidentielle de ses observations écrites à l'IBPT et à Citymesh.

Les moyens invoqués par Proximus et les motifs sur lesquels repose la demande adressée par le président du Collège au conseil de Proximus de transmettre une version non confidentielle des observations écrites de Proximus à l'IBPT et à Citymesh, sont exposés dans la section III.4.3 (ii) ci-après, en réponse aux arguments de Proximus dans ses observations écrites (para. 93 et 94).

19. Le même jour, le 8 mai 2023, Proximus dépose au greffe et au président du Collège ses observations écrites et leurs annexes, en version confidentielle⁴. Le conseil de Proximus indique que ses observations écrites, en version confidentielle, ne seront pas communiquées à l'auditeur général qui, en sa qualité de requérant, n'a droit qu'à une version non-confidentielle qui parviendra plus tard le même jour.

20. Ce même jour, le conseil de Proximus adresse un courriel au président du Collège selon lequel il communiquera le jour même une version non-confidentielle des observations écrites à l'IBPT, à Citymesh et au requérant, l'auditeur général.

Le conseil de Proximus se réfère dans ce même courriel au numéro 95 de ses observations écrites où Proximus conteste la qualité de tiers de la société Citymesh, ce qui peut avoir des conséquences sur le droit de Citymesh d'être entendue et sur son accès aux observations écrites de Proximus.

Le moyen invoqué par Proximus pour contester la qualité de tiers de Citymesh et l'évaluation de ce moyen par le Collège sont exposés dans la section III.4.4 ci-après.

21. Dans ce même courriel du 8 mai 2023, le conseil de Proximus demande au président du Collège de lui faire parvenir le courrier par lequel l'IBPT, d'une part, et Citymesh, d'autre part, lui ont demandé d'être entendus en tant que tiers.

Suite à cette demande, le président du Collège communique par courriel au conseil de Proximus qu'il a confirmé au greffe d'attendre la version non confidentielle des observations écrites de Proximus en vue de leur transmission à l'auditeur général.

³ Le contenu de ces observations est repris dans l'annexe 3.

⁴ Le contenu de ces observations fait l'objet de l'annexe 4.

22. Ce même jour, le conseil de Proximus transmet par courriel à l'IBPT, aux conseils de Citymesh, à l'auditeur général en tant que requérant et au président du Collège, la version non confidentielle des observations écrites et de leurs annexes déposées au nom de Proximus.

23. Toujours le 8 mai, le président du Collège adresse un courriel au conseil de Proximus pour exposer brièvement la teneur de l'analyse juridique ayant conduit à sa décision de transmettre la version complète de la requête et de ses annexes à l'IBPT.

Les moyens invoqués par Proximus pour contester l'envoi de la version confidentielle à l'IBPT et la motivation du président du Collège pour justifier cet envoi de la version confidentielle de la requête et de ses annexes à l'IBPT sont exposés dans la section III.4.2 ci-après, en réponse aux arguments de Proximus dans ses observations écrites (para. 70 et 78 – 92) concernant cette transmission.

24. En réponse à la demande de Proximus du 8 mai (supra, numéro 21), le greffe envoie, le 9 mai 2023 au conseil de Proximus :

- Une lettre du président du Collège du 9 mai se référant aux dispositions sur lesquelles le Collège s'est basé pour entendre l'IBPT et Citymesh, et pour communiquer une version non-confidentielle de la requête non seulement à l'IBPT et à Citymesh, mais également à EDPnet et à Orange.
- La lettre du 17 avril 2023 du président du Collège à l'IBPT, avec en annexe la version non-confidentielle de la requête, l'informant que le Collège de la concurrence souhaite entendre l'IBPT conformément à l'article IV.72 §4, 1^{er} alinéa (cfr. supra, numéro 7).
- La lettre du 26 avril 2023 que les conseils de Citymesh ont adressée au greffe, dans laquelle ils confirment la volonté de Citymesh d'intervenir dans la procédure en qualité de tiers justifiant d'un intérêt suffisant ; les mandats de Citymesh à ses conseils étant joints en annexe (supra, numéro 12).

25. Le 9 mai 2023, le conseil de Proximus transmet au greffe une copie des courriels par lesquels il a envoyé la version non confidentielle des observations écrites de Proximus à l'IBPT, aux conseils de Citymesh, à l'auditeur général en tant que requérant et au président du Collège.

26. Le 9 mai 2023, l'auditeur général adresse un courriel au président du Collège où il sollicite et motive l'accès à la version complète/confidentielle des observations de Proximus et de ses annexes.

27. Ensuite le même jour, le président du Collège informe le conseil de Proximus qu'en application de l'article IV.72 §7 CDE, il a décidé que la version confidentielle des observations écrites de Proximus et de ses annexes doit être transmise à l'auditeur général.

28. Le même jour, le conseil de Proximus informe le président du Collège qu'il a communiqué la version confidentielle des observations écrites à l'auditeur général et à l'auditorat, ce qui est confirmé par l'auditeur général.

Ensuite le même jour, le conseil de Proximus expose au président du Collège les motifs pour lesquels il estime que l'auditeur général, en tant que requérant dans cette affaire, n'a droit qu'à une version non confidentielle des observations écrites de la défenderesse. Ces motifs sont traités dans la section III.4.3 (i) ci-après.

29. Le 10 mai, le greffe communique aux membres du Collège et aux participants à l'audience un agenda modifié destiné à faciliter l'organisation de l'audience.

L'audience s'est tenue le 11 mai 2023. Les premiers intervenants étaient les conseils et le CEO de Citymesh qui ont fait leurs observations orales et ont répondu aux questions du Collège, puis ont quitté la salle d'audience.

Les représentants de l'IBPT ont ensuite fait leurs observations orales et ont répondu aux questions. L'auditeur général a ensuite présenté ses observations orales accompagnées d'une projection PowerPoint ; une copie sur support papier de ces slides a été distribuée (infra, numéro 58). Lorsque l'auditeur général a abordé, dans son exposé oral, le contenu des mesures provisoires demandées, les représentants de l'IBPT ont quitté la salle d'audience puis y sont revenus pour les exposés, successivement, de Proximus, du directeur des affaires juridiques et de la directrice des affaires économiques. Ces exposés ont été suivis d'une séance de questions et réponses.

Conformément à l'agenda de l'audience, eu égard à la circonstance particulière que, dans cette affaire, l'auditeur général est le requérant, l'Auditorat n'a pas été invité à prendre la parole après l'exposé de Proximus. Le dernier mot a été donné à Proximus.

30. Le Collège décide d'imposer quatre mesures provisoires qui ont été déterminées sur base de la requête de l'auditeur général ainsi que des principes d'interactions entre Proximus et EDPnet qui ont été soumis par Proximus dans le cadre de ses discussions avec l'auditeur général (observations de Proximus, pièce 15) et en tenant compte des observations aux propositions de mesures provisoires du Collège déposées par l'auditeur général le 13 juin 2023 et par Proximus les 13 et 16 juin 2023.

II. La requête motivée déposée par l'auditeur général

31. La requête motivée de mesures provisoires déposée par l'auditeur général le 12 avril 2023 vise la préservation de la viabilité, de la valeur marchande, de la compétitivité et de l'indépendance d'EDPnet, dans l'attente d'une décision au fond dans la présente affaire. Le contenu des mesures provisoires requises vise à empêcher Proximus de prendre toute mesure qui mettrait à mal, de manière irréversible, la continuité d'EDPnet en tant qu'entreprise indépendante.

Selon l'auditeur général (para. 129 et 130 de la requête), l'acquisition d'EDPnet par Proximus risque d'entraver substantiellement la concurrence sur les marchés de gros et de détail pertinents. En faisant l'acquisition d'EDPnet, Proximus abuse de sa position dominante sur le marché de gros et de détail pour exclure EDPnet, son seul concurrent sur le marché de gros et le principal opérateur alternatif dans la fourniture de services de détail en Belgique, et freiner le développement de Citymesh/DIGI, un nouvel entrant dans la fourniture de services de détail (et potentiellement de gros).

III. L'analyse du Collège de la concurrence

III.1 Introduction

32. L'analyse du Collège se fonde sur les informations contenues dans la requête de l'auditeur général et ses annexes, dans les observations écrites de Proximus, de l'IBPT et de Citymesh et leurs annexes.

33. Le Collège précise, concernant les observations écrites et orales de l'IBPT, que les seules informations confidentielles émanant de l'IBPT sur lesquelles la présente décision est fondée sont les informations confidentielles contenues dans les observations écrites, informations confidentielles qui

toutes proviennent exclusivement de la requête de l'auditeur général et de ses annexes (concernant les observations orales de l'IBPT lors de l'audience, voir infra numéro 74).

III.2 Les faits

III.2.1 Les entreprises en cause

III.2.1.a Proximus

34. Proximus, l'entreprise envers laquelle les mesures provisoires sont requises, est une société anonyme de droit public dont le siège social est sis Boulevard du Roi Albert II 27 à Bruxelles (1030) et enregistrée à la Banque-carrefour des entreprises sous le numéro 0202.239.951.

Proximus a réalisé un chiffre d'affaires de 5,9 milliards d'euros en 2022, et compte environ 11 500 employés.⁵

Son actionnariat se compose comme suit : l'État belge détient 53,5 % des actions et 56,1 % des droits de vote ; l'entreprise détient 4,6 % d'actions propres pour lesquelles les droits de vote sont suspendus par la loi, et le flottant représente 41,8 % des actions et 43,8 % des droits de vote.⁶

Proximus, anciennement connue sous le nom de Belgacom, est l'opérateur historique de télécommunications en Belgique.⁷ Proximus offre une gamme complète de services de communications électroniques, de gros et de détail, comprenant des services de télécommunications fixes et mobiles, ainsi que des services de voix et de données offerts au niveau national. Proximus offre ses services sur ses propres réseaux fixe (cuivre/fibre) et mobile.

35. La Conférence des régulateurs du secteur des communications électroniques (ci-après, « CRC »)⁸ a qualifié en 2018 Proximus d'opérateur exerçant une puissance significative sur différents marchés de gros des services de communications électroniques, et lui a à ce titre imposé des obligations de régulation *ex ante*.⁹

III.2.1.b EDPnet

36. EDPnet est une société anonyme, dont le siège social est sis Van Landeghemstraat 20 à Saint-Nicolas (9100), et enregistrée à la Banque-carrefour des entreprises sous le numéro 0466.070.845.

EDPnet est active dans le secteur des communications électroniques depuis 1999, et fournit des services de téléphonie fixe et mobile ainsi que des services d'accès à internet sur le réseau cuivre/fibre de Proximus. Elle aurait en 2022 [CONFIDENTIEL] clients mobiles sur le réseau d'Orange et 46.000

⁵ Voir le rapport annuel intégré 2022 de Proximus, disponible sur le site web de Proximus à l'adresse <https://www.proximus.com/fr/investors/annual-reports.html>.

⁶ Source Proximus (<https://www.proximus.com/fr/investors/shareholder-structure.html>), consulté le 7 avril 2023.

⁷ Proximus a bénéficié d'un monopole légal sur la fourniture de services de téléphonie fixe jusqu'à la libéralisation de ce marché le 1^{er} janvier 1998 (prévue par la loi du 19 décembre 1997 modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques afin d'adapter le cadre réglementaire aux obligations en matière de libre concurrence et d'harmonisation sur le marché des télécommunications découlant des décisions de l'Union européenne, *M.B.*, 30 décembre 1997). Proximus fut également le premier opérateur à déployer un réseau de téléphonie mobile en Belgique en 1994.

⁸ En raison de la répartition des compétences entre l'État fédéral et les Communautés, certaines décisions en matière de communications électroniques sont adoptées par la CRC, qui réunit l'Institut belge des services postaux et des télécommunications, le Conseil supérieur de l'audiovisuel, le Vlaamse Regulator voor de Media et le Medienrat.

⁹ Voir la décision de la CRC du 29 juin 2018 portant analyse des marchés du haut débit et de la radiodiffusion télévisuelle : <https://www.ibpt.be/operateurs/publication/decision-du-29-juin-2018-analyse-des-marches-du-haut-debit-et-de-la-radiodiffusion-televisuelle>.

accès fixes sur le réseau de Proximus dont [50-60]% pour des clients résidentiels, [5-10]% pour des clients business et [30-40]% concernent des offres de gros. Parmi celles-ci, [20-30]% ([CONFIDENTIEL] lignes)¹⁰ sont revendues à [CONFIDENTIEL] en combinaison avec des services de gros à valeur ajoutée qu'EDPnet fournit par l'intermédiaire de sa plate-forme de services (pour la commande, l'installation, la réparation, etc. de lignes internet)¹¹.

En 2021, EDPnet a réalisé un chiffre d'affaires de [CONFIDENTIEL], et employait [CONFIDENTIEL] (para. 17 de la requête et annexe 11 à la requête, page 10). EDPnet était jusqu'en 2021 une entreprise bénéficiaire [CONFIDENTIEL]¹², [CONFIDENTIEL].

37. L'activité d'EDPnet est répartie sur l'ensemble du territoire national : [40-50]% en Flandres, [30-40]% à Bruxelles et [30-40]% en Wallonie¹³.

Pour ses services d'accès à haut débit sur réseau fixe, EDPnet achète fin 2022 [CONFIDENTIEL] lignes fixes d'accès central à haut débit (DSL et fibre)¹⁴ à Proximus, dont elle est le premier acheteur (avec [50-60]% du nombre total de lignes de gros vendues par Proximus)¹⁵. [CONFIDENTIEL]¹⁶.

38. Depuis l'acquisition de VOO par Orange, EDPnet est devenu, selon l'IBPT (para. 15 de ses observations), le principal opérateur alternatif¹⁷ offrant des services de gros et de détail au niveau national,¹⁸ et le seul concurrent effectif de Proximus sur les réseaux cuivre et fibre capable de servir des dizaines de milliers de clients, notamment en résidentiel (B2C). [CONFIDENTIEL]¹⁹ [CONFIDENTIEL]²⁰. EDPnet est, jusqu'à présent, active essentiellement sur le segment de l'internet haut débit offert séparément ou en combinaison avec la téléphonie fixe à destination des clients résidentiels et des très petites entreprises (ci-après : « TPE »), c'est-à-dire les entreprises de moins de 10 personnes (annexe 4 à la requête, page 17). EDPnet se distingue par son positionnement sur des produits d'internet sans télévision et à des prix particulièrement attractifs (para. 14 de la requête).

III.2.1.c Citymesh/DIGI

39. Citymesh est une entreprise fondée en 2006 qui a été reconnue par l'IBPT comme opérateur de télécommunications en 2015. CWave SA et Hyrde Networks BV font partie à 100% du groupe Citymesh. En 2020, Citymesh a acquis les dernières licences 4G auprès de l'IBPT. Depuis début 2021,

¹⁰ Annexe 8 à la requête, page 3

¹¹ Requête en intervention de l'IBPT, para. 16 (Annexe 2 à la requête).

¹² Annexe 11 à la requête, p.10. [CONFIDENTIEL]

¹³ Annexe 8 à la requête, page 3. Il n'est pas précisé si cette ventilation se base sur les clients ou le chiffre d'affaires.

¹⁴ Réponse de l'IBPT à la demande de renseignements du 23 mars 2023, question 4 (Annexe 4 à la requête). Voir également le site internet d'EDPnet qui précise: « EDPnet délivre internet via le réseau de Proximus. Donc, partout où vous pouvez obtenir des services via Proximus, vous pourrez également obtenir EDPnet » (<https://www.edpnet.be/fr/prive/internet.html> be).

¹⁵ Réponse de l'IBPT à la demande de renseignements du 23 mars 2023, question 6 (Annexe 4 à la requête).

¹⁶ Annexe 8 à la requête, page 3

¹⁷ Le Collège constate que la définition d'opérateur alternatif retenue par l'IBPT n'est pas claire. L'IBPT clarifie en audience qu'il s'agit d'un opérateur qui ne dispose pas d'un réseau propre pour lequel il aurait été déclaré comme disposant d'une puissance significative suivant la réglementation sectorielle.

¹⁸ Réponse de l'IBPT du 29 mars 2023 à la demande de renseignements du 23 mars 2023, question 6 (Annexe 4 à la requête).

¹⁹ + [60-70] % au cours de la période 2016-2021 selon la réponse de l'IBPT à la demande de renseignements du 23 mars 2023, question 7 (Annexe 4 à la requête) ; [CONFIDENTIEL] selon les documents internes de Proximus (Annexe 11 à la requête, p.8).

²⁰ Annexe 8, page 7 et annexe 11 à la requête, page 8

Citymesh fait partie du groupe Cegeka, un fournisseur de services informatiques basé en Belgique et actif en Europe (section B.1 des observations de Citymesh).

40. DIGI est un opérateur qui offre des solutions de télécommunications fixes et mobiles en Roumanie, Espagne et Italie.

41. Citymesh et DIGI ont conclu un accord de coopération qui leur a permis d'obtenir en juin 2022 la quatrième licence mobile sur le territoire belge. Citymesh et DIGI ont formé une joint-venture, dénommée Insky, pour construire et exploiter un réseau 5G à l'échelle nationale (para. 18 de la requête).

[CONFIDENTIEL]²¹. [CONFIDENTIEL].

III.2.2 L'acquisition d'EDPnet par Proximus

III.2.2.a Procédure devant le Tribunal de l'entreprise de Gand

42. Connaissant des difficultés financières depuis 2022, EDPnet fait l'objet d'une procédure de réorganisation judiciaire en application des articles XX.84 et suivants CDE.

Dans le cadre de cette procédure de réorganisation judiciaire, une série d'opérateurs dont Proximus, Citymesh et Sewan²² ont remis une offre pour les actifs d'EDPnet.²³

43. Par un jugement du 21 mars 2023, le Tribunal de l'entreprise de Gand, a ordonné en première instance le transfert des actifs d'EDPnet à Proximus.

Proximus a remis l'offre la plus élevée, à savoir 22,7 millions d'euros. Proximus s'était en outre engagée à reprendre la quasi-totalité du personnel d'EDPnet (à l'exclusion du CFO), et à assurer le maintien de l'emploi sous le régime de la Convention collective de travail n° 102 (ci-après, « CCT n° 102 »), afin de garantir la continuité des activités d'EDPnet après le transfert.²⁴

L'offre de Citymesh, de [CONFIDENTIEL] millions d'euros, était la deuxième plus élevée, et celle de Sewan, de [CONFIDENTIEL] millions d'euros, la troisième retenue par les mandataires de justice. Citymesh et Sewan se sont engagées à reprendre l'ensemble du personnel aux mêmes conditions (CCT n° 102).²⁵

44. Devant le Tribunal de l'entreprise de Gand, les conséquences anti-concurrentielles d'une reprise des actifs d'EDPnet par Proximus ont été débattues. A cet égard, le tribunal a reconnu que le droit de la concurrence est d'ordre public, et a considéré que Proximus était un opérateur dominant,²⁶ mais il n'a pas pris en compte les clarifications apportées par la Cour de Justice de l'Union européenne (ci-après : « UE ») dans l'arrêt *Towercast* rendu le lendemain de l'audience devant lui,²⁷ et a considéré à

²¹ Para. 7 des observations de Citymesh.

²² Sewan est une entreprise française de télécommunication, opérant dans plusieurs pays d'Europe, dont la Belgique depuis 2019. Elle fournit à la fois des services fixes et mobiles ainsi que des services *cloud* aux entreprises. En 2020, Sewan a signé un accord avec Proximus pour utiliser son réseau en tant que light MVNO et ainsi fournir à ses clients des services mobiles.

²³ Jugement du Tribunal de l'entreprise de Gand du 21 mars 2023, para. 54 (Annexe 1 à la requête de mesures provisoires).

²⁴ Jugement du Tribunal de l'entreprise de Gand du 21 mars 2023, para. 54.1 (Annexe 1).

²⁵ Jugement du Tribunal de l'entreprise de Gand, du 21 mars 2023, para.s 54.2 et 54.3 (Annexe 1).

²⁶ Jugement du Tribunal de l'entreprise de Gand, du 21 mars 2023, para. 94 (Annexe 1).

²⁷ Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 16 mars 2023, affaire C-449/21, *Towercast c. ADLC*.

l'époque ne pas disposer d'éléments suffisamment probants concernant la possible ouverture d'une instruction par l'ABC et une éventuelle requête en mesures provisoires.²⁸

Le juge a relevé que ces trois offres étaient comparables en ce qu'elles assuraient toutes la continuité des activités d'EDPnet, et a ainsi évalué les offres proposées au regard de leur montant,²⁹ avant de retenir celle de Proximus. La procédure de réorganisation judiciaire a été l'élément déclenchant la reprise d'EDPnet.

45. Suite au jugement du Tribunal de l'entreprise de Gand, la reprise d'EDPnet par Proximus a été réalisée en date du 31 mars 2023. Les activités d'EDPnet ont été transférées à une nouvelle société Proximus (« Proximus Newco BV, entretemps dénommée EDPnet Belgium BV) dont Proximus est actionnaire (para. 22 des observations de Proximus).

III.2.2.b Procédure devant l'ABC

46. En date du 22 mars 2023, l'Auditorat informe par courriel Proximus que l'auditeur général a décidé d'ouvrir, après avis du directeur des affaires économiques, une instruction en application de l'article IV.39, 2° du CDE concernant la reprise d'EDPnet par Proximus.

47. Dans ce même courriel, outre une demande de renseignements, l'Auditorat fait part de son souhait de « *s'entretenir avec la défenderesse afin d'envisager ensemble les mesures qu'elle devait prendre à très court terme de manière à ne pas mettre en péril l'effectivité des mesures qui seraient prises par l'Autorité au terme de l'instruction menée par l'Auditorat* » (para. 38 des observations de Proximus).

48. L'entretien entre l'Auditorat et Proximus a lieu le 24 mars 2023. Un second entretien a lieu le mardi 28 mars 2023, au cours duquel le projet de listes d'actions urgentes que Proximus envisageait de prendre afin de garantir la continuité des services d'EDPnet et qui a été adressé à l'Auditorat à cette fin, a été discuté. Ce dernier aurait, selon Proximus (para. 47 de ses observations) approuvé 17 actions et émis des réserves à l'égard de deux d'entre elles. Le 29 mars 2023, Proximus envoie un récapitulatif de l'ensemble des actions validées et pas encore validées par l'Auditorat (annexes 6 et 7 des observations de Proximus).

49. Ce même jour, l'Auditorat transmet par courriel à Proximus un document intitulé « *Proximus-EDPnet – Principes d'interactions* » dans lequel sont reprises les mesures considérées pertinentes par l'Auditorat afin d'encadrer temporairement les relations entre Proximus et EDPnet (annexe 15 des observations de Proximus). Les mesures envisagées sont exposées au para. 54 des observations de Proximus et au para. 154 de la requête.

Le 3 avril 2023, Proximus donne son accord de principe aux quatre premières mesures envisagées dans le document de l'Auditorat. Concernant la désignation d'un mandataire chargé du contrôle de l'exécution des mesures provisoires, Proximus ne le juge pas utile dans la mesure où le gestionnaire désigné au sein du personnel d'EDPnet, veillerait non seulement au respect des trois premières obligations mais serait également en charge de la rédaction d'un rapport mensuel d'informations – qui ne contiendra pas d'informations commercialement sensibles – dont copie sera adressée à l'auditeur général et à Proximus (annexe 16 des observations de Proximus).

²⁸ Jugement du Tribunal de l'entreprise de Gand, du 21 mars 2023, para.s 98 et 101 (Annexe 1).

²⁹ Jugement du Tribunal de l'entreprise de Gand, du 21 mars 2023, para. 76 (Annexe 1).

Lors de l'entretien du 28 mars (supra, numéro 44), Proximus a exprimé sa préférence pour un accord avec l'auditorat sur les mesures à mettre en œuvre afin d'assurer la viabilité et la continuité d'EDPnet, en-dehors d'une procédure en mesures provisoires.

50. Le vendredi 7 avril 2023, l'auditeur général informe Proximus de ce que, compte tenu de l'enjeu, il ne peut se résoudre à accepter que ces règles ne puissent faire l'objet d'un contrôle. Afin d'assurer la sécurité juridique des parties prenantes, il va solliciter que les mesures suggérées soient rendues obligatoires.

III.3 La recevabilité de la demande

III.3.1 Existence d'une instruction au fond

51. L'article IV.71 du CDE prévoit que le Collège peut prendre des mesures provisoires destinées à suspendre des infractions au droit de la concurrence si ces infractions font l'objet d'une instruction au fond.

52. Le Collège de la concurrence constate que la demande de mesures provisoires de l'auditeur-général vise la suspension de pratiques faisant l'objet d'une instruction ouverte par l'auditeur général le 21 mars 2023 en vertu de l'article IV.39, 2° CDE à l'égard du projet de reprise d'EDPnet par Proximus. L'ouverture de cette instruction a été motivée par :

- l'arrêt de la Cour de justice de l'UE du 16 mars 2023 dans l'affaire Towercast (C-449/21) qui a clarifié qu'une opération de concentration d'entreprises tombant sous les seuils de contrôle ex ante obligatoire prévus par le droit national, peut être analysée par une autorité de concurrence d'un État membre comme étant constitutive d'un abus de position dominante ; et
- des indices sérieux d'une telle entrave substantielle à la concurrence dans la fourniture de services de télécommunications de gros et de détail qui lui ont été transmis par l'IBPT, notamment les 1^{er} et 17 mars 2023, concernant en particulier la position concurrentielle d'EDPnet et les relations entre les activités d'EDPnet et celles [CONFIDENTIEL].

III.3.2 Demande de mesures provisoires dirigée à l'encontre de Proximus

53. Proximus invoque l'irrecevabilité de la requête (premier moyen, para 96 à 100 des observations écrites de Proximus) en faisant valoir en substance que les mesures provisoires sont requises contre elle, Proximus, alors que ces mesures doivent être exécutées par EDPnet Belgium BV (qui a repris les activités d'EDPnet) qui est une personne morale distincte dont Proximus est actionnaire et qui n'est pas partie à la cause. Proximus ajoute que, en tout état de cause, EDPnet Belgium BV n'a pas eu l'occasion de se défendre contre la demande de mesures provisoires, de telle sorte qu'il s'agirait d'une procédure unilatérale dans laquelle le défendeur n'est pas entendu, et dont il n'est même pas au courant avant l'imposition des mesures (numéro 101 des observations écrites de Proximus).

54. Au préalable, il est rappelé que EDPnet Belgium BV ne peut être confondue avec EDPnet NV, la société en difficultés financières ayant fait l'objet de la procédure en réorganisation judiciaire (PRJ) et dont les actifs ont été transférés, en vertu du jugement du 21 mars 2023 du tribunal de l'entreprise de Gand vers Proximus Newco BV, entretemps dénommée EDPnet Belgium BV.

55. A l'égard de ce premier moyen de Proximus, le Collège considère premièrement que les articles IV.71 et suivants du CDE prévoient la possibilité de demander au Collège de la concurrence des

mesures provisoires pour suspendre les infractions en droit de la concurrence, en l'espèce de l'article 102 TFUE et de l'article IV.2 CDE. Cette demande est donc introduite contre l'entreprise qui est soupçonnée d'avoir commis l'abus de position dominante, c'est-à-dire en l'espèce à l'encontre de Proximus, et donc non pas à l'encontre d'EDPnet Belgium BV.

Le Collège considère deuxièmement que les mesures provisoires demandées par l'auditeur général (para. 154 de sa requête) s'inscrivent dans cette logique de n'imposer des obligations qu'à Proximus, et non pas à EDPnet Belgium BV, à savoir :

- l'obligation pour Proximus de maintenir la viabilité, la compétitivité et la valeur marchande d'EDPnet Belgium BV;
- l'obligation pour Proximus de garder ses activités séparées des activités d'EDPnet Belgium BV; et
- l'obligation pour Proximus de prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir qu'elle ne recueille pas d'informations confidentielles concernant EDPnet Belgium BV.

Le Collège considère troisièmement que le respect par Proximus de ces obligations aura, de toute évidence, un impact sur l'activité d'EDPnet Belgium BV puisque cette dernière ne pourra pas être intégrée au sein de Proximus mais que cela est une conséquence des mesures de suspension d'une infraction *prima facie* alléguée dans le chef de Proximus.

56. Le Collège ne peut suivre l'argumentation de Proximus qualifiant EDPnet Belgium BV comme « défendeur » parce que le reproche d'abus de position dominante allégué est formulé vis-à-vis de Proximus, et non pas vis-à-vis d'EDPnet Belgium BV. Par ailleurs, le Collège relève qu'EDPnet Belgium BV est une filiale contrôlée par Proximus en sorte qu'elle fait partie de l'« entreprise » au sens du droit de la concurrence (infra, numéro 117) envers laquelle les mesures de l'auditeur général ont été demandées.

III.4 Mise en état de l'affaire

57. Préalablement, le Collège examine les questions de procédure concernant la mise en état de l'affaire. Dans ses observations écrites, Proximus invoque certaines (quatre) irrégularités de procédure sous réserve de régularisation avant l'audience, si cela était encore possible.

58. S'agissant de la présentation power-point utilisée par l'auditeur général à l'audience (supra, numéro 29), le Collège rappelle que les présentations du type power-point servent uniquement à faciliter la tenue de l'audience en support des observations orales des parties. Elles doivent se limiter à refléter le contenu des documents ou des pièces qui ont été déposés antérieurement auprès du président ou du Collège. A l'audience, Proximus a néanmoins exprimé ses réserves quant à l'utilisation par l'auditeur de la présentation power point. Dans ces circonstances, le Collège n'a pas égard à cette présentation power point, notamment pour la rédaction de la présente décision et ne la reprendra pas dans le dossier de procédure.

59. Lors de l'audience, l'auditeur général s'est référé, dans ses observations orales, à la décision de la Commission européenne concernant l'acquisition de VOO par Orange³⁰. Cette décision n'étant pas encore publique le jour de l'audience, le Collège ne l'a pas prise en compte pour fonder sa décision.

³⁰ Décision de la Commission européenne du 20 mars 2023, aff. M. 10 663 *Orange/Voo/Brutele*.

III.4.1 Sur la communication de la version non-confidentielle de la requête de l'auditeur général à EDPnet, Citymesh, Orange et L'IBPT

60. Proximus, dans ses observations écrites concernant cette transmission de la requête à des tiers soutient en substance que la compétence de décider de la transmission de la demande de mesures provisoires à des tiers (en l'espèce : EDPnet, Orange Belgium, Citymesh et l'IBPT) appartient au président du Collège et non pas à l'auditeur général, conformément à l'article IV.72, §2 du CDE (para. 63 des observations écrites de Proximus) et que, Orange et EDPnet n'ayant pas déposé d'observations écrites, ils n'ont visiblement pas demandé d'être entendus et que c'est donc à tort que la requête leur a été communiquée (para. 74 – 77 des observations écrites de Proximus).

61. Le Collège considère d'abord que l'article IV.72, §2 du CDE a été appliqué puisque c'est bien le président du Collège qui a adressé, par lettre du 17 avril 2023, cette version non confidentielle d'une part, à EDPnet, Citymesh et Orange en leur précisant qu'elles pouvaient justifier d'un intérêt suffisant au sens de l'article IV.72 §4, alinéa 1^{er} CDE, et d'autre part à l'IBPT en l'informant que le Collège souhaitait entendre l'IBPT conformément à l'article IV.72 §4, 1^{er} alinéa du CDE, la version non confidentielle de la requête étant jointe en annexe à cet envoi (supra, numéros 6 et 7).

62. Le Collège considère ensuite qu'en ce qui concerne Orange et EDPnet, qui n'ont pas déposé d'observations écrites, la base de la transmission de la version non-confidentielle de la requête est l'article IV.72, §2 qui dispose que le secrétariat transmet, à la demande du président du Collège, la requête et les pièces en tout ou en partie aux tiers qui sont concernés par l'infraction ou qui peuvent avoir un intérêt aux mesures provisoires. C'est en substance le contenu de la lettre que le président du Collège a adressée le 9 mai 2023 au conseil de Proximus en réponse à sa demande de lui faire parvenir le courrier par lequel les tiers intervenant dans la présente procédure lui avaient demandé d'être entendus en tant que tiers (supra, numéro 24).

Dans sa lettre du 9 mai 2023, le président du Collège estime qu'EDPnet et Orange satisfont à ces critères d'être des tiers concernés par l'infraction ou d'avoir un intérêt aux mesures provisoires, ce qui justifie de leur transmettre une version non-confidentielle de la requête. Par ailleurs, selon le libellé de l'article IV.72 § 2 CDE, il n'est pas nécessaire que ces tiers aient préalablement demandé à être entendus pour que le président du Collège leur envoie la requête.

Le 2 mai, Orange a informé par courriel le Collège qu'elle renonçait à intervenir dans la procédure de mesures provisoires (supra, numéro 15). EDPnet, après la transmission de la requête, n'a manifesté aucun souhait d'intervenir à l'audience.

III.4.2 Sur l'accès par l'IBPT à la version confidentielle de la requête (et des annexes) de l'auditeur général

63. Proximus, d'abord dans la lettre que son conseil a adressée au président du Collège le 3 mai 2023, après que celui-ci ait informé par courriels des 24 avril et 2 mai 2023 qu'il avait transmis la version confidentielle de la requête et de ses annexes à l'IBPT (supra, numéros 10 et 11), et ensuite dans ses observations écrites (para. 70 et 78 à 92), soutient en substance, en ordre principal, que l'article 3 de l'Arrêté Royal du 8 mai 2014 concernant la coopération entre l'IBPT et l'ABC n'était pas applicable en l'espèce, l'IBPT souhaitait être entendue et avoir accès à la version confidentielle comme tiers. Or, l'article IV. 72 § 2 du CDE sur la transmission de la requête aux tiers concernés par l'infraction ou ayant un intérêt aux mesures provisoires, ne fait pas de distinction entre une institution comme l'IBPT et d'autres tiers ; en outre, la transmission de la requête de l'auditeur général à l'IBPT ne peut pas être

analysée comme un échange d'informations entre l'IBPT, destinataire, et l'ABC, institution émettrice, puisque l'auditeur général agit ici en sa qualité de requérant et non pas en qualité de chef de l'Auditorat

En ordre subsidiaire, Proximus soutient que la condition d'application de l'article 3 de l'Arrêté Royal du 8 mai 2014 selon laquelle l'échange d'informations doit être utile, nécessaire et surtout proportionnel à l'accomplissement des missions respectives de l'IBPT et de l'ABC, n'est pas remplie.

64. Quant à l'argument selon lequel la transmission de la requête de l'auditeur général à l'IBPT ne peut pas être analysée comme un échange d'informations entre l'IBPT, destinataire, et l'ABC, institution émettrice, parce que l'auditeur général agit ici en sa qualité de requérant, le Collège considère qu'il s'agit bien d'un échange d'informations entre les deux institutions dans le cadre d'une affaire dont le Collège est saisi. En l'espèce, le Collège constate par ailleurs que les demandes d'accès de l'IBPT à la version complète de la requête et de ses annexes ont été adressées au président du Collège (supra, numéros 9 à 11) et non pas à l'auditeur général.

65. Quant à l'argument selon lequel l'article IV. 72 § 2 du CDE sur la transmission de la requête, à la demande du président du Collège, aux tiers qui sont concernés par l'infraction ou ont un intérêt aux mesures provisoires, ne fait pas de distinction entre une institution comme l'IBPT et d'autres tiers, le Collège considère que la décision du président du Collège d'octroyer à l'IBPT l'accès à la version confidentielle de la requête ainsi que de ses annexes ne repose en rien sur l'article V.72 §2 CDE. En effet, cette disposition ne règle nullement les problèmes de confidentialité et ne constitue pas en soi une base légale pour le président du Collège pour transmettre des informations confidentielles aux tiers qui sont concernés par l'infraction ou qui peuvent avoir un intérêt aux mesures provisoires.

66. Le Collège constate que c'est sur la base de l'article 3 de l'A.R. du 8 mai 2014 concernant la coopération entre l'IBPT et l'ABC que le président du Collège a décidé d'octroyer l'accès à la version confidentielle de la requête de l'Auditorat ainsi que de ses annexes.

L'article 5 de cet A.R. règle les demandes d'accès de l'IBPT qui sont adressées au président du Collège dans le cadre des procédures formelles devant le Collège. Au moment de la rédaction de cet A.R., la possibilité pour les tiers intéressés d'être entendus dans les procédures de mesures provisoires n'était pas prévue par le livre IV du CDE. C'est pour cette raison que le libellé de l'article 5 se limite aux affaires au fond en matière de pratiques restrictives et aux affaires de concentration. Mais ensuite, dans sa version du 2019, le livre IV du CDE, notamment son article IV.72 du CDE, prévoit dorénavant que les tiers peuvent être entendus par le Collège dans les procédures de mesures provisoires mais le texte de l'article 5 de l'A.R. n'a pas été adapté à ce changement législatif.

C'est, d'une part, pour donner suite utile à cette modification de l'article IV.72 du CDE et, d'autre part, vu la portée très générale de l'article 3 de l'arrêté royal du 8 mai 2014, que le président du Collège a estimé que cet article 3 constitue une base légale suffisante pour accorder à l'IBPT l'accès à la version confidentielle de la requête en mesures provisoires et de ses annexes. A défaut, il en résulterait une situation paradoxale et contraire au principe de bonne administration dans laquelle l'IBPT aurait accès aux documents et pièces confidentiels dans la procédure d'instruction au fond alors que ce ne serait pas possible dans la procédure de mesures provisoires, et ce alors même que l'IBPT peut, depuis la modification législative de 2019, intervenir dans chacune de ces deux procédures.

67. Comme le souligne à juste titre Proximus, le recours à cette interprétation de disposition résiduaire de l'article 3 de l'A.R. emporte une motivation en termes de nécessité et de

proportionnalité. Dans l'esprit des articles IV.50 §2 et IV.65 §4 du CDE qui disposent que pour, respectivement, les pratiques restrictives et le contrôle des concentrations, le régulateur sectoriel est à considérer comme ayant un intérêt suffisant, on peut conclure que l'IBPT a également un intérêt suffisant pour être entendu et avoir accès à l'entièreté du dossier dans la présente affaire. Suivant la pratique constante de l'ABC et non contestée à ce jour³¹, le président du Collège a estimé que l'accès par l'IBPT à l'ensemble du dossier était nécessaire et proportionnel pour que cette autorité publique et spécialisée puisse remettre des observations de nature à éclairer le plus utilement possible le Collège pour rendre sa décision. L'accès à la seule version non confidentielle du dossier, et donc corrélativement l'absence d'accès à certaines informations, ne peut pas par hypothèse permettre à l'IBPT de donner les meilleures observations possibles au Collège dans cette affaire.

III.4.3 Sur la communication par Proximus de ses observations écrites aux autres parties dans la procédure

68. Par courriels des 4 mai et 5 mai 2023 mentionnés ci-avant (supra, numéro 17), Proximus a demandé au président du Collège de ne pas donner accès aux tiers, à savoir l'IBPT et Citymesh, de ses observations écrites, même en version non-confidentielle et a soumis en substance au président du Collège que la seule partie qui aura accès aux observations écrites et aux pièces jointes, est l'auditeur général, en sa qualité de demandeur des mesures provisoires (para. 93 des observations écrites de Proximus).

Dans la mesure où cet accès aux tiers a eu lieu, Proximus demande qu'il soit interdit à l'IBPT et à Citymesh qui seront entendus à l'audience de répliquer, de donner des commentaires, ou de se référer de quelque manière que ce soit à ses observations écrites (para. 94 des observations écrites de Proximus).

(i) Communication à l'auditeur général

69. Dans son courriel du 8 mai 2023 adressé au président du Collège (supra, numéros 27 et 28), Proximus soutient qu'il y a lieu de tenir compte de la circonstance particulière qu'en l'espèce, l'auditeur général est le requérant et, dès lors, est un tiers comme un autre qui n'a droit qu'à la version non-confidentielle des observations écrites.

70. En réponse au courriel du président du Collège du 9 mai 2023 au conseil de Proximus (supra, numéro 27) dans lequel il informe Proximus qu'il a décidé de transmettre la version confidentielle des observations écrites de Proximus et de ses annexes à l'auditeur général, celui-ci étant au demeurant tenu par le secret professionnel en vertu de l'article IV.32 du CDE, le conseil de Proximus a adressé au président du Collège le même jour (supra, numéro 28) un message où il détaille les motifs pour lesquels il estime que l'auditeur général n'a droit qu'à une version non confidentielle des observations écrites de la défenderesse.

Proximus y soutient en substance qu'en l'espèce, l'auditeur général est à considérer comme un requérant auquel s'appliquent les mêmes règles que celles s'appliquant aux entreprises ou associations d'entreprises qui forment une demande de mesures provisoires. Celles-ci ont accès à une version non-confidentielle des pièces de procédure et autres pièces utilisées et il n'y aurait pas de raison de privilégier l'auditeur général. Proximus soutient à cet égard que la circonstance que l'auditeur général et les membres de son Auditorat sont tenus par le secret professionnel, n'est pas

³¹ Voy. l'aff. RAN Sharing, affaire MEDE VM-19.0036, qui impliquait également Proximus.

pertinente dans un contexte où l'auditeur général est le requérant de mesures provisoires, et est dès lors l'adversaire de l'entreprise contre laquelle ces mesures sont demandées.

71. Le Collège considère que la base légale sur laquelle repose la décision du président du Collège de transmettre une version confidentielle des observations écrites de Proximus à l'auditeur général est l'article IV.72 § 7 du CDE, qui confère au président du Collège un pouvoir d'appréciation. Le président du Collège a estimé que l'accès pour l'auditeur général à l'ensemble des observations écrites de Proximus était nécessaire et proportionnel pour qu'il puisse préparer utilement l'audience afin de défendre de façon effective l'intérêt économique général et de pouvoir répondre adéquatement aux observations écrites de Proximus. Le Collège rappelle que l'auditeur général est tenu par le secret professionnel en vertu de l'article IV.32 du CDE lorsqu'il reçoit des informations de nature confidentielle. Le Collège observe également que ce n'est pas parce que l'auditeur général requiert des mesures provisoires que subitement, il perdrait sa mission de défendre l'intérêt économique général et qu'il défendrait des intérêts particuliers comme c'est le cas lorsqu'une entreprise, concurrente ou cliente d'une entreprise dominante, demande à l'ABC l'imposition de mesures provisoires.

Le Collège considère par ailleurs que lors de l'audience, il a été tenu compte du fait que l'auditeur général est requérant et que l'égalité des armes entre la défenderesse et le demandeur de mesures provisoires a été respectée en ce que le président du Collège n'a pas donné l'occasion à l'auditeur général de s'exprimer après les observations orales de Proximus comme c'est le cas lorsque l'auditeur général n'est pas requérant. Par ailleurs, Proximus a eu l'occasion lors de l'audience de répondre aux observations orales de l'auditeur général.

Les droits de la défense ont également été respectés en ce que le président du Collège a demandé à l'auditeur général, lors de son intervention, de ne se référer, en ce qui concerne les informations confidentielles mentionnées dans ses observations orales, qu'aux informations confidentielles contenues dans sa requête et ses annexes, et lorsque l'auditeur général a été amené à s'écarter de sa requête et de ses annexes, les représentants de l'IBPT ont quitté la salle d'audience (supra, numéro 29).

(ii) Communication aux tiers

72. Dans son courriel du 5 mai 2023 au président du Collège (supra, numéros 17 et 18), Proximus soutient en substance que les tiers, à savoir l'IBPT et Citymesh, ne peuvent être considérés comme « les autres parties à la procédure » au sens de l'article IV.72 §4 dernier alinéa du CDE puisque cette qualification serait réservée aux requérants de mesures provisoires et autres défendeurs éventuels. L'IBPT et Citymesh ne seraient donc pas en droit de recevoir les observations écrites de Proximus, fût-ce en version non confidentielle.

73. Le Collège constate que le président du Collège n'a pas répondu par l'affirmative lorsque le conseil de Proximus, dans son courriel du 4 mai 2023 (supra, numéro 17), lui a demandé s'il était d'accord que la seule partie ayant accès aux observations écrites de Proximus et aux pièces jointes est l'auditeur général, en sa qualité de requérant.

Le président du Collège a communiqué au conseil de Proximus, par courriel du 8 mai 2023 (supra, numéro 18), qu'il devait transmettre une version non confidentielle de ses observations écrites à l'IBPT et à Citymesh sur base de la pratique de l'ABC dans des affaires précédentes de mesures provisoires, où les observations écrites ont été échangées entre toutes les parties, y compris les tiers intéressés.

Le Collège note que si un tiers a demandé à être entendu et que le président du Collège a accepté de l'entendre à l'audience en raison de son intérêt à une mesure provisoire jugé suffisant (intérêt qui peut d'ailleurs être très direct dans le cas de Citymesh), ce tiers devient partie à la procédure au sens de l'article IV.72 §4 dernier alinéa du CDE et partant, peut avoir accès aux observations écrites. Ce constat est en conformité avec la pratique non contestée du Collège, selon laquelle les termes "toutes les autres parties à la procédure" à l'article IV.72, §4 in fine ont été compris comme couvrant les tiers.³²

Le Collège relève que le courriel du président du Collège précise, en ce qui concerne l'IBPT, que cette motivation ne s'appuie en rien sur l'article 3 de l'accord de coopération entre l'ABC et l'IBPT puisque cet article 3 s'applique aux échanges entre ces deux autorités, ce qui n'est clairement pas le cas s'agissant des observations écrites de Proximus.

Le Collège note enfin que son président a estimé que ces tiers, en l'espèce non seulement Citymesh mais aussi l'IBPT, n'ont droit qu'aux versions non-confidentielles des observations écrites de Proximus.

74. Quant à la demande dans les observations écrites de Proximus (para. 94) tendant à ce que, dans la mesure où l'IBPT et Citymesh ont reçu l'accès à ces observations écrites, il leur soit interdit lors de l'audience de répliquer, de donner des commentaires, ou de se référer de quelque manière que ce soit à ces observations écrites, le Collège précise, en ce qui concerne l'IBPT que, avant de donner la parole au représentant de l'IBPT lors de l'audience, le président du Collège lui a demandé de limiter, dans ses observations orales, toute référence à des informations confidentielles à celles contenues dans ses observations écrites, informations confidentielles qui, après vérification effectuée par le président du Collège préalablement à l'audience, proviennent exclusivement de la requête de l'auditeur général et de ses annexes.

En ce qui concerne Citymesh, dans ses observations orales, il a certes répondu au moyen par lequel Proximus a demandé d'écarter les observations écrites qu'il avait déposées (numéro 95 des observations écrites de Proximus ; voir ci-après au point III.4.4). Le Collège relève néanmoins que, pour le reste, les observations orales des conseils et du CEO de Citymesh durant l'audience ne se sont guère référées aux observations écrites de Proximus.

III.4.4 Sur la demande de Proximus d'écarter les observations écrites déposées par Citymesh

75. Proximus conteste dans ses observations écrites (para. 95) la qualité de tiers de Citymesh, en substance sur la base que la partie qui a déposé l'offre dans le cadre de la procédure de réorganisation judiciaire devant le Tribunal de Gand n'est pas Citymesh, mais la société CWave. Selon Proximus, si le Collège faisait droit à cette exception, les observations écrites de Citymesh devraient être écartées des débats, et Citymesh ne pourrait pas être entendue par le Collège ni avoir accès aux observations écrites de Proximus.

76. Le Collège considère que les offres déposées devant le Tribunal de l'entreprise de Gand pour la reprise des actifs, respectivement, de EDPnet NV et de EDPnet BV sont des offres du groupe Citymesh

³² Les précédents en matière de mesures provisoires sont l'affaire FoodInvest / URBSFA-ProLeague (Décision n° ABC-2020-V/M-26 du 2 juillet 2020 en application de l'article IV.73 CDE Affaire CONC-VM-20/0017) et l'affaire Telenet/Proximus-Orange (Décision BMA-2020-V/M-03 du 8 janvier 2020 en application de l'article IV.71, § 1 CDE Affaire n° MEDE-V/M-19/0036) où la requête avait été envoyée à l'IBPT et où l'IBPT avait déposé des observations écrites et avait participé aux audiences.

(Citymesh SA, CWave BV et Hyrde Networks BV ; supra, numéros 39 et 43). En ce qui concerne l'offre pour EDPnet NV, le tribunal de Gand se réfère à l'offre de Citymesh NV-CWAVE BV³³. En ce qui concerne l'offre pour EDPnet BV, le tribunal de Gand se réfère à l'offre faite par Hyrde Networks BV-Citymesh NV³⁴. Dès lors, le Collège ne peut que constater que Citymesh était bien partie à la procédure de réorganisation judiciaire.

III.4.5 Sur la possible nullité du dépôt par Proximus de ses observations écrites reçues hors délai par l'auditeur général.

77. Lors de l'audience, l'auditeur général a relevé que la version confidentielle des observations écrites lui était parvenue le 9 mai 2023 et donc, hors du délai imposé par l'article IV.72 §4, alinéa 2 à la défenderesse pour déposer ses observations écrites.

78. Le Collège constate que la version confidentielle des observations écrites de Proximus a été envoyée au greffe et au Collège dans les délais, le 8 mai 2023 (supra, numéro 19), et que le président du Collège en a accusé réception par courriel envoyé au conseil de Proximus le même jour vers 19h. Le Collège constate aussi que la version non-confidentielle a été envoyée aux conseils de Citymesh, à l'IBPT et à l'auditeur général dans les délais, le 8 mai 2023 dans la soirée (supra, numéro 22).

79. Le Collège considère que, si la version confidentielle des observations écrites de Proximus n'a été adressée que le 9 mai 2023 à l'auditeur général et à l'Auditorat, c'est en vertu d'une décision de confidentialité prise par le président du Collège sur la base de l'article IV.72, §7 et communiquée au conseil de Proximus ce même jour (supra, numéro 28).

La sanction de nullité prévue par l'article IV.72, §4, 4eme alinéa, ne trouve donc pas à s'appliquer en l'espèce.

III.5 Compétence du Collège

80. Selon l'article IV.71 CDE, le Collège de la concurrence peut prendre des mesures provisoires si :

- il y a des éléments de preuve *prima facie* d'une infraction au droit de la concurrence, à savoir aux articles IV.1 ou IV.2 CDE et/ou 101 ou 102 TFUE ; et
- il est urgent d'éviter une situation susceptible de provoquer un préjudice grave, imminent et difficilement réparable aux entreprises dont les intérêts sont affectés par ces pratiques ou de nuire à l'intérêt économique général.

81. Le Collège considère qu'il convient d'examiner préalablement les moyens par lesquels Proximus conteste en substance que le Collège est compétent pour ordonner, sur base des articles IV.71 et suivants du CDE, les mesures provisoires sollicitées par l'auditeur général.

Le Collège estime qu'il convient de préciser la portée de sa compétence comme suit :

³³ Jugement du Tribunal de l'entreprise de Gand, du 21 mars 2023, numéros 21, 31, 64 et 54.2.

³⁴ Ibidem, numéro 63.2.

III.5.1 Quant aux mesures destinées à suspendre l'acquisition d'une entreprise constituant « prima facie » un abus de position dominante

82. Proximus allègue, en substance, que la procédure de mesures provisoires prévue par les articles IV.71 et suivants du CDE, n'est pas applicable à une procédure équivalente à un contrôle de concentration (observations écrites de Proximus, cinquième moyen, para. 185 à 229).

Proximus fait notamment valoir que l'auditeur général n'est pas compétent pour requérir, ni le Collège pour adopter, sous l'angle de l'article 102 TFUE, des mesures provisoires tendant à avoir des effets similaires à celles applicables dans le cadre d'une instruction visant un contrôle de concentration *ex ante*. Par les mesures sollicitées, l'auditeur général viserait en réalité à, exercer un contrôle *ex ante* de ce type d'opération. En particulier, les mesures provisoires sollicitées seraient assorties des mêmes effets que celles que la Commission européenne est habilitée à prendre sur base de l'article 8, § 5, a) du règlement n° 139/2004 en cas de violation de l'obligation de *standstill* prévue à l'article 7 de ce règlement, en ce compris dans les cas d'un renvoi sur base de l'article 22 de ce règlement lorsque les seuils européens ne sont pas dépassés (comme dans le cas de la reprise d'EDPnet les seuils belges n'étant pas dépassés). L'application du contrôle de concentration par l'Auditorat ressortirait notamment de la référence dans la requête à l'analyse des « effets anticoncurrentiels d'une concentration » qui est la reprise d'EDPnet et du scénario contrefactuel tel qu'il est prévu par la Commission européenne dans ses lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales³⁵. Il n'existerait aucune base légale permettant au Collège d'ordonner des mesures provisoires au sens de l'article IV.71 CDE dans le cadre d'une instruction visant un contrôle de concentration. En effet, la liste exhaustive des décisions du Collège pouvant survenir à la suite d'une décision de mesures provisoires, prévue à l'article IV.73 § 4 CDE, ne comporterait aucune décision qui peut être prise à la suite d'un contrôle de concentration.

83. Le Collège relève tout d'abord qu'il peut prendre sur la base de l'article IV.71 CDE des mesures provisoires destinées à suspendre des « infractions au droit de la concurrence » faisant l'objet d'une instruction. L'article I.6, 15° CDE définit la notion « infraction au droit de la concurrence » comme « une infraction à l'article IV.1, à l'article IV.2 ou à l'article IV.2/1, et/ou à l'article 101 ou à l'article 102 du TFUE. » Ainsi, le Collège est compétent pour adopter, et l'auditeur général pour requérir, des mesures provisoires visant à suspendre des pratiques constitutives d'un abus de position dominante.

84. Par ailleurs, le Collège considère que l'arrêt du 16 mars 2023 de la Cour de justice de l'UE dans l'affaire Towercast a clarifié qu'une opération de concentration n'atteignant pas les seuils de contrôle préalable prévus respectivement par le Règlement CE sur les concentrations et par le droit national applicable peut se voir appliquer l'article 102 TFUE lorsque sont réunies les conditions prévues à cet article. Il appartient notamment à l'autorité saisie de vérifier que l'acquéreur qui est en position dominante et qui a pris le contrôle d'une autre entreprise a, par ce comportement, entravé substantiellement la concurrence sur le(s) marché(s) concerné(s). La Cour de justice de l'UE a ajouté que le seul constat du renforcement de la position d'une entreprise ne suffit pas pour retenir la qualification d'un abus, puisqu'il faut établir que le degré de domination ainsi atteint entraverait substantiellement la concurrence, c'est-à-dire ne laisserait subsister que des entreprises dépendantes, dans leur comportement, de l'entreprise dominante.³⁶

³⁵ JO UE, 2004, C31/5, para. 9.

³⁶ Arrêt de la Cour de justice du 16 mars 2023, C-449/21, Towercast, para. 52.

85. Par conséquent, le Collège estime que l'article IV.71 CDE permet à l'auditeur général de requérir, et au Collège d'adopter, des mesures provisoires visant la suspension d'une opération de concentration qui, n'atteignant pas les seuils prévus à l'article IV.7, paragraphe 1 CDE, est *prima facie* constitutive d'un abus de position dominante. Dans le cas d'espèce, l'auditeur général était donc en droit, après avoir ouvert une instruction d'office au fond sur base des indices sérieux d'un abus de position dominante, de demander en vertu de l'article IV.71 CDE des mesures provisoires au motif que la reprise d'EDPnet constituerait *prima facie* un abus de position dominante dans le chef de Proximus.

86. Le Collège estime que le texte de l'article IV.73 § 4 CDE § 4 ne prive pas le Collège de sa compétence pour imposer les mesures provisoires. Proximus observe à juste titre que cette disposition ne mentionne aucun des articles du CDE permettant au Collège ou à l'auditeur d'adopter une décision dans le cadre du contrôle de concentration prévu aux articles IV.65 à IV.70 CDE. Néanmoins, le Collège constate que l'article IV.73 § 4 fait référence à la décision du Collège visée à l'article IV.52 § 1^{er} et aux décisions de l'auditeur visées aux articles 44, § 1^{er}, IV.45, alinéa 1^{er} et IV.59 § 1^{er}, qui sont toutes prises pour clôturer une instruction au fond concernant une infraction au droit de la concurrence, parmi lesquelles figurent les infractions aux articles 102 TFUE et IV.2 CDE. En l'espèce, le Collège est bien appelé à prendre des mesures provisoires dans le cadre d'une procédure *ex post* concernant ces infractions au droit de la concurrence, à savoir la reprise par une entreprise en position dominante d'une autre entreprise, et non pas dans le cadre de la procédure de concentration prévue par le CDE.

87. Le Collège rejoint Proximus en ce que l'application de la procédure de mesures provisoires ne peut être utilisée pour instaurer de facto un contrôle de concentration *ex ante*. Mais, le législateur belge a introduit une procédure de mesures provisoires qui relève de l'application des règles de concurrence *ex post*. Cette procédure a comme objectif de permettre à l'ABC d'intervenir avant qu'une infraction n'ait causé un dommage important aux entreprises concernées, aux consommateurs ou à l'intérêt économique général.³⁷ Dans la mesure où depuis l'arrêt Towercast, il a été clarifié que la prise de contrôle d'une entreprise par une autre entreprise en position dominante peut être constitutive d'un abus de position dominante, le Collège est compétent pour accorder des mesures provisoires destinées à suspendre un tel abus afin de prévenir un dommage imminent et important à la concurrence effective, et ainsi d'assurer la pleine efficacité de l'article 102 TFUE.

88. Pour éviter néanmoins que la procédure de mesures provisoires ne puisse être utilisée pour instaurer *de facto* un contrôle de concentration *ex ante*, le Collège estime important de vérifier que les mesures provisoires respectent les conditions légales qui ont été fixées par le dispositif des articles IV. 71 et suivants CDE. Le Collège se chargera de cette tâche dans le reste de la section III.5 et dans la section III.6 de la présente décision. Toutefois, le Collège considère également que la constatation que les mesures sollicitées ressembleraient plus ou moins dans leur contenu à celles susceptibles d'être adoptées par la Commission européenne dans le cadre de l'application du Règlement CE sur le contrôle des concentrations, telles que notamment les mesures visant à rétablir les conditions d'une concurrence effective en cas de violation de l'obligation de *standstill* (article 8 § 5 de ce règlement) n'empêche pas que les conditions prévues aux articles IV. 71 et suivants du CDE soient réunies. Conformément à l'article IV.71 CDE, le Collège est compétent pour prendre des mesures destinées à suspendre les infractions au droit de la concurrence, ce qui comprend toutes les mesures utiles qui

³⁷ Voir Exposé de motifs, loi du 3 avril 2013, Chambre des représentants de Belgique, Doc 53 2591/001 2592/001, p. 5 et 13.

contribuent à éviter ou limiter le préjudice des entreprises concernées ou le dommage à l'intérêt économique général³⁸, à condition qu'elles soient proportionnelles et limitées dans le temps. Le Collège vérifiera dans la section III.6 de la présente décision si les mesures sollicitées respectent ce dispositif.

89. De même, le Collège considère que l'examen par l'auditeur général du scénario contrefactuel en faisant référence aux lignes directrices de la Commission européenne sur l'appréciation des concentrations horizontales ne permet pas de conclure que l'auditeur général a effectué une analyse propre à un contrôle de concentration *ex ante*. Le Collège rappelle que, selon l'arrêt Towercast (dans son para. 52), l'analyse d'une opération de concentration sous l'article 102 TFUE nécessite un examen de l'existence d'une entrave substantielle à la concurrence, en d'autres termes des effets anticoncurrentiels de l'opération en cause, et se fera généralement à partir d'un scénario contrefactuel.³⁹ Le Collège examinera donc le bien-fondé de la demande de mesures provisoires sur base des principes qui régissent l'application *ex post* de l'article 102 TFUE et IV.2 CDE (section III.6.1.e).

90. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, le Collège est compétent sur base de l'article IV.71 pour connaître et, le cas échéant, pour ordonner les mesures provisoires sollicitées, visant à suspendre une reprise *prima facie* abusive d'EDPnet par Proximus.

III.5.2 Quant aux mesures destinées à suspendre une acquisition d'entreprise déjà signée, mais pas encore exécutée

91. Proximus fait en substance valoir que l'offre contraignante de Proximus a été consommée et l'acquisition d'EDPnet signée, et que donc la suspension de l'infraction *prima facie* alléguée au sens de l'article IV.71 CDE est devenue impossible. En outre, l'intégration des activités d'EDPnet n'a pas encore été exécutée et donc sur le plan de l'intégration au sein de Proximus, il n'y a pas infraction *prima facie* et donc il n'y a rien à suspendre au sens de l'article IV.71 CDE (observations écrites de Proximus, septième moyen, première et deuxième branche ; para. 244 à 257).

Le Collège considère que, même si l'offre de Proximus a été consommée et l'acquisition d'EDPnet signée, il peut toujours être utile, conformément à l'article IV.71, de suspendre les effets pratiques de l'acquisition afin d'éviter son irréversibilité. C'est précisément l'objectif des mesures provisoires requises par l'auditeur général, à savoir suspendre provisoirement l'intégration d'EDPnet au sein du groupe Proximus et l'imposition de mesures qui empêchent l'irréversibilité de l'exécution de l'intégration.

L'article IV.71 CDE serait privé d'effet utile si le Collège ne pouvait pas suspendre l'intégration des activités d'EDPnet au sein du groupe Proximus. Si le Collège décide que l'acquisition d'EDPnet par

³⁸ Décision n° BMA-2014-V/M-14 du Collège de la concurrence du 11 juillet 2014, Ets. Claude Feltz N.V. / BMW Belgium Luxembourg N.V., para. 86.

³⁹ Communication de la Commission — Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, JO UE, 2009, para. 21 : « Lorsqu'elle examinera une affaire, la Commission développera l'analyse des facteurs généraux mentionnés au point 20, ainsi que des facteurs plus spécifiques décrits dans les sections traitant de certains types de pratiques d'éviction et de tous autres facteurs qu'elle pourra considérer comme utiles. Cette appréciation se fera généralement en comparant la situation actuelle ou la situation susceptible de prévaloir à l'avenir sur le marché en cause (sous l'effet du comportement de l'entreprise dominante) avec un scénario contrefactuel adéquat, comme la simple absence du comportement en question, ou avec un autre scénario réaliste eu égard aux pratiques commerciales établies » (souligné par le Collège).

Proximus constitue un abus *prima facie* de position dominante, le Collège doit pouvoir prendre des mesures visant à suspendre la mise en œuvre de l'acquisition par intégration d'EDPnet au sein de Proximus dans le cas où il estime ces mesures urgentes, de nature à éviter le préjudice résultant de cette intégration et proportionnelles.

III.5.3 Quant aux mesures de « hold separate » sollicitées par l'auditeur général

92. Proximus fait valoir en substance que le Collège n'est pas compétent sur base des articles IV.71 et suivants CDE pour adopter les mesures sollicitées étant donné que ces mesures correspondent à des mesures strictes de *hold separate* (observations écrites de Proximus, huitième moyen, para. 258 – 282). De telles mesures pourraient uniquement être adoptées lorsqu'une décision préalable de cession d'activité aurait été prise par l'autorité de concurrence compétente. Ainsi, la Commission européenne pourrait décider que les parties devraient s'acquitter de certaines obligations au cours de la période transitoire comprise entre la décision de cession de la Commission et l'accomplissement effectif de cette cession (voir les obligations énumérées aux §§ 108 à 112 de la Communication de la Commission européenne sur les mesures correctives).⁴⁰ De même, le Collège ne pourrait adopter de telles mesures provisoires de sauvegarde de l'activité à céder que suite à une décision acceptant des engagements de cession d'activité de la part des parties jusqu'à l'accomplissement de la cession. De façon similaire, le Collège ne pourrait adopter de telles mesures de *hold separate* en vertu de l'article IV.52, 8° CDE qu'en cas de non-respect d'une condition imposée en vertu de l'article IV.69 § 1^{er} CDE.

93. Le Collège rappelle qu'il ressort de son analyse aux numéros 82 à 86 ci-dessus que l'article IV.71 CDE constitue bien la base légale permettant à l'auditeur général de requérir, et au Collège d'adopter, des mesures provisoires visant la suspension d'une opération de concentration qui, n'atteignant pas les seuils nationaux, est *prima facie* constitutive d'un abus de position dominante.

En outre, le Collège rappelle qu'il est compétent pour adopter les mesures destinées à suspendre les infractions au droit de la concurrence, ce qui comprend toutes les mesures utiles qui contribuent à éviter ou limiter le préjudice des entreprises concernées ou le dommage à l'intérêt économique général causé par l'infraction *prima facie* aux articles 102 TFU et IV.2 CDE (numéro 87 ci-dessus).

94. Par conséquent, le Collège considère que le fait que des mesures sollicitées présentent des similitudes avec les mesures provisoires que la Commission européenne est habilitée à prendre pendant une période transitoire dans le cadre du contrôle de concentration n'empêche pas qu'il puisse accorder ces mesures sur base de l'article IV.71 CDE à condition qu'elles soient proportionnelles par rapport à l'atteinte à l'intérêt économique général. Le dispositif de l'article IV.71 et suivants CDE ne subordonne pas l'octroi des mesures provisoires à une décision préalable de cession d'activité. L'objectif des mesures provisoires prévues à l'article 71 CDE est d'intervenir avant qu'une infraction au droit de la concurrence n'ait causé un dommage à l'intérêt économique général. Elles interviennent par hypothèse avant qu'une décision au fond, telle qu'une décision visée par l'article IV.52 § 1, alinéa 1^{er}, 2° CDE, ne soit prise.

⁴⁰ Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) no 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) no 802/2004 de la Commission, JO EU C 267/1, §§ 36 et 108-112.

III.6 Au fond

III.6.1 Infraction « prima facie » au droit de la concurrence

95. Le Collège rappelle qu'afin d'établir une infraction *prima facie* il y a lieu d'établir qu'il n'est pas manifestement déraisonnable de considérer que les faits puissent constituer une infraction aux règles de concurrence.⁴¹ Dans le cas d'espèce, l'infraction reprochée à Proximus est un abus de position dominante, en violation des articles 102 TFUE et IV.2 CDE.

III.6.1.a Possible application de l'article 102 TFUE au cas d'espèce

i) Proximus n'est pas « prima facie » chargée d'un service économique d'intérêt général

96. Proximus fait valoir en substance qu'en acquérant les activités d'EDPnet, elle a agi en exécution d'un service d'intérêt économique général au sens des articles 106, paragraphe 2 TFUE et IV.12 CDE dont elle a été chargée par le Tribunal de l'entreprise de Gand dans son jugement du 21 mars 2023 (observations écrites de Proximus, moyen 2, para. 103 – 127). Par ce jugement, le Tribunal, saisi par les mandataires de justice qu'il avait désignés pour organiser une procédure d'appel d'offres permettant aux parties potentiellement intéressées de déposer une offre, a autorisé Proximus à reprendre les activités d'EDPnet dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire par transfert d'entreprise sous autorité de justice. L'objectif de cette procédure est d'assurer la continuité de l'entreprise et de la sauver de la faillite, tout en tenant compte des droits des créanciers. Ainsi, Proximus serait investie d'une mission de sauvetage d'une entreprise en difficultés financières qui ne serait pas exécutée par le marché.

97. A cet égard, le Collège estime qu'il n'est pas manifestement déraisonnable de considérer que la mission d'organiser une procédure d'appel d'offres destinée aux repreneurs intéressés d'une entreprise en difficultés financières, dont le Tribunal d'entreprise a chargé les mandataires de justice dans le cadre de la procédure de réorganisation judiciaire en cause (articles XX.87 et 89 CDE), puisse constituer une mission d'intérêt général qui se rattache à l'exercice de prérogatives de puissance publique. Une telle mission n'aurait *prima facie* éventuellement pas un caractère économique.⁴²

98. En revanche, le Collège considère *prima facie* que l'autorisation judiciaire pour reprendre les activités d'une entreprise en difficultés financières n'équivaut pas à attribuer au repreneur de l'entreprise l'exécution d'une mission d'intérêt économique général.

En effet, comme Proximus l'indique, la procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité judiciaire vise à assurer la continuité des activités d'une entreprise en tenant compte des droits des créanciers, et le critère du maintien de l'emploi n'est pris en compte que s'il existe des offres comparables en termes d'objet et de prix. Or, le Collège estime qu'il n'est pas déraisonnable de considérer que les intérêts des créanciers sont de nature purement privée. De plus, le Collège relève que Proximus s'est portée candidate pour reprendre les activités économiques d'EDPnet, en

⁴¹ Collège de la concurrence, décision n° ABC-2020-V/M-36 dans l'affaire n° CONC-V/M-20/0012, Demande de mesures provisoires de RE VIRTON, 19 novembre 2020, para. 36; Collège de la concurrence, Décision n° ABC-2020-V/M-24 dans l'affaire no CONC-V/M-20/0012, Demande de mesures provisoires de RE VIRTON, 29 juin 2020, para. 28; Collège de la concurrence, décision n° ABC-2020-V/M-26 dans l'affaire CONC-VM-20/0017, Foodinvest/Pro League et U.R.B.S.F.A., 2 juillet 2020, para. 47.

⁴² Arrêt de la Cour de justice du 19 janvier 1994, SAT Fluggesellschaft, C-364/92, para. 30.

concurrence avec d'autres repreneurs potentiels, tout en poursuivant essentiellement comme ceux-ci ses intérêts privés.⁴³

99. De manière générale, le Collège relève que la concurrence par les mérites peut conduire à la disparition d'une entreprise du marché. Pareille disparition ne saurait en soi *prima facie* être considérée comme le résultat d'une défaillance de marché qui justifierait l'intervention de l'État au titre de l'article 106, paragraphe 2 TFUE ou de l'article IV.12 CDE et, partant, la non-application des règles de concurrence, contrairement à ce que semble avancer Proximus.

100. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, le Collège conclut que le moyen de Proximus selon lequel elle est chargée de l'exécution d'une mission d'intérêt économique général doit être rejeté.

ii) Le jugement du Tribunal de l'entreprise de Gand n'empêche pas l'ABC d'imposer des mesures provisoires

101. Proximus fait valoir en substance que le jugement du Tribunal de l'entreprise de Gand du 21 mars 2023 qui a apprécié l'acquisition d'EDPnet sous l'angle du droit de la concurrence, empêche l'ABC de prendre des mesures provisoires. D'une part, une telle décision de l'ABC serait incompatible avec le jugement du Tribunal (observations écrites de Proximus, moyen 3, para. 128 – 135) ; et d'autre part, le jugement du Tribunal de Gand rend inapplicable la jurisprudence Towercast (observations écrites de Proximus, quatrième moyen, première branche, para. 138 – 150).

102. Le Collège ne peut suivre cette argumentation et considère que l'ABC ne peut se voir opposer le jugement du Tribunal de Gand du 21 mars 2023.

Tout d'abord, comme il avait déjà été mis en évidence par la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence (en fonction jusqu'en 2013), et notamment par la présidente du Conseil de la concurrence, se prononçant dans des procédures de mesures provisoires, une autorité de concurrence n'est pas liée par les jugements et arrêts des tribunaux et cours de l'ordre judiciaire. En effet, la mission des cours et tribunaux est différente de celle du Conseil de la concurrence. Alors que l'instruction de l'affaire par une autorité de concurrence, telle que le Conseil de la concurrence, porte sur le marché concerné dans son entièreté et dépasse l'intérêt particulier pour porter sur l'intérêt économique général, en revanche les cours et tribunaux vont principalement arbitrer en droit privé des intérêts particuliers en cause, par exemple les droits des créanciers. Il s'ensuit qu'il n'est pas exclu que les décisions des juges peuvent diverger de celles des autorités nationales de concurrence parce que ces dernières tiendront compte de l'entièreté du marché. Cependant, ce n'est pas tant un conflit réel, mais une différence d'appréciation. En outre, les cours et tribunaux n'ont pas connaissance des instructions entreprises par l'autorité nationale de concurrence. Si les cours et tribunaux en avaient eu connaissance, il est possible qu'ils seraient parvenus à d'autres conclusions.⁴⁴

Cette différence de missions a été d'ailleurs expressément reconnue dans les travaux préparatoires de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique.

⁴³ Il ressort de l'arrêt du 27 mars 1974 (BRT / SABAM, 127/73, para.s 22 et 23) qu'un service exécuté pour des intérêts privés ne constitue pas un service d'intérêt économique général au sens de l'article 106, paragraphe 2 TFUE.

⁴⁴ Décision du 30 août 2000 dans l'affaire VZW Tienen; décision du 10 janvier 2001 dans l'affaire Landsbond der Christelijke Mutualiteiten; et décision du 11 mai 2001 dans l'affaire Ambulancediensten.

103. Cette jurisprudence a été reprise par le Collège de l'ABC. Ainsi, dans l'affaire de mesures provisoires concernant le club de football de Virton, le Collège a considéré que :

« 40 . Le Collège fait remarquer que l'ABC est une autorité administrative chargée de la mise en œuvre de règles d'ordre public (note de bas de page 122 : CdJ, 1 juin 1999, affaire C-126/97, Eco Swiss; et 14 décembre 1995, affaires jointes C-430 et 431/93, Van Schijndel c.s. ; article IV.16 pars. 1et 3 du CDE). Elle n'est pas une instance d'appel pour connaître des recours contre une décision attaquée. Sous réserve des compétences des institutions de l'Union Européenne, ou de l'ordre judiciaire belge au sujet de ces propres décisions, l'ABC n'est pas liée par l'interprétation ou l'application des règles de concurrence faite par une autre instance. L'Autorité peut par ailleurs examiner un comportement passé, même quand ce comportement n'est plus d'actualité ou quand une décision litigieuse a été mise à néant ou remplacée par une décision postérieure d'une autre instance »⁴⁵

La Cour des marchés, dans son arrêt du 23 septembre 2020 (annulé pour d'autres motifs) a confirmé le point de vue du Collège⁴⁶ :

« VI.5. Le Collège peut se prononcer sur la compatibilité prima facie des mesures attaquées avec les règles de concurrence même lorsqu'un jugement au fond revêtu de la force de chose jugée au sens de l'article 1713 § 9 du Code judiciaire a déjà constaté la compatibilité de plusieurs mesures attaquées. »

104. En tout état de cause, l'ABC ne peut se voir opposer le jugement du tribunal de Gand étant donné que les deux conditions pour invoquer l'autorité de chose jugée prévues à l'article 23 du Code Judiciaire ne sont pas réunies, à savoir, premièrement, l'identité de la demande puisque la demande devant le tribunal de Gand ne correspond aucunement à ce que l'auditeur général requiert au Collège ; et deuxièmement l'identité des parties puisque l'ABC n'était pas partie à la procédure devant le tribunal de Gand.

iii) Application de la jurisprudence Towercast au cas d'espèce

105. Proximus avance en substance que l'auditeur général ne pouvait pas ouvrir une instruction d'office en recourant à l'arrêt de la Cour de justice de l'UE dans l'affaire Towercast (observations écrites de Proximus, quatrième moyen, para. 136). Proximus constate l'impossibilité de procéder à l'ouverture de l'instruction et partant, l'illégalité de la procédure en mesures provisoires, sur la base de trois motifs exposés en trois branches, décrites ci-dessous, dans ses observations écrites.

106. Le Collège considère en revanche que l'auditeur général pouvait ouvrir une instruction d'office sur base de la jurisprudence Towercast. En particulier, le Collège estime que les trois motifs invoqués par Proximus pour écarter cette jurisprudence dans le cas d'espèce ne peuvent être retenus.

107. Dans la première branche de son quatrième moyen, Proximus fait valoir en substance (ses observations écrites, para. 138 à 150) que la jurisprudence Towercast ne s'applique pas dans le cas où il existe un jugement d'une juridiction du fond autorisant la transaction litigieuse après l'avoir examinée du point de vue du droit de la concurrence, de telle sorte que la condition « qu'aucun contrôle ex ante au regard du droit de la concurrence n'a été effectué » formulée au para. 34 dans l'arrêt Towercast n'est pas remplie.

⁴⁵ Décision de l'ABC 2020-V/M-24 du 29 juin 2020, aff. CONC-V/M-20/0012 Demande de mesures provisoires de RE VIRTON, para. 40.

⁴⁶ Cour d'appel de Bruxelles Section Cour des marchés, arrêt du 23 septembre 2020, 2020/MR/1, pages 18 et 19.

A cet égard, le Collège considère que le jugement du 21 mars 2023 du tribunal de l'entreprise de Gand n'empêche pas l'application de la jurisprudence Towercast en l'espèce. En substance, l'arrêt Towercast précise que l'article 21, paragraphe 1 du Règlement CE sur les concentrations selon lequel seul ce règlement est applicable aux concentrations, ne s'oppose pas à ce qu'une autorité nationale de concurrence reste compétente ex-post pour examiner si une concentration tombant sous les seuils européens et nationaux constitue un abus de position dominante au sens de l'article 102 TFUE.

Le fait que la concentration tombant sous les seuils européens et nationaux, se soit réalisée dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire et donc à la suite d'une décision par laquelle le juge a autorisé les mandataires de justice à transférer les activités de l'entreprise cible, ne met aucunement en cause la compétence de l'ABC d'appliquer l'article 102 TFUE à une telle concentration. En effet, l'arrêt Towercast ne fait aucune distinction entre les concentrations en fonction de la manière dont elles ont été réalisées, soit suite à un achat en dehors de toute procédure de réorganisation judiciaire, ce qui est généralement le cas, soit suite à un achat dans le cadre d'une réorganisation judiciaire.

Il n'y a pas de distinction puisque l'arrêt Towercast est fondé sur l'effet direct de l'article 102 TFUE qui ne distingue pas les types de concentrations. Tout abus de position dominante est interdit, y compris l'acquisition par une entreprise en position dominante d'une entreprise en procédure de réorganisation judiciaire lorsque cette acquisition entrave substantiellement la concurrence sur le marché.

Quant au motif selon lequel le jugement du tribunal de l'entreprise de Gand du 21 mars 2023 qui a apprécié l'acquisition d'EDPnet sous l'angle du droit de la concurrence, rend inapplicable en l'espèce la jurisprudence Towercast, le Collège renvoie à sa réponse au troisième moyen (supra, section III.6.1.a.ii) où il a expliqué que l'ABC n'est pas liée par un jugement d'un tribunal qui se prononce sur le droit de la concurrence, en raison des missions fondamentalement différentes d'une autorité de concurrence d'une part, et des cours et tribunaux judiciaires d'autre part.

108. Dans la deuxième branche de son quatrième moyen présentée à titre subsidiaire, Proximus fait valoir en substance dans ses observations écrites (para. 151 à 162) que la condition d'application dégagée au para. 52 de l'arrêt Towercast, selon laquelle l'acquéreur potentiellement dominant sur un marché doit prendre le contrôle d'une entreprise sur ce même marché, n'est pas remplie dans le cas d'espèce. En effet, Proximus serait potentiellement (quod non) uniquement dominant sur le marché de gros du réseau cuivre/fibre, et non pas sur les marchés en aval sur lesquels EDPnet est active, à savoir le marché de gros « intermédiaire » de la revente (incluant également plusieurs services à valeur ajoutée) et le marché de fourniture au détail de services d'accès fixe à l'internet.

109. Le Collège relève que pour apprécier cet argument, la portée de l'application de l'article 102 TFUE que la Cour de justice a traitée au para. 52 de son arrêt Towercast doit être analysée. A cet égard, le Collège remarque que la Cour de justice a rappelé au para. 46 de cet arrêt que la liste des pratiques et des comportements visés par l'article 102 TFUE n'est pas limitative, de telle sorte que l'énumération des pratiques abusives figurant à cette disposition n'épuise pas les modes d'exploitation abusive de position dominante interdits par le droit de l'Union.⁴⁷ C'est ainsi qu'en suivant les enseignements de son arrêt Europemballage et Continental Can/Commission, la Cour de

⁴⁷ Voir les arrêts du 21 février 1973, Europemballage et Continental Can/Commission, 6/72, para. 26, et du 17 février 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, para. 26. Cette jurisprudence est d'ailleurs explicitement mentionnée au para. 46 de l'arrêt Towercast.

justice a pu considérer aux para. 26 et 52 de son arrêt que cette disposition ne vise pas seulement les pratiques de marché susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs, mais également les opérations de concentration n'atteignant pas les seuils prévus par le Règlement CE sur les concentrations et par le droit national.⁴⁸

En outre, l'Avocate générale Kokott, dans ses conclusions sous l'arrêt Towercast, souligne, s'agissant par exemple des « killer acquisitions » : «... Il s'agit de situations dans lesquelles des entreprises établies et puissantes reprennent des entreprises émergentes, à un stade précoce de leur développement, qui ne génèrent encore que des chiffres d'affaires limités et opèrent sur le même marché, un marché voisin, en amont ou en aval, en vue de les éliminer en tant que concurrents et de consolider leur position sur le marché »⁴⁹.

110. Dans la troisième branche de son quatrième moyen, présentée à titre subsidiaire, Proximus fait valoir en substance dans ses observations écrites (para. 163 à 179) que, lorsqu'une acquisition, telle que celle d'EDPnet, n'atteint pas les seuils du règlement n° 139/2004 ni ceux du Livre IV du CDE, l'ABC aurait dû – et devrait encore maintenant – procéder au renvoi de l'acquisition d'EDPnet à la Commission européenne par le biais de l'article 22 du Règlement CE sur les concentrations, afin de garantir les principes généraux de célérité, de sécurité juridique et de bonne administration.

Proximus ajoute que le caractère facultatif du recours à l'article 22 et l'arrêt Continental Can ne changent pas cette obligation de recourir à l'article 22 : l'arrêt Continental Can visait à combler un vide qui n'existe plus depuis l'adoption d'un contrôle européen des concentrations (observations écrites de Proximus, para. 174).

111. A cet égard, le Collège relève, premièrement, que l'article 22, paragraphe 1 du règlement CE sur les concentrations dispose qu'« [u]n ou plusieurs États membres peuvent demander à la Commission d'examiner toute concentration, telle que définie à l'article 3, qui n'est pas de dimension communautaire au sens de l'article 1^{er}, mais qui affecte le commerce entre États membres et menace d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des États membres qui formulent cette demande. » Par conséquent, d'après ses termes mêmes, le recours à cette disposition a un caractère facultatif et n'obligeait pas l'ABC de demander à la Commission d'examiner l'acquisition d'EDPnet.

112. Le Collège considère deuxièmement que la procédure de renvoi de l'article 22 est surtout idoine pour des concentrations ayant une dimension transnationale. Or, l'acquisition d'EDPnet NV, si elle est susceptible de décourager l'entrée sur le marché belge des services de communications électroniques de nouveaux opérateurs éventuellement basés dans d'autres pays de l'UE de telle sorte que la condition d'affectation du commerce entre États membres est rencontrée (infra, III.6.1.f), se limite néanmoins, dans ses effets sur la concurrence, au marché belge des services de communications électroniques.

113. Le Collège constate troisièmement que les conclusions de l'Avocate générale Kokott, en particulier les paragraphes 38, 39, 47 et 48, soulignent la complémentarité, plutôt qu'une hiérarchie, entre d'une part, le Règlement CE sur le contrôle des concentrations lorsque les seuils de chiffre d'affaires ne sont pas atteints et d'autre part, l'application de l'article 102. Le Collège relève que la qualification d'instrument « plus faible », reprise aux paragraphes 177 et 178 des observations écrites de Proximus,

⁴⁸ Voir aussi l'arrêt *Europemballage et Continental Can/Commission*, para.s 21, 25 et 28.

⁴⁹ Para. 48 des conclusions de l'Avocate générale Kokott.

ne s'oppose nullement à l'application de l'article 102 TFUE à l'évaluation d'une concentration n'atteignant pas les seuils de chiffre d'affaires, ainsi que le mentionne explicitement l'Avocate générale Kokott dans le paragraphe 48 de ses conclusions.

114. Le Collège considère, quatrième, que la jurisprudence *Continental Can* n'a pas cessé d'exister, comme en atteste le paragraphe 54 des conclusions de l'Avocate générale sous l'arrêt *Towercast* :

« 54. Toutefois, concernant l'applicabilité complémentaire de l'article 102 TFUE aux fins du contrôle des pratiques abusives en lien avec une concentration, préconisée ci-dessus, cette jurisprudence n'a pas totalement perdu son objet, malgré l'instauration d'un système de contrôle des concentrations dans le droit de l'Union. Tant le considérant 7 du règlement CE sur les concentrations (point 5 des présentes conclusions), qui semble faire référence à cette jurisprudence, que le fait que l'arrêt Continental Can, quant à lui, se réfère à l'objectif, prévu par le traité, de protection la plus efficace et complète possible de la concurrence dans le marché commun (note 42 : Arrêt Continental Can, point 25) le confirment ».

115. Le Collège considère, cinquième, s'agissant de l'argument de sécurité juridique mentionné dans les observations écrites de *Proximus* (para. 176) et dans les conclusions de l'Avocate générale Kokott (para. 59), qu'il s'agit surtout d'exclure la possibilité d'un double contrôle, comme en attestent les paragraphes 57 à 60 des conclusions de l'Avocate générale Kokott sous l'arrêt *Towercast*.

Il apparaît aussi du paragraphe 58 des conclusions de l'Avocate générale Kokott que ce qui rendrait inapplicable la jurisprudence *Towercast* serait une décision antérieure d'une autorité de concurrence, nationale ou de la Commission, et non pas d'un tribunal de l'ordre judiciaire. Le Collège renvoie à nouveau, à cet égard, à sa réponse au troisième moyen et à la première branche du quatrième moyen de *Proximus* (supra, section III.6.1.a.ii) selon laquelle l'ABC n'est pas liée par un jugement d'un tribunal de l'ordre judiciaire qui se prononce sur le droit de la concurrence.

Le Collège relève aussi que, si la préoccupation de sécurité juridique soulevée dans l'affaire *Towercast* est légitime, le cas présent est différent du cas *Towercast* en ce que l'Autorité française de la concurrence n'a été saisie que 13 mois après l'acquisition d'Itas par TDF, alors que dans la présente affaire, l'auditeur général est intervenu comme requérant immédiatement après l'acquisition d'EDPnet et a pu présenter une requête détaillée dès le 12 avril 2023.

Par ailleurs, la Cour de justice a, à juste titre, rappelé dans son arrêt *Towercast* (para. 58) la jurisprudence bien établie de la Cour et celle du Tribunal relative à l'effet direct de l'article 102 TFUE et aux conséquences qui s'y attachent. Les parties à une concentration ne sauraient utilement faire valoir qu'elles pouvaient s'attendre à ce que l'opération de concentration en cause dans l'affaire au principal ne serait pas examinée sous l'angle de l'article 102 TFUE en raison d'une incertitude objective et importante quant à la portée juridique de cet article du TFUE.

Même si on considère qu'un contrôle de concentration *ex ante* via l'application de l'article 22 du Règlement CE sur les concentrations offre un degré au moins aussi élevé de sécurité juridique que l'application de l'article 102 TFUE, l'adoption de mesures provisoires peut s'accompagner d'une réduction de l'incertitude juridique en les appliquant immédiatement pour une durée limitée.

116. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, le Collège conclut de son analyse des trois branches du quatrième moyen de *Proximus* que, loin d'être illégale, l'ouverture d'une instruction *ex officio* par l'auditeur général s'est faite à bon droit en se référant à la jurisprudence *Towercast*. Il n'est

donc pas permis de conclure, comme le fait Proximus, à l'impossibilité de procéder à l'ouverture de l'instruction au fond et partant, à l'illégalité de la procédure en mesures provisoires.

III.6.1.b Entreprise(s) au sens du droit de la concurrence

117. Les droits belge et européen de la concurrence visent les activités des entreprises, et la notion d'entreprises au sens des articles IV.1 et/ou IV.2 CDE et 101 et/ou 102 TFUE comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement. Proximus répond à cette définition (supra, numéros 36 à 38).

III.6.1.c Marché(s) pertinent(s)

118. Selon la requête de l'auditeur général (para. 49), EDPnet et Proximus sont des sociétés concurrentes dans la fourniture de services internet fixes de gros et de détail sur les réseaux cuivre/fibre. Il examine sur cette base successivement le marché de gros et le marché de détail de l'internet haut débit fixe.

j) Marché de gros de l'Internet haut débit fixe

119. Aux paragraphes 55 et 61 de sa requête, l'auditeur général retient « la définition préconisée par l'IBPT d'un marché de la fourniture en gros de l'accès haut débit aux réseaux cuivre et fibre, de dimension nationale, tout en tenant compte également d'une possible segmentation supplémentaire entre réseau cuivre et réseau fibre en raison des différences significatives entre ces deux technologies en termes de vitesse et de téléchargement et d'envoi, en particulier ».

120. Le Collège relève, d'une part, que l'ABC ne s'est pas encore prononcée sur la définition du marché de gros de l'accès haut débit. La Commission européenne, dans sa pratique décisionnelle relative au marché belge, définit un marché global⁵⁰ de la fourniture en gros de l'accès haut débit tout en envisageant, mais laissant ouvertes, les questions d'une segmentation sur base du type d'accès (accès de gros dégroupé, bitstream ou revente du bitstream), du niveau où le para. de connexion est situé (local ou central) ou de la technologie utilisée (DSL, câble, fibre). Au niveau géographique, les décisions les plus récentes de la Commission européenne concernant le marché belge, ont analysé aussi bien les effets au niveau national qu'au niveau de la zone de couverture de chaque opérateur⁵¹.

121. D'autre part, le régulateur sectoriel belge, dans sa décision du 29 juin 2018 relative à sa dernière analyse du haut débit et de la radiodiffusion télévisuelle⁵², a validé pour les marchés de gros d'accès haut débit une segmentation suivant la technologie utilisée (DSL et fibre, câble) et le type d'accès (local ou central). Dans cette décision de 2018, trois marchés de gros pertinents pour une régulation *ex ante* ont été définis: un marché de la fourniture d'accès local aux réseaux cuivre et fibre de dimension nationale, un marché de la fourniture d'accès central aux réseaux cuivre et fibre de dimension nationale et un marché d'accès central sur réseau câble couvrant la zone de couverture de chaque câblo-opérateur.

⁵⁰ La décision M.10087 Proximus/Nexus JV du 24/3/21 précise au para. 16 que les offres de revente font partie de ce marché de gros global.

⁵¹ Décisions de la Commission européenne du 26 juillet 2021, *Eurofiber/Proximus/JV*, M.10070, § 29 ; du 24 Mars 2021, *Proximus/Nexus Infrastructure/JV*, M.10087, § 31.

⁵² Décision de la CRC du 29 juin 2018 portant analyse des marchés du haut débit et de la radiodiffusion télévisuelle disponible à l'adresse : <https://www.ibpt.be/operateurs/publication/decision-du-29-juin-2018-analyse-des-marches-du-haut-debit-et-de-la-radiodiffusion-televisuelle>.

ii) La définition du marché de gros retenue dans la requête de l'auditeur général

122. Le Collège observe que la définition retenue par l'auditeur général reprise au numéro 119 ci-dessus bien que faisant explicitement référence à « la définition préconisée par l'IBPT » ne précise pas s'il s'agit du marché de la fourniture d'accès local ou central au réseau cuivre ou d'un marché regroupant ces deux types d'offres de gros. Dans ses observations (annexe 3, para. 13), l'IBPT se limite au constat qu'il n'a pas de remarque concernant la position de l'auditeur général selon laquelle Proximus peut être considérée en position dominante sur les marchés tels que définis par l'auditeur général.

123. En audience, tant l'IBPT que l'auditeur général précisent que le marché pertinent de gros dans la décision de mesures provisoires en cause est limité aux seuls accès centraux sur réseau cuivre/fibre. Le Collège observe également que le contenu de la définition retenue par l'auditeur général est tantôt restreinte aux seules offres de Proximus qui détiendrait de ce fait un monopole sur ce marché de gros (para. 76 de la requête), tantôt incorpore également les offres d'accès de gros d'EDPnet. Ces dernières sont des offres commerciales qui, outre la revente de l'offre de gros d'accès central régulée de Proximus, comportent également différentes prestations de services à valeur ajoutée (para. 77 de la requête).

124. La décision de la CRC de 2018 exclut cependant explicitement les offres de revente, et dès lors toute offre commerciale basée sur la revente des accès régulés, de la définition du marché de gros d'accès central (section 22.4 de la décision CRC de 2018 citée par Proximus au para. 293 de ses observations).

125. En audience, tant l'IBPT que l'auditeur général précisent que le marché pertinent de gros dans la décision de mesures provisoires en cause comporte également les offres d'accès de gros du type de celles offertes par EDPnet. Proximus et EDPnet sont dès lors concurrents sur le marché national de gros d'accès centraux au haut débit sur réseau cuivre/fibre comportant tant les offres régulées que les offres commerciales de revente de ces accès régulés.

iii) La segmentation suivant la technologie sous-jacente

126. L'auditeur général justifie au para. 56 de sa requête son choix de retenir la segmentation du marché de gros proposée par la CRC⁵³ sur base de la technologie sous-jacente par le fait qu'EDPnet est active exclusivement sur les réseaux cuivre/fibre.

127. Proximus réfute la délimitation du marché de gros retenue par l'auditeur général et le régulateur (première branche de son neuvième moyen, para. 296 des observations de Proximus). Elle considère que c'est à tort que la CRC a retenu des marchés de gros d'accès central au haut débit sur base de la technologie sous-jacente et que le marché pertinent doit être défini toutes technologies confondues dans la mesure où, dans les faits, les opérateurs – en particulier Orange - peuvent acheter du bitstream tant chez Proximus que chez les câblo-opérateurs⁵⁴ et où les câblo-opérateurs exercent une pression concurrentielle sur Proximus et inversement.

⁵³ Et justifiée dans la décision CRC de 2018 par l'utilisation de protocoles de standardisation différents générateurs de coûts et de délais, que ce soit au niveau du personnel, des équipements ou de l'adaptation des processus IT (voir note 38 de la Requête)

⁵⁴ Para. 291 des observations de Proximus et le tableau de la page 4 de la réponse de l'IBPT à la demande de renseignements du 23 mars 2023 qui indique que les opérateurs câble achètent à Proximus plus de [CONFIDENTIEL] accès de gros sur réseau cuivre (sur un total de [CONFIDENTIEL] lignes de gros vendues par Proximus et tenant compte des offres de gros d'EDPnet).

128. Le Collège observe que Proximus n'a pas interjeté appel de la décision de la CRC de 2018 et donc pas contesté la définition du marché de gros d'accès central à la large bande sur les réseaux cuivre/fibre en dépit des nombreuses critiques actuellement développées dans cette affaire par Proximus à l'encontre de l'approche méthodologique retenue par la CRC (para. 295 à 309 de ses observations).

129. [CONFIDENTIEL], tant l'auditeur général que l'IBPT insistent en audience sur le fait que ces achats sont complémentaires des achats d'accès de gros sur réseau câble et sont motivés par l'absence de réseau câble dans la zone concernée⁵⁵. Le Collège observe qu'il est techniquement possible⁵⁶ pour un opérateur de maîtriser les protocoles de standardisation des différentes technologies (cuivre, fibre, câble), qu'il est plus efficient pour un opérateur de privilégier un seul protocole (ce qui réduit les coûts de personnel, d'équipement et IT ainsi qu'indiqué dans la note 53) mais que seul le réseau cuivre de Proximus assure une couverture géographique complète du territoire adaptée aux offres d'accès centraux de gros à la large bande. Les accès sur réseau câble et sur réseau cuivre ou fibre semblent ainsi *prima facie* tant substituables (en particulier *ex ante* pour un opérateur entrant⁵⁷) que complémentaires pour un opérateur installé, en particulier dans les zones où il n'y a pas de déploiement de réseau câble et dans les zones où ce dernier ne permet pas encore des flux bi-directionnels.

130. En ce qui concerne le choix de l'auditeur général de se référer à la décision de la CRC de 2018 pour définir le marché de gros des accès fixes à la large bande, le Collège note qu'en l'absence de décision de l'ABC à ce sujet et vu la pratique décisionnelle de la Commission européenne relative au marché belge qui retient un marché global des accès de gros⁵⁸ mais laisse ouverte la question d'une segmentation suivant, entre autres, la technologie sous-jacente, la seule analyse du marché belge concernant les accès fixes de gros centraux à large bande est celle du régulateur sectoriel datant de 2018 et celle-ci retient une distinction selon la technologie utilisée. Cette analyse a été validée par la Cour des marchés dans les recours qui avaient été intentés contre cette décision de la CRC⁵⁹.

131. Tenant compte de la nature des activités des parties exclusivement réalisées à ce jour sur le réseau cuivre/fibre de Proximus, de l'importance que peut revêtir la dimension nationale de ce réseau cuivre pour les activités de détail d'un opérateur alternatif (infra, numéro 139), le Collège estime qu'il n'est pas manifestement déraisonnable de définir le marché de gros pertinent comme étant le marché

⁵⁵ La réponse de l'IBPT à la question 7 de l'annexe 4 montre que Proximus ne vend que [CONFIDENTIEL] lignes d'accès (sur un total national de plus de [CONFIDENTIEL] de lignes) dans ces zones NO/LOW câble où effectivement les opérateurs câble sont quasi absents

⁵⁶ Dans la note 20 de la décision de la Commission européenne relative à la définition par la CRC des marchés de gros d'accès en date du 25.5.2018, il est précisé que la CRC estime que l'analyse de la substituabilité entre les accès de gros sur réseau cuivre/fibre et réseau câblé ne peut se baser sur la situation spécifique du plus gros acheteur d'accès en Belgique (Orange). Selon le régulateur sectoriel, la migration par Orange du réseau cuivre au réseau câble a rencontré de sérieuses difficultés et l'implémentation des accès sur le réseau câble a pris plus de deux ans.

⁵⁷ Voir para.33 de cette décision

⁵⁸ Le Collège observe que dans sa décision M.10087 Proximus/Nexus JV du 24/3/21, la Commission retient au para. 16 un marché global des accès de gros à large bande incluant tant les accès dégroupés au niveau local que les accès virtuels au niveau central (Bitstream) ainsi que les reventes des services d'accès d'un opérateur de réseau fixe. Elle laisse ouverte la question d'une segmentation entre accès local et central, entre dégroupage, bitstream et revente ainsi qu'entre accès sur réseau câble, cuivre et fibre.

⁵⁹ Arrêt de la Cour des marchés du 4 septembre 2019 déclarant non fondés les recours introduits par Telenet, Brutele et Nethys contre les décisions adoptées par la CRC le 29 juin 2018.

national de toutes les offres de gros d'accès central à la large bande et d'accepter au niveau belge une segmentation suivant la technologie sous-jacente retenue par le régulateur sectoriel belge en 2018 et validée par la Cour des marchés en 2019, tout en ayant été laissée ouverte dans les décisions plus récentes de la Commission européenne concernant le marché belge. Cette définition du marché de gros inclut les offres d'accès de gros du type de celles offertes par EDPnet (supra, numéro 125).

Sur ce marché de gros, fin 2021, [CONFIDENTIEL] lignes haut débit de gros sont vendues en Belgique, dont [80-90]% sur réseau câble (qui connaît la plus forte croissance grâce aux achats [CONFIDENTIEL]), [15-20]% sur réseau cuivre (en diminution) et [0-5]% (en croissance) sur accès fibre⁶⁰.

132. Par conséquent, le Collège considère qu'il n'est pas manifestement déraisonnable de retenir un marché pertinent de tous les accès de gros centraux sur réseau cuivre/fibre qui comporterait⁶¹ [CONFIDENTIEL] lignes d'accès de gros, soit [15-20]% de l'ensemble des accès de gros, toute technologie confondue.

iv) Marché de détail de l'Internet haut débit fixe

133. L'auditeur général retient au para. 71 de sa requête, « un marché global de la fourniture au détail de services d'accès fixe à internet et, en conformité avec la pratique décisionnelle récente de l'ABC, un marché distinct sur base du mode de distribution, c'est-à-dire les réseaux cuivre et fibre, lui-même potentiellement segmenté entre réseau cuivre et réseau fibre. »

134. Le Collège observe tout d'abord que dans sa pratique décisionnelle récente relative au marché belge⁶², la Commission européenne a retenu un marché de détail unique de la fourniture d'accès fixe à internet (à l'exclusion des services de détail de connectivité pour les clients business et des accès Fixed Wireless Access), sans qu'il soit nécessaire de le segmenter selon la technologie employée ou la vitesse de téléchargement.

135. Par ailleurs, dans sa décision du 29 juin 2018, la CRC a conclu que les services d'accès haut débit qui reposent sur différentes technologies (DSL, câble, fibre, optique, radio) appartiennent au même marché de détail. Elle a distingué le marché de détail sur réseau fixe pour les clients résidentiels (éventuellement élargi aux « TPE ») du marché de détail pour les clients non résidentiels (para. 69 de la requête).

136. De plus, en ce qui concerne la pratique décisionnelle de l'ABC, un marché global de la fourniture au détail de services d'accès fixe à internet a été retenu, tout en laissant ouverte une possible segmentation en fonction du type de produits (sur base du mode de distribution, de la vitesse ou de la largeur de bande) ou du type de clients (résidentiels ou professionnels)⁶³.

137. Au para. 71 de sa requête, l'auditeur général justifie la segmentation en fonction de la technologie sous-jacente entre autres sur base « d'une pratique décisionnelle récente de l'ABC ». L'auditeur général précise, en audience, qu'il fait référence à la décision BMA-2023-RPR-08-AUD du 18 avril 2023 dans l'affaire *Telenet-Fluvius*. Le Collège observe que cette décision ne comporte pas d'analyse de marché de produits mais examine dans quelle mesure les engagements proposés par les parties sont

⁶⁰ Communication de l'IBPT du 3 juin 2022 et observations écrites de Proximus, para. 300 et 301.

⁶¹ Tableau de la page 4 de l'annexe 4 à la requête. Les [CONFIDENTIEL] demandes d'accès local – qui n'appartiennent pas au marché pertinent – sont exclues du total des lignes d'accès de gros.

⁶² M.10070 – *Eurofiber/Proximus/JV*, paragraphe 69 et M.10087 – *Proximus/Nexus/JV*, paragraphe 74.

⁶³ Para. 67 de la requête.

de nature à rencontrer les préoccupations des opérateurs fibre concurrents découlant de la réalisation de cette joint-venture.

138. Le Collège considère dès lors que, à ce stade de la procédure, il ne dispose pas d'éléments suffisamment probants justifiant de déroger à la pratique précédente en adoptant une segmentation du marché pertinent de détail sur base de la technologie sous-jacente. Le Collège considère dès lors qu'il n'est pas manifestement déraisonnable à ce stade de considérer comme marché pertinent des produits un marché unique de détail de la fourniture d'accès haut débit pour les clients résidentiels et les TPE, sans distinction selon la technologie employée ou la vitesse de téléchargement.

139. En ce qui concerne la dimension géographique de ce marché, le Collège considère que, au vu de l'argument de l'importance de la couverture nationale du réseau de Proximus dans la considération relative à la délimitation du marché de gros (supra, para. 131), il n'est pas manifestement déraisonnable de considérer que le marché de détail concerné est également de dimension nationale.

140. Selon l'IBPT⁶⁴, le marché de détail des lignes d'accès haut débit fixes est en croissance (+13,5% en 4 ans) et comporte fin 2021 4,9 millions de lignes dont 43% sur réseau cuivre (en baisse de 5% en 4 ans) et 52% sur réseau câble, le solde étant constitué d'accès fibres (en croissance sur les 4 dernières années). 83% de ces connexions haut débit sont à destination de clients résidentiels. Sur le segment résidentiel, 47% des lignes d'accès haut débit fixes sont achetées au sein d'offres convergentes comportant des offres fixes et mobiles, et 20% sont achetées séparément⁶⁵. De manière générale, l'achat de services groupés contribue à réduire le taux d'attrition des clients – ce dernier n'est que de 3% pour les offres comportant 4 produits et de 10% pour les offres convergentes incluant 3 produits à comparer avec 15% en cas d'achats de produits séparés⁶⁶ - et dès lors la concurrence en prix sera plus marquée pour les services vendus isolément que dans le cas d'achats groupés. Par ailleurs, le succès de ces offres convergentes renforce les atouts des opérateurs intégrés du fait de la fidélisation accrue de la clientèle et dès lors la nécessité stratégique, pour les opérateurs non-intégrés fixe/mobile, d'avoir accès à des offres de gros⁶⁷ leur permettant de se développer sur ce segment.

141. Sur ce marché de gros, le groupe Proximus vend, en 2022, [CONFIDENTIEL] lignes sur ce marché de détail dont [CONFIDENTIEL] à destination de clients résidentiels et [CONFIDENTIEL] à destination des TPE (moins de 10 employés). EDPnet vendrait sur ce marché de détail [CONFIDENTIEL] lignes dont [CONFIDENTIEL] à destination de clients résidentiels et [CONFIDENTIEL] lignes à destination de clients non résidentiels⁶⁸.

III.6.1.d Position dominante

i) Marché de gros de l'Internet à haut débit fixe

142. Sur le marché de la fourniture en gros des accès centraux à haut débit aux réseaux cuivre et fibre de dimension nationale, tel que *prima facie* défini au numéro 131 supra, EDPnet serait, selon l'IBPT,

⁶⁴ Communication de l'IBPT du 16 juillet 2022, para. 13.1 et 13.2. annexe 2 à la requête

⁶⁵ Para. 20 de la requête

⁶⁶ Communication de l'IBPT du 16 juillet 2022, figure 12 reprise dans le para. 47

⁶⁷ Communication de l'IBPT du 16 juillet 2022, para. 41 et 42, annexe 2 de la requête

⁶⁸ Annexe 11 à la requête, page 10. Ainsi que mentionné au para. 42 supra, le Collège comprend que les 46.000 lignes d'accès fixes au haut débit – mentionnées au para 11 de la requête - vendues par EDPnet se ventilent sur cette base entre [CONFIDENTIEL] lignes de détail et [CONFIDENTIEL] lignes de gros (dont [CONFIDENTIEL] pour [CONFIDENTIEL]).

le seul concurrent de Proximus. Proximus et EDPnet disposeraient d'une part de marché de (80-90)% et (10-20)% respectivement (para. 77 de la requête)⁶⁹.

Avec une part de marché de (80-90) % sur le marché national des accès de gros centraux au réseau cuivre/fibre – incluant les offres commerciales - tel que défini au numéro 131, il n'est manifestement pas déraisonnable de présumer que Proximus détient une position dominante sur ce marché.

ii) Marché de détail de l'Internet à haut débit fixe

143. Sur le marché de détail de dimension nationale de la fourniture d'accès haut débit retenu *prima facie* par le Collège (supra, numéros 138 et 139), la part de marché de Proximus s'élève⁷⁰ à (40-50)% et celle d'EDPnet à moins de 1%⁷¹. La part de marché de Proximus post-acquisition resterait inférieure à 50% sur ce marché⁷².

144. Le Collège estime que l'ensemble des arguments présentés par l'auditeur général aux para. 79 à 82 de sa requête et qui l'amène à conclure au para. 83 que Proximus peut être considérée comme détenant une position dominante sur les marchés pertinents de détail de l'accès fixe à internet ne peut être retenu à ce stade de la procédure.

Certains de ces arguments soit se réfèrent à des marchés de détail sous-segmentés au niveau des produits, des clients ou de la dimension géographique, sous-segmentation qui n'est pas pertinente dans le cadre de la définition de marché retenue par le Collège, soit ils mentionnent une capacité d'augmenter les prix comme indicateur d'une position dominante de Proximus, sans analyser la distinction entre dominance individuelle et collective⁷³.

145. Le Collège considère dès lors qu'il ne dispose pas, à ce stade de la procédure, d'éléments suffisants permettant de constater *prima facie* que Proximus jouit d'une position dominante soit simple soit collective (pre- et post-acquisition) sur le marché de détail tel que retenu aux para. 138 et 139.

⁶⁹ Ces chiffres se basent sur la réponse de l'IBPT à la demande de renseignements du 23 mars 2023 (annexes 4 et 4bis à la requête). L'IBPT précise à la question 3 que ces parts de marché reposent sur l'hypothèse que l'offre de gros d'EDPnet à [CONFIDENTIEL] est un bitstream. Sur base des chiffres du tableau 4 dont sont soustraits les [CONFIDENTIEL] accès dégroupés qui ne font pas partie du marché de gros pertinent, la taille totale du marché de gros des accès centraux sur réseau cuivre/cuivre serait de [CONFIDENTIEL] lignes d'accès. Suivant le document interne de Proximus (annexe 8 à la requête, page 7), les offres de gros d'EDPnet représentent [30-40]% du nombre total des accès au réseau fixe, soit [CONFIDENTIEL] lignes d'accès. Sur cette base, la part de marché d'EDPnet sur le marché de gros des accès fixes sur réseau cuivre/fibre serait de [20-30]% et dès lors celle de Proximus de [70-80]%. Contrairement à ce qu'argumente Proximus dans les para. 386 à 395 de ses observations, il ne s'agit pas de prendre en compte les achats d'offres de gros de Proximus pour identifier les concurrents de Proximus sur ce marché mais bien les (re)ventes d'offres de gros qui sont en concurrence avec les produits de gros offerts par Proximus.

⁷⁰ Annexe 4 de la requête, tableau p. 5 et para. 79 de la requête. Au para. 328 de ses observations, Proximus se référant à un document interne (pièce 32 de ses observations), estime à [40-50]% la part du groupe Proximus sur le marché de détail global et à [40-50]% sa part sur le marché résidentiel ou résidentiel et TPE.

⁷¹ Au para. 24 de sa communication du 16 juillet 2022, l'IBPT précise que, sur base du nombre de connexions fixes, la part cumulée des opérateurs alternatifs sur ce marché de détail, dont EDPnet est le plus important, est inférieure à [0-5]%

⁷² Suivant la figure 4 de la Communication de l'IBPT du 16 juillet 2022, la part de marché de Proximus (y compris Scarlet) a baissé au cours de la période 2017-2021.

⁷³ L'IBPT estime au para. 49 de sa communication du 16 juillet 2022 que les principaux opérateurs intégrés disposent d'un pouvoir sur le prix.

III.6.1.e Sur l'entrave substantielle à la concurrence constitutive d'abus

146. L'auditeur général expose aux para. 86 et 87 de sa requête les motifs pour lesquels il estime que l'acquisition d'EDPnet par Proximus risquerait d'entraver substantiellement la concurrence sur les marchés de gros et de détail pertinents. Ce risque serait renforcé par « [CONFIDENTIEL] ».

147. Selon l'auditeur général, les raisons d'être de l'offre « *particulièrement élevée de Proximus qui lui a permis de surpasser ses concurrents* » (para. 88 de la requête), permettent de comprendre pleinement le caractère abusif de cette reprise d'EDPnet par Proximus. Ces raisons sont en substance d'une part [CONFIDENTIEL] et d'autre [CONFIDENTIEL].⁷⁴

i) Protection de la position dominante de Proximus sur le marché de gros à haut débit fixe

148. L'auditeur général considère au para. 89 de la requête que la raison principale pour laquelle Proximus a pu déposer une offre si élevée et surpasser ses concurrents tient dans sa position dominante sur le marché de gros qu'elle a voulu protéger et renforcer, et sur laquelle elle a pris appui pour exclure ses concurrents.

Le Collège observe que cette nécessité de protéger les revenus de gros générés par EDPnet ne se justifie que dans les cas où EDPnet ne serait plus cliente des offres de gros de Proximus. Dans les différents scénarios envisagés par Proximus, cette situation aurait pu se produire suite à l'acquisition d'EDPnet par un opérateur de réseau (câble) vers lequel les clients fixes d'EDPnet seraient migrés⁷⁵. En cas d'acquisition d'EDPnet par Citymesh, ce qui constitue le contrefactuel retenu par l'auditeur général, le Collège estime qu'il n'est pas manifestement déraisonnable de penser que les revenus de gros de Proximus n'auraient pas été à risque puisque la nouvelle entité, ne disposant pas (encore) de réseau propre, aurait continué à baser ses offres sur l'achat à Proximus de produits de gros régulés. L'IBPT a, en effet, insisté en audience sur le délai important qui serait nécessaire, selon lui, pour développer un nouveau réseau d'accès permettant à un opérateur alternatif de ne plus dépendre des offres de gros de Proximus pour des offres d'accès à haut débit.

Cette motivation de protection des revenus de gros apparaît, dès lors, à ce stade de la procédure, être en contradiction avec l'hypothèse de non substituabilité entre réseaux d'accès qui sous-tend la définition d'un marché de gros des accès haut débit réduit aux seules offres d'accès centraux sur le réseau cuivre/fibre telle que proposée par l'auditeur général et que le Collège a considérée au numéro 131 comme n'étant pas manifestement déraisonnable.

149. A ce stade de la procédure et compte tenu de la définition du marché pertinent de gros retenue au numéro 131, le Collège ne peut retenir cette motivation de protection des revenus de gros comme contribuant au caractère abusif de la reprise d'EDPnet.

ii) Elimination du seul concurrent sur le marché de gros pertinent

150. Le Collège observe que l'acquisition d'EDPnet par Proximus va effectivement conduire à éliminer le seul concurrent de Proximus sur le marché de gros pertinent tel que défini au numéro 131⁷⁶ et à ne laisser subsister sur ce marché que des acteurs dépendant dans leur comportement de l'entreprise dominante sur ce marché de gros. Le recours [CONFIDENTIEL] aux offres de gros d'EDPnet, de préférence à celles de Proximus, suggère *prima facie* que cette disparition d'EDPnet du marché de

⁷⁴ Annexe 11 de la requête, page 17

⁷⁵ Cette migration ne concernerait pas à priori les [CONFIDENTIEL] lignes fournies par EDPnet à [CONFIDENTIEL] qui sont complémentaires aux accès sur réseau câble utilisés par ce dernier.

⁷⁶ Le marché de gros défini au numéro 131 comprend les offres de revente du bitstream.

gros serait de nature à modifier substantiellement la concurrence sur ce marché en la rendant directement dépendante de Proximus pour ses besoins en offres de gros sur réseau fixe qui ne peuvent être satisfaits par l'achat d'accès sur réseau câble. Le Collège observe cependant que, dans la mesure où Proximus s'est engagée, [CONFIDENTIEL]⁷⁷, [CONFIDENTIEL], ce risque d'impact significatif pour [CONFIDENTIEL] de la disparition des offres d'EDPnet sur ce marché de gros pertinent ne semble pas avéré. Pour [50 – 80]% des offres de gros d'EDPnet ([CONFIDENTIEL] lignes achetées par [CONFIDENTIEL] sur les [CONFIDENTIEL] lignes de gros offertes par EDPnet), les effets négatifs potentiels sur le marché de détail en aval sont dès lors annihilés [CONFIDENTIEL].

151. Le Collège considère cependant que cette acquisition d'EDPnet par Proximus est susceptible d'avoir un impact sur Citymesh/Digi ainsi que développé sous le point iv infra.

iii) Elimination du plus important opérateur alternatif sur les marchés de détail pertinents

152. L'auditeur général considère que l'acquisition d'EDPnet par Proximus va conduire à l'élimination du plus important opérateur alternatif⁷⁸ sur les marchés pertinents de détail qu'il a identifiés.

153. Sur le marché pertinent de détail retenu *prima facie* par le Collège dans la présente décision au para. 138, la part de marché d'EDPnet est très réduite (moins de [0 – 3]% des lignes achetées par les clients résidentiels⁷⁹).

154. Proximus considère toutefois que [CONFIDENTIEL]⁸⁰ L'auditeur général affirme que la pression concurrentielle exercée par les offres d'EDPnet sur les produits offerts par les marques de Proximus et, en particulier, dans le segment des offres séparées d'accès à haut débit (qui représentent [20-30]% des accès à haut débit) à destination de clients sensibles au prix est très significative⁸¹.

155. Le Collège estime qu'il n'est pas manifestement déraisonnable de considérer, à ce stade de la procédure, sur base des offres proposées par EDPnet sur le marché, que la perte d'indépendance du plus important opérateur alternatif résultant de cette acquisition d'EDPnet par Proximus pourrait être préjudiciable à la concurrence sur le marché de détail, à tout le moins sur le segment des offres séparées fixes d'accès au haut débit pour clients résidentiels et TPE.

156. Le Collège note que l'impact effectif sur la concurrence dans le marché pertinent de détail de l'acquisition d'EDPnet va dépendre du rôle - défensif ou offensif - ainsi que de la place que Proximus attribuera à EDPnet dans le cadre de son intégration au sein du groupe Proximus. Ainsi que mentionné au para. 97 de la requête, [CONFIDENTIEL]. Le Collège relève que, ainsi qu'indiqué dans le document interne de Proximus repris au paragraphe 98 de la requête, [CONFIDENTIEL].

iv) Entrave à l'entrée et au développement de Citymesh/Digi

157. Selon l'auditeur général (para. 96 de la requête), l'objectif de préemption et donc d'affaiblissement du nouvel entrant Citymesh/Digi par la reprise d'EDPnet fait explicitement partie de la stratégie de Proximus. [CONFIDENTIEL]⁸². Ce ne serait donc pas tant l'accès aux produits régulés de Proximus qui fait l'attrait d'EDPnet pour Citymesh mais bien les services additionnels développés par

⁷⁷ Annexe 9 à la requête

⁷⁸ Para. 109 à 120 de la requête

⁷⁹ Selon Proximus, [CONFIDENTIEL] (annexe 11, p.4).

⁸⁰ Document interne de Proximus repris dans l'annexe 8 à la requête, pp. 9 à 13.

⁸¹ Para. 115 à 117 de la requête.

⁸² Annexe 11 à la requête, page 18 citée dans le para. 95 de la requête

EDPnet dans le cadre de ses offres commerciales de revente des accès de gros ainsi que la base de clientèle qu'elle s'est déjà créée.

158. Vu l'importance des achats d'offres convergentes (haut débit fixe + services mobiles) et leur taux d'attrition significativement plus faible que dans le cas d'achats séparés⁸³, le Collège considère qu'il n'est pas manifestement déraisonnable de penser qu'il est important pour un opérateur mobile de pouvoir offrir ce type de produits afin de rester concurrentiel par rapport aux offres des autres opérateurs de réseau mobile. En l'absence d'un réseau fixe propre, EDPnet représente la seule alternative existante sur le marché des offres de gros qui permet, grâce aussi à la base de clientèle de détail créée par EDPnet, un déploiement immédiat de ce type de produits au niveau national.

159. Ainsi que le souligne l'IBPT au para. 38 de sa communication du 16 juillet 2022, c'est l'arrivée d'un nouvel entrant, en l'occurrence Orange, sur le marché fixe qui a relancé la dynamique du marché. Il n'est donc pas manifestement déraisonnable de constater que le degré de concurrence dans le scénario contrefactuel, c'est-à-dire en cas d'acquisition d'EDPnet par Citymesh/Digi, aurait été plus élevé tant sur le marché de détail pertinent des offres d'accès fixe à haut débit à destination des clients résidentiels et des TPE que sur le marché de détail des services mobiles en permettant à Citymesh/Digi, 4^{ème} opérateur mobile, d'être en capacité d'offrir des services convergents.

160. A cet égard, dans la première branche de son dixième moyen, Proximus se réfère à la jurisprudence européenne relative à l'article 102 TFUE qui « interdit, notamment, à une entreprise occupant une position dominante de mettre en œuvre des pratiques produisant des effets d'éviction pour ses concurrents considérés comme étant aussi efficaces qu'elle-même ...»⁸⁴ (nous soulignons). Proximus avance en substance que CWave/DIGI ne dispose pas des connaissances et de l'expérience nécessaires pour entrer sur le marché, ne constitue donc pas un « concurrent aussi efficace » et n'est donc pas protégé par l'article 102 TFUE (observations écrites de Proximus, para. 369 et 370).

161. Le Collège constate d'abord que la jurisprudence européenne citée est relative à l'évaluation *ex post* de pratiques d'éviction basées sur les prix, ce qui n'est pas le cas dans la présente affaire. Le Collège constate au demeurant que même pour des comportements en matière de prix, le considérant 24 des Orientations sur les priorités pour l'application de l'article 102 TFUE⁸⁵ permet à la Commission de reconnaître qu'un concurrent moins efficace peut également exercer une contrainte sur les prix de l'entreprise dominante qui doit être prise en considération ; ce concurrent moins efficace peut être un nouvel entrant qui, en particulier dans les industries de réseau et sur des marchés dynamiques, n'a pas encore pu exploiter les économies d'échelle et de gamme, ou les effets de réseau ou d'apprentissage. Le même argument est pertinent pour les comportements qui ne sont pas basés sur les prix.

En tout état de cause, alors que la jurisprudence européenne et la doctrine affirment que l'objectif de l'article 102 TFEU n'est pas de protéger des concurrents inefficaces, c'est-à-dire pratiquant des prix plus élevés, offrant de moins bons produits et moins d'innovation, il faut constater qu'EDPnet ne répond en rien à ces critères d'inefficacité : [CONIDENTIEL] (para. 17 de la requête et supra, numéro 36) ; prix attractifs (para. 14 de la requête et supra numéro 38) et plus haut taux de satisfaction pour

⁸³ Voir supra para 140.

⁸⁴ Arrêt *Post Danmark/Konkurrencerådet*, C-209/10, EU:C:2012:172, §25

⁸⁵ Communication de la Commission – Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, JOUE, C 45/7, 24.2.2009.

le rapport qualité/prix chez les membres de Test-Achats (para. 118 de la requête). En outre, CWave et Digi sont reconnus comme opérateur efficaces.

162. Proximus avance, en substance, qu'en l'absence de l'acquisition d'EDPNET par Proximus, le scénario contrefactuel qui en aurait résulté eut été une situation d'incertitude risquant de mettre en péril la continuité des activités et donc l'existence d'EDPNET (deuxième branche de son dixième moyen, observations écrites de Proximus, para. 448 et suivants). Proximus argumente aussi que l'offre de CWave ne remplissait de toute façon pas toutes les conditions pour pouvoir être déclarée recevable par le Tribunal de Gand et que cette offre aurait été évincée par le droit de préemption [CONFIDENTIEL]. Le scénario contrefactuel retenu par l'auditeur général, l'acquisition d'EDPnet par CWave, n'est donc pas le plus probable, bien au contraire.

163. Le Collège constate que le Tribunal de Gand a évalué l'offre de CWave comme étant valable et l'a classée au deuxième rang et qu'il ne s'est pas prononcé sur la validité du droit de préemption [CONFIDENTIEL]. Le Collège estime dès lors que le scénario contrefactuel retenu par l'auditeur général est pertinent au regard du considérant 21 des Guidelines sur l'application de l'article 102 TFUE, et que ce contrefactuel mènerait à une situation où le quatrième opérateur mobile, l'entrant, deviendrait plus efficace puisqu'il pourrait étaler ses coûts fixes sur un nombre plus élevé de clients et qu'il serait en capacité d'offrir des services convergents.

III.6.1.f Affectation sensible de la concurrence sur le marché belge et du commerce entre les Etats membres

164. L'article IV.2 du CDE interdit d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché belge concerné ou dans une partie substantielle de celui-ci. Tant Proximus que l'entreprise cible EDPnet sont actives sur l'ensemble du territoire belge.

L'article 102 TFUE est seulement applicable dans la mesure où l'abus de position dominante est susceptible d'affecter le commerce entre États membres. La Commission européenne indique que la pratique consistant en l'élimination d'un concurrent national est en soi susceptible d'affecter le commerce entre États membres, notamment par l'incidence dissuasive qu'elle peut avoir sur l'entrée de concurrents étrangers.⁸⁶ En outre, la cible EDPnet (tout comme l'acquéreur Proximus) est active à la fois en Belgique et aux Pays-Bas, de sorte que ses activités sont en tant que telles de nature transfrontalière, ce qui justifie en soi que la pratique en cause en l'espèce soit considérée comme affectant le commerce entre États membres.

III.6.1.g Conclusion concernant la condition substantielle de l'infraction « prima facie »

165. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, le Collège conclut premièrement que par l'acquisition d'EDPnet, il n'est manifestement pas déraisonnable de considérer qu'en éliminant son seul concurrent sur le marché pertinent de gros des accès haut débit sur réseau cuivre/fibre, Proximus rend, par ce fait, les acheteurs sur ce marché de gros dépendant de ses comportements.

Le Collège conclut deuxièmement que par l'acquisition d'EDPnet, il n'est manifestement pas déraisonnable de considérer que Proximus élimine un concurrent proche de ses marques Scarlet et Mobile Vikings et est en mesure de freiner l'entrée et le développement du 4^{ème} opérateur mobile, Citymesh/Digi, sur le marché de détail des accès fixes à haut débit à destination des clients résidentiels et des TPE, segment sur lequel les marques de Proximus, Scarlet et Mobile Vikings, sont focalisées.

⁸⁶ Ligne Directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, para. 94.

Cette acquisition risque donc de réduire la concurrence par rapport à ce qui serait observé dans le scénario contrefactuel pertinent, c'est-à-dire en cas d'acquisition d'EDPnet par Citymesh/Digi, constituant ainsi, *prima facie*, un abus de position dominante contraire à l'article 102 TFUE et à l'article IV.2 CDE.

III.6.2 *Dompage à l'intérêt économique général*

166. Au travers de l'adoption de mesures provisoires, au regard de l'article IV.71 CDE, le Collège peut être amené à protéger les entreprises dont les intérêts sont affectés par les pratiques en cause mais aussi à protéger l'intérêt économique général.

Le Collège rappelle qu'il doit, afin de protéger l'intérêt économique général au sens de l'article IV.71 CDE, veiller à assurer la mise en œuvre effective des règles de concurrence.⁸⁷

167. En particulier, le dommage à l'intérêt économique général comprend le dommage au fonctionnement du marché.⁸⁸ Cette lecture est d'ailleurs confirmée par l'article 12 de la Directive (EU) N° 2019/1 aux termes duquel « [l]es États membres veillent à ce qu'au moins dans les cas d'urgence justifiés par le fait qu'un préjudice grave et irréparable risque d'être causé à la concurrence, les autorités nationales de concurrence soient habilitées à agir de leur propre initiative, pour ordonner, par voie de décision sur la base d'un constat *prima facie* d'infraction aux dispositions de l'article 101 ou 102 TFUE, l'imposition de mesures provisoires aux entreprises et associations d'entreprises. »⁸⁹ (nous soulignons). Il convient d'interpréter l'article IV.71 CDE conformément à cette directive.

168. Par ailleurs, le Collège rappelle qu'il doit, afin de protéger l'intérêt économique général au sens de l'article 71 CDE, non seulement vérifier s'il y a des éléments de preuve d'infractions *prima facie* aux articles IV.1 CDE, IV.2 CDE et/ou aux articles 101, 102 TFUE, susceptibles de nuire à l'intérêt économique général mais aussi veiller à assurer la mise en œuvre effective des règles de concurrence⁹⁰ et assurer que ses décisions aient un effet utile.⁹¹ Ainsi, le Collège doit assurer que la décision au fond qui sera adoptée par l'ABC dans la présente affaire puisse encore avoir un effet utile.⁹²

169. Dans la présente affaire, le Collège constate que les faits sont *prima facie* constitutifs d'abus (ci-dessus, numéro 165) et engendrent un dommage à l'intérêt économique général pour les raisons suivantes. Premièrement, suite à l'élimination du seul concurrent sur le marché de gros des accès fixes centraux haut débit sur réseau cuivre/fibre, les acheteurs actuels et futurs sur ce marché de gros

⁸⁷ Décision du Collège de la concurrence n° ABC-2020-V/M-26 dans l'affaire CONC-VM-20/0017, Foodinvest/Pro League et U.R.B.S.F.A., 2 juillet 2020, para. 107 ; Décision BMA-2016-V/M-36 du 21 novembre 2016, Alken Maes/ABI, para. 92..

⁸⁸ Bruxelles, 7 septembre 2016, Telenet e.a., 2015/MR/2 et 2016/MR/1, para. 89.

⁸⁹ Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur (JO 2019 L11/3) , passages soulignés par le Collège.

⁹⁰ Décision du Collège de la concurrence n° ABC-2020-V/M-26 dans l'affaire CONC-VM-20/0017, Foodinvest/Pro League et U.R.B.S.F.A., 2 juillet 2020, para. 107 ; Décision BMA-2016-V/M-36 du 21 novembre 2016, Alken Maes/ABI, para. 92..

⁹¹ Voir par exemple Cour de Justice, 7 décembre 2010, affaire C-439/08, Vebic ; et la décision du Collège de la concurrence du 11 juillet 2014, Feltz/BMW, para. 77

⁹² Décision du Collège de la concurrence n° ABC-2020-V/M-26 dans l'affaire CONC-VM-20/0017, Foodinvest/Pro League et U.R.B.S.F.A., 2 juillet 2020, para. 110. ; Collège de la concurrence, décision n° ABC-2018-V/M-33 dans l'affaire n° CONC-V/M-17/0037, Demande de mesures provisoires de Mademoiselle Lisa Nooren et Henk Nooren Handelsstal SPRL, 28 septembre 2018, para. 199.

deviennent dépendants des comportements de Proximus sur ce marché, ce qui pourrait affecter le succès de leurs activités futures sur le marché de détail et partant la structure de ce marché.

Deuxièmement, il n'est pas déraisonnable d'estimer à ce stade de la procédure que l'élimination d'un concurrent sur le marché de détail réduit la pression concurrentielle sur Mobile Vikings, Scarlet et sur toutes les autres sous-marques focalisées sur ce segment, et freine le développement futur de Citymesh/Digi. En particulier, la réduction de la pression concurrentielle sur Mobile Vikings et Scarlet risque de conduire à une augmentation des prix pour les clients d'EDPnet. En effet, EDPnet offre un rapport qualité/prix très favorable sur le marché, en particulier pour l'internet seul ou l'internet combiné à la téléphonie mobile⁹³. L'intégration d'EDPnet dans le groupe Proximus, si elle mène à l'alignement des prix d'EDPnet sur ceux de Mobile Vikings et de Scarlet, marques de Proximus dont le positionnement sur le marché est proche de celui d'EDPnet (supra, numéros 154 et 156), risque de se traduire par une hausse des prix pour les offres d'EDPnet⁹⁴. Le Collège ne peut donc pas suivre Proximus lorsqu'elle affirme que le requérant ne fournit pas le moindre élément concret que l'intérêt économique général serait menacé, comme par exemple l'impact possible sur les prix pour les consommateurs.

170. En l'absence de l'acquisition par Proximus d'EDPnet, cet opérateur dont les offres particulièrement attractives d'un point de vue tarifaire et technique (rapport qualité/prix) exercent une pression concurrentielle, aurait été repris par un nouvel entrant ambitieux. Dans ce contrefactuel, l'atteinte alléguée à l'intérêt économique général pourrait être évitée, à tout le moins limitée. Sans préjuger aucunement du résultat de l'instruction au fond ni de l'issue de la procédure devant la Cour d'Appel de Gand dans le cadre de la procédure de réorganisation judiciaire, il est donc nécessaire et urgent d'empêcher que ne soient entreprises des actions d'intégration d'EDPnet au sein du groupe Proximus aux effets irréversibles à l'égard de l'activité d'EDPnet. C'est l'objet des mesures provisoires destinées à assurer la continuité des activités d'EDPnet demandées par l'auditeur général.

171. Le Collège considère que l'effet utile de la décision au fond qui le cas échéant serait adoptée par le Collège et constaterait une infraction à l'article 102 TFUE serait menacé si Proximus pouvait prendre, en l'absence de mesures provisoires, de telles actions d'intégration d'EDPnet aux effets irréversibles.

172. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, le Collège décide que les faits qui peuvent *prima facie* constituer une infraction aux articles IV.2 CDE et/ou 102 T6FUE sont de nature à porter atteinte à l'intérêt général au sens de l'article IV.71 CDE.

III.6.3 Les mesures provisoires

III.6.3.a Description des mesures demandées

173. En vue d'empêcher Proximus de prendre toute mesure qui mettrait à mal, de manière irréversible, la continuité d'EDPnet en tant qu'entité indépendante (para. 153 de la requête), l'auditeur général demande les mesures suivantes :

⁹³ Para. 113 à 120 de la requête et réponse de l'IBPT à la demande de renseignements du 23 mars 2023, question 10, annexe 4 à la requête.

⁹⁴ Les prix des produits de la marque Mobile Vikings sont généralement proches, mais [CONFIDENTIEL] (para. 112 de la requête et réponse de l'IBPT à la demande de renseignements du 23 mars 2023, question 10, annexe 4 à la requête).

(1) Obligation de maintien de la viabilité, de la valeur marchande et de la compétitivité d'EDPnet

- *Obligation pour Proximus de préserver ou s'assurer que soient préservées la viabilité économique, la valeur marchande et la compétitivité de l'activité d'EDPnet, conformément aux bonnes pratiques commerciales, et de réduire au minimum tout risque de perte de compétitivité.*
- *Dans cette perspective, Proximus doit notamment:*
 - a) *ne mettre en œuvre aucune pratique susceptible d'avoir une incidence négative importante sur la valeur, la gestion ou la compétitivité de l'activité d'EDPnet ou susceptible d'en altérer la nature et l'étendue, la stratégie industrielle ou commerciale ou la politique d'investissement ;*
 - b) *mettre à disposition ou s'assurer que soient mises à disposition les ressources suffisantes pour le développement de l'activité d'EDPnet, sur la base des plans d'entreprise existants et futurs ;*
 - c) *adopter ou s'assurer que soient adoptées toutes les mesures utiles, notamment des systèmes d'incitation adéquats (sur la base des pratiques du secteur), pour encourager les membres du personnel à rester au service d'EDPnet, et à s'abstenir de chercher à attirer des membres du personnel vers Proximus ou de les y transférer.*

(2) Obligations de séparation des activités de Proximus et d'EDPnet

- *Obligation pour Proximus de préserver la séparation entre l'activité d'EDPnet et ses activités propres et de veiller à ce que l'activité d'EDPnet soit gérée comme une activité distincte et cessible, notamment en s'assurant que, sauf autorisation expresse du mandataire chargé du contrôle :*
 - a) *l'encadrement et le personnel de Proximus n'aient aucun lien avec l'activité d'EDPnet, et vice-versa ;*
 - b) *le personnel d'EDPnet n'ait aucun lien avec les activités de Proximus et ne rende aucun compte à qui que ce soit en dehors d'EDPnet.*

(3) Obligation de protection de l'activité d'EDPnet

- *Obligation pour Proximus de prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir qu'elle ne recueille pas d'informations confidentielles (secrets d'affaires, informations commercialement sensibles, etc.) concernant l'activité d'EDPnet, et ne pas utiliser et détruire toute information de ce type qu'elle aurait obtenue. Proximus peut obtenir ou conserver toute information concernant l'activité d'EDPnet qui serait raisonnablement nécessaire pour la cession de l'activité ou que la loi obligerait à lui divulguer.*

Afin de garantir le respect des mesures proposées, l'auditeur général demande au Collège de la concurrence d'ordonner également :

(1) Nomination endéans les deux semaines d'un gestionnaire chargé de garantir la séparation des activités

- *Le gestionnaire chargé de garantir la séparation des activités, qui fait partie du personnel d'EDPnet, a pour mission de gérer l'activité d'EDPnet de manière indépendante et au mieux de l'intérêt de celle-ci, de manière à en préserver la viabilité économique, la valeur marchande et*

la compétitivité et à assurer son indépendance vis-à-vis des activités de Proximus. Il coopère étroitement avec le mandataire chargé du contrôle, à qui il fait rapport.

(2) Nomination endéans le mois d'un mandataire chargé du contrôle

- *Le mandataire chargé du contrôle est une ou plusieurs personnes physiques ou morales, approuvée(s) par l'auditeur général et nommée(s) par Proximus, chargée(s) sur la base d'un mandat ad hoc soumis à l'approbation de l'auditeur général, de contrôler le respect par Proximus des mesures imposées dans le cadre des mesures provisoires.*
- *Le mandataire:*
 - a) *est, au moment de sa désignation, indépendant de Proximus et d'EDPnet ;*
 - b) *possède les qualifications nécessaires à l'exécution de son mandat, par exemple une expérience adéquate suffisante en tant que spécialiste des services de banque d'affaires, consultant ou auditeur ; et*
 - c) *ne doit pas être en situation de conflit d'intérêts.*
- *Proximus prend à sa charge la rémunération du mandataire d'une manière qui n'entrave pas l'indépendance de celui-ci ni son efficacité dans l'exercice de son mandat, et apporte au mandataire toute la coopération, l'assistance et l'information dont celui-ci pourrait raisonnablement avoir besoin pour s'acquitter de ses tâches.*
- *Le mandataire chargé du contrôle :*
 - (i) *propose dans son premier rapport au Collège de la concurrence un plan de travail détaillé décrivant comment il prévoit de vérifier le respect des obligations et charges liées à la décision ;*
 - (ii) *surveille, en étroite collaboration avec le gestionnaire chargé de garantir la séparation des activités, la gestion courante de l'activité d'EDPnet en vue de garantir le maintien de sa viabilité économique, de sa valeur marchande et de sa compétitivité, et s'assure du respect par Proximus des mesures provisoires décidées. À cette fin, il :*
 - a) *contrôle le maintien de la viabilité économique, de la valeur marchande et de la compétitivité de l'activité d'EDPnet et la préservation de la séparation entre EDPnet et les activités de Proximus ;*
 - b) *s'assure que l'activité est gérée comme une entité totalement distincte et cessible ;*
 - c) *en ce qui concerne les informations confidentielles :*
 - *décide de toutes les mesures utiles pour veiller à ce qu'à la fin de la période de validité des mesures provisoires, Proximus ne recueille aucune information confidentielle concernant l'activité d'EDPnet ;*
 - *s'assure que toute information confidentielle concernant EDPnet que Proximus aurait obtenue avant la date d'effet des mesures provisoires est détruite et que Proximus ne puisse l'utiliser ; et*
 - *décide si ces informations peuvent être divulguées à Proximus ou conservées par celle-ci parce qu'elles lui sont raisonnablement nécessaires ou parce que leur divulgation est requise par la loi ;*

- d) *contrôle la séparation des actifs et la répartition du personnel entre EDPnet et Proximus ou ses entreprises liées ;*
- (iii) *propose à Proximus les mesures qu'il juge nécessaires pour garantir le respect par Proximus des mesures provisoires décidées, en particulier le maintien de la viabilité économique, de la valeur marchande et de la compétitivité d'EDPnet, la séparation entre EDPnet et les activités de Proximus et la non-divulgaration d'informations sensibles sur le plan de la concurrence ;*
- (iv) *sert de point de contact pour toute demande adressée par des tiers au sujet des mesures provisoires ;*
- (v) *transmet à l'auditeur général, avec envoi simultané d'une version non confidentielle à Proximus, dans les quinze jours suivant la fin de chaque mois, un rapport écrit couvrant le fonctionnement et la gestion d'EDPnet ainsi que la séparation des actifs et la répartition du personnel, afin que l'auditeur général puisse évaluer si l'activité est gérée dans le respect des mesures provisoires ;*
- (vi) *fait rapport par écrit à l'auditeur général dans les meilleurs délais, avec envoi simultané d'une version non confidentielle à Proximus, s'il parvient à la conclusion fondée que Proximus ne respecte pas les présentes mesures provisoires ;*
- (vii) *s'acquitte des autres tâches dévolues au mandataire chargé du contrôle dans le respect des mesures provisoires.*

III.6.3.b L'urgence des mesures provisoires

174. L'article VI.71 CDE dispose que la Collège de la concurrence peut imposer des mesures provisoires s'il est urgent d'éviter une situation susceptible de nuire à l'intérêt économique général. Dans sa pratique décisionnelle, le Collège considère que cette condition d'urgence est remplie si, grâce aux mesures, le dommage à l'intérêt économique général peut encore être évité ou limité.⁹⁵

175. En l'espèce, l'urgence résulte de la réalisation de la reprise d'EDPnet par Proximus en date du 31 mars 2023, suite au jugement du Tribunal de l'entreprise de Gand du 21 mars 2023 et nonobstant l'appel non suspensif à l'encontre du jugement a quo. Ainsi, Proximus est en mesure d'effectivement intégrer EDPnet dans sa structure et ses activités. Il est dès lors urgent de suspendre provisoirement l'intégration d'EDPnet au sein du groupe Proximus et d'imposer des mesures provisoires qui empêchent l'irréversibilité de l'exécution de l'intégration.

176. Toutefois, Proximus conteste l'urgence des mesures demandées par le requérant (onzième moyen des observations écrites de Proximus, para. 477 et ss.). Selon Proximus, l'auditeur général a lui-même créé l'urgence car, d'une part, il aurait marqué son accord à la reprise d'EDPnet par Proximus, et, d'autre part, il aurait tardé à prendre des initiatives alors qu'il avait été mis au courant début mars 2023 par l'IBPT des intentions de Proximus.

177. Le Collège ne peut pas suivre ces arguments. Premièrement, comme cela a été clarifié en audience, l'auditeur général n'a pas marqué son accord sur la reprise d'EDPnet par Proximus mais a simplement

⁹⁵ Décision du Collège de la concurrence BMA-2020-V/M-04 dans l'affaire nr. MEDE-V/M-19/0041, Verzoek om voorlopige maatregelen van BVBA Hector Cue Sports Belgium jegens VZW Belgische Golfbiljart Bond, 23 janvier 2020, para. 66 ; Décision du Collège de la concurrence BMA-2019-V/M-01 dans l'affaire nr. MEDE-V/M-18/0043, VRT/Norkring, 22 janvier 2019, para. 62.

constaté les conséquences du jugement du Tribunal de l'entreprise de Gand. Deuxièmement, l'auditeur général a agi avec une grande célérité puisqu'il a ouvert la procédure au fond le lendemain du jugement du Tribunal de l'entreprise de Gand et a déposé sa requête motivée trois semaines après ce jugement. Ce n'est pas un délai excessivement long comme le soutient Proximus vu la complexité de la motivation de la requête. Pour le reste, la fixation de la date d'audience n'était pas du ressort de l'auditeur général.

III.6.3.c L'efficacité de l'ensemble des mesures provisoires

178. Une mesure est efficace lorsqu'elle permet d'éviter les conséquences dommageables pour l'intérêt économique général de l'abus qui a été déterminé *prima facie*, ou à tout le moins de limiter ces conséquences.⁹⁶

En l'espèce, comme cela ressort des numéros 169 et 170 supra, les mesures imposées tendent à éviter le préjudice pour l'intérêt économique général en prévenant l'intégration effective d'EDPnet au sein de Proximus.

179. A cet égard, le Collège ne peut suivre l'argumentation de Proximus qui avance en substance qu'une imposition de mesures provisoires n'est pas nécessaire puisque Proximus exécute volontairement les mesures souhaitées par l'auditorat (sixième moyen de ses observations écrites, para. 237-240).

180. Le Collège considère que, dès lors qu'il a constaté l'existence d'un abus *prima facie* de position dominante et que toute action de Proximus qui rendrait irréversible son intégration d'EDPnet constituerait un risque d'atteinte à l'intérêt économique général, il est nécessaire, pour prévenir ce risque, d'appliquer des mesures provisoires pour une durée déterminée, qui peut être renouvelée dans la mesure où cela est opportun (article IV.73 §4 du CDE ; infra, section III.6.3.d).

181. Le Collège ne peut pas non plus suivre l'argumentation de Proximus qui avance en substance, à titre tout-à-fait subsidiaire, qu'il ne serait pas efficace d'imposer maintenant des mesures provisoires qui pourraient ne durer que peu de temps si la Cour d'appel de Gand venait à réformer le jugement du Tribunal de l'entreprise de Gand (treizième moyen des observations écrites, paras. 502-508).

182. En effet, le Collège ne connaît pas la date à laquelle sera adopté l'arrêt de la Cour d'appel ni, a fortiori, son contenu. Dès lors, le Collège n'a aucun moyen de déterminer si, comme l'allègue Proximus, sa décision ne restera pas très longtemps valable dans le temps.

III.6.3.d La durée des mesures provisoires

183. L'article IV. 73 § 4 CDE dispose que la décision imposant les mesures provisoires est applicable soit pour une durée déterminée renouvelable si nécessaire, soit jusqu'au moment où la décision du Collège de la concurrence visée à l'article IV.52, § 1er, ou la décision de l'auditeur visée à l'article IV.44, § 1er, alinéa 1er, à l'article IV.45, alinéa 1er, ou à l'article IV.59, § 1^{er}), ne peut plus faire l'objet d'un recours par les voies ordinaires, si cette dernière date intervient plus tôt.

⁹⁶ Voir décision du Collège de la concurrence BMA-2020-V/M-04 dans l'affaire nr. MEDE-V/M-19/0041, Verzoek om voorlopige maatregelen van BVBA Hector Cue Sports Belgium jegens VZW Belgische Golfbiljart Bond, 23 janvier 2020, para.s 69 ; décision n° BMA-2020-V/M-03 dans l'affaire MEDE-V/M-19/0036, Verzoek om voorlopige maatregelen van Telenet Group NV en Telenet BVBA jegens Proximus NV en Orange NV, 8 janvier 2020, para.s 105-106.

184. En l'espèce, il y a lieu de prévoir une durée déterminée à l'imposition des mesures provisoires pour assurer un équilibre entre, d'une part, la nécessité pour l'auditorat de mener une enquête au fond de manière diligente et approfondie et, d'autre part, la nécessité pour Proximus d'avoir pleine liberté d'action quant à sa récente acquisition. Comme en l'espèce l'abus allégué est relatif à l'acquisition d'une entreprise, le Collège estime que la sécurité juridique et économique requiert une décision de fond rapide, notamment pour éviter qu'une incertitude prolongée ne soit préjudiciable au maintien et au développement d'EDPnet, comme le souligne à juste titre Proximus dans ses observations écrites (para 498) et dans ses observations du 16 juin 2023 relatives aux mesures provisoires envisagées.

Le Collège estime qu'une durée de 15 mois permet d'atteindre cet équilibre car elle permet à l'auditorat de mener une enquête au fond de manière diligente et approfondie. Elle apparaît en même temps compatible avec la sécurité juridique et économique requise pour le maintien et le développement d'EDPnet dans la mesure où cette durée inclut une période d'instruction assez semblable à celle prévue dans le cadre d'une concentration avec seconde phase (même si, en l'espèce, il ne s'agit pas d'un contrôle ex ante des concentrations).

Toutefois, comme l'article IV.73 §4 CDE le prévoit, la durée des mesures provisoires pourra être renouvelée par le Collège si cela est opportun et nécessaire sur demande motivée de l'auditeur, en particulier s'il prouve qu'il a mis tous les moyens en œuvre pour clôturer son enquête dans le délai prévu par les mesures provisoires et qu'il motive pourquoi il n'y est pas parvenu.

III.6.3.e La proportionnalité des mesures provisoires

185. L'article IV. 73 § 4 CDE dispose que les mesures provisoires doivent être proportionnelles. Pour apprécier la proportionnalité, le Collège dans sa pratique décisionnelle prend en compte, d'une part, l'impact des mesures provisoires pour la partie défenderesse si aucune infraction n'est constatée au fond et, d'autre part, l'impact pour la partie requérante si aucune mesure n'est imposée mais l'infraction est néanmoins constatée.⁹⁷

186. Le Collège décide d'imposer quatre mesures provisoires. Dans la détermination de ces mesures provisoires, le Collège a pris en compte tant la requête de l'auditeur général et les principes d'interactions entre Proximus et EDPnet soumis par Proximus dans le cadre de ses discussions avec l'auditeur général (observations de Proximus, pièce 15) que des observations aux propositions de mesures provisoires du Collège déposées par l'auditeur général le 13 juin 2023 et par Proximus les 13 et 16 juin 2023⁹⁸ (supra, numéro 30). En outre, un mandataire sera chargé de contrôler le respect par Proximus des mesures provisoires imposées.

187. La première mesure vise à assurer le maintien de la viabilité, de la valeur marchande et de la compétitivité d'EDPnet. Cette mesure fait partie des principes d'interaction soumis par Proximus dans le cadre des discussions avec l'auditeur général et elle n'a pas été contestée dans son principe ni par l'auditeur général ni par Proximus dans leurs observations des 13 et 16 juin 2023; en outre, le Tribunal

⁹⁷ Décision du Collège de la concurrence BMA-2020-V/M-04 dans l'affaire nr. MEDE-V/M-19/0041, Verzoek om voorlopige maatregelen van BVBA Hector Cue Sports Belgium jegens VZW Belgische Golfbiljart Bond, 23 janvier 2020, para. 71; décision n° BMA-2020-V/M-03 dans l'affaire MEDE-V/M-19/0036, Verzoek om voorlopige maatregelen van Telenet Group NV en Telenet BVBA jegens Proximus NV en Orange NV, 8 janvier 2020, para. 107.

⁹⁸ Le contenu de ses observations écrites est repris dans le annexes à la présente décision sous les numéros V à VII.

de Gand, dans sa décision du 21 mars 2023, a eu égard à l'exigence de continuité d'EDPnet (para. 76 du jugement du Tribunal de Gand).

Dans le cadre de la proportionnalité, le Collège remarque néanmoins que parmi les mesures envisagées par l'auditeur général, l'imposition à Proximus de l'obligation d'adopter « des systèmes d'incitation adéquats [...] pour encourager les membres du personnel à rester au service d'EDPnet », n'est pas cohérente avec l'obligation faite à Proximus d'assurer une stricte séparation par rapport à EDPnet et de garantir son indépendance. Comme Proximus le relève dans ses observations écrites du 13 juin 2023 relatives aux mesures provisoires envisagées, Proximus ne peut pas activement procéder à la mise en place, au sein d'EDPNET, de mécanismes visant à inciter et à encourager son personnel à rester au service de cette dernière, puisque Proximus a pour obligation de maintenir l'indépendance d'EDPnet.

188. La deuxième mesure vise à assurer une séparation des activités de Proximus et d'EDPnet.

Cette mesure fait partie des principes d'interaction soumis par Proximus dans le cadre des discussions avec l'auditeur général et elle n'a pas été contestée dans son principe ni par l'auditeur général ni par Proximus dans leurs observations des 13 et 16 juin 2023.

Les mesures demandées par l'auditeur général sous (2) au numéro 173 ci-dessus ont pour objectif de maintenir/garantir l'indépendance d'EDPnet, ce qui est une condition que le Collège juge nécessaire pour rendre possible, le cas échéant, la cession de ces activités. Ces mesures font également partie des principes d'interaction soumis par Proximus. Cependant, dans le cadre de la proportionnalité, le Collège considère, en ce qui concerne spécifiquement l'obligation que l'auditeur général a envisagé d'imposer à Proximus de s'assurer que « l'encadrement et le personnel de Proximus n'aient aucun lien avec l'activité d'EDPnet, et vice-versa », que cette obligation doit être assortie de la réserve qu'elle ne peut faire obstacle à l'efficacité de l'apport du soutien administratif et technique de Proximus à EDPnet si cet apport est nécessaire pour assurer la viabilité et la compétitivité d'EDPnet. Dans ses observations écrites du 13 juin 2023 relatives aux mesures provisoires envisagées, Proximus avait au demeurant demandé que cette obligation d'absence de lien entre le personnel de Proximus et l'activité d'EDPnet ne soit pas interprétée de manière trop restrictive parce que Proximus apporte – et devra continuer d'apporter – son soutien à EDPNET notamment pour que celle-ci fasse preuve d'un respect rigoureux de ses obligations légales, fiscales, comptables, ...

Le Collège considère dès lors qu'il est pertinent, pour la proportionnalité et pour la cohérence entre l'objectif d'indépendance et l'objectif de viabilité d'EDPnet, d'ajouter cette réserve à la deuxième mesure qu'impose le Collège .

189. La troisième mesure vise à assurer la protection de l'activité d'EDPnet.

Cette mesure fait partie des principes d'interaction soumis par Proximus dans le cadre des discussions avec l'auditeur général et elle n'a pas été contestée dans son principe ni par l'auditeur général ni par Proximus dans leurs observations des 13 et 16 juin 2023.

Les mesures envisagées par l'auditeur général ont pour objectif de préserver l'activité d'EDPnet de telle sorte que, en cas de cession de ses activités, son lien actuel avec Proximus ne freine en rien son développement. Ainsi, Proximus ne peut pas recueillir d'informations confidentielles concernant l'activité d'EDPnet, elle ne peut pas utiliser et doit détruire, lors de l'éventuelle cession d'EDPnet, toute information de ce type qu'elle aurait obtenue. Cependant, une exception est prévue selon

laquelle « Proximus peut obtenir ou conserver toute information concernant l'activité d'EDPnet qui serait raisonnablement nécessaire pour la cession de l'activité ou que la loi lui obligerait de divulguer.

De manière spécifique concernant cette exception, le Collège considère qu'elle doit aussi s'appliquer à l'information obtenue ou conservée par Proximus qui serait raisonnablement nécessaire pour l'efficacité d'un support administratif et technique par de Proximus à EDPnet

Concernant l'interdiction faite à Proximus de recueillir des informations confidentielles concernant l'activité d'EDPnet, Proximus avait avancé, dans ses observations écrites du 13 juin 2023 relatives aux mesures provisoires envisagées, qu'elle ne pouvait pas s'engager pour EDPnet à ne pas transmettre d'informations confidentielles à Proximus mais l'obligation imposée ne vise pas à interdire à EDPnet de transmettre des informations confidentielles à Proximus mais uniquement à Proximus de refuser, le cas échéant, toute information confidentielle qui serait transmise par EDPnet. Le Collège considère cependant que Proximus est en situation, par la nomination du gestionnaire (ci-dessous, numéro 190), de faire respecter cette obligation par EDPnet.

190. La quatrième mesure précise la fonction du gestionnaire chargé de garantir la séparation des activités.

Cette mesure fait partie des principes d'interaction soumis par Proximus dans le cadre des discussions avec l'auditeur général et elle n'a pas été contestée dans son principe ni par l'auditeur général ni par Proximus dans leurs observations des 13 et 16 juin 2023.

191. Conformément à l'article IV.73, §2 du CDE, le Collège de la concurrence peut, eu égard à l'intérêt général d'un bon fonctionnement du marché, mettre en balance le dommage à l'intérêt économique général avec le dommage que subirait l'entreprise vis-à-vis de laquelle les mesures provisoires sont imposées, au cas où l'infraction ne serait finalement pas établie au fond. Inversement, le Collège peut également tenir en compte le dommage à l'intérêt économique général au cas où il n'impose pas de mesures provisoires, mais qu'une infraction au fond serait établie.⁹⁹

192. A cet égard, Proximus allègue en substance que les mesures requises par l'auditeur général, l'incertitude liée au calendrier ainsi que la durée de ces mesures ont un impact néfaste significatif à la fois sur Proximus et EDPnet au niveau du chiffre d'affaires et des coûts (douzième moyen des observations écrites, para. 489 à 501). Proximus mentionne en particulier le risque pour la réputation d'EDPnet parce que les mesures sollicitées par l'auditeur général créent beaucoup d'incertitudes et pourraient engendrer une migration significative de certains clients finals vers d'autres offres. Proximus mentionne aussi que, pour la réussite de la stratégie future d'EDPnet dans le contexte des défis auxquels fait face le secteur des télécommunications en Belgique, l'appui commercial, stratégique, financier ainsi que l'expertise télécom de Proximus seraient bénéfiques pour la (nouvelle) direction d'EDPNET. Or, l'imposition de mesures telles qu'elles sont requises par l'auditeur général restreint fortement la capacité de Proximus à assister cette (nouvelle) direction (observations écrites de Proximus, para. 498).

193. A cet égard, le Collège relève d'abord que la plupart des mesures requises par l'auditeur général étaient prévues dans le plan d'acquisition de Proximus. Ensuite, pour tenir compte de ces

⁹⁹ Commission, affaire AT. 40608, Broadcom, 16 octobre 2019, para. 512. Collège de la concurrence, décision n° BMA-2020-V/M-03 dans l'affaire MEDE-V/M-19/0036, Verzoek om voorlopige maatregelen van Telenet Group NV en Telenet BVBA jegens Proximus NV en Orange NV, 8 janvier 2020, para. 107.

préoccupations exprimées par Proximus, le Collège limite dans le temps la durée des mesures provisoires et se borne à imposer des mesures qu'il juge nécessaires et proportionnelles pour réaliser l'objectif de prévenir l'intégration d'EDPnet au sein de Proximus. En outre, le collège a tenu compte quand cela était justifié, des observations de Proximus des 13 et 16 juin 2023 comme mentionné dans les numéros 187 à 190.

III.6.3.f Procédure de mise en œuvre des mesures provisoires

194. Proximus a indiqué durant les discussions avec l'auditorat, dans ses observations écrites (notamment para 240) et à l'audience, que la nomination d'un mandataire chargé du contrôle des mesures provisoires n'était ni nécessaire ni proportionnel. Toutefois, dans ses observations des 13 et 16 juin 2023 aux mesures provisoires proposées par le Collège, Proximus ne réitère pas ces arguments et n'explique pas en quoi l'imposition de pareil mandataire serait disproportionnée.

195. Vu la difficulté de contrôle du respect des mesures provisoires et les compétences techniques requises à cet égard, le Collège juge opportun, nécessaire et proportionnel de prévoir qu'un mandataire soit chargé de contrôler le respect par Proximus des mesures provisoires.

196. En outre, pour assurer la mise en œuvre efficace des mesures provisoires et suivant une pratique constante, le Collège juge opportun, nécessaire et proportionnel de prévoir une procédure en cas de contestation quant à l'interprétation, la portée ou la mise en œuvre des mesures provisoires ainsi que des sanctions en cas de violation des mesures provisoires.

PAR CES MOTIFS

197. Le Collège de la Concurrence, par application de l'article IV.71 CDE et après avoir clôturé les débats conformément à l'article IV.73, §1 CDE :

1. Constate que la demande de mesures provisoires introduite par l'auditeur général de l'Autorité belge de la concurrence est recevable et fondée dans la mesure qui suit.

2. Ordonne à Proximus :

- (i) Le respect de l'obligation de maintien de la viabilité, de la valeur marchande et de la compétitivité d'EDPnet

A cet effet, Proximus doit, dans les limites des présents principes, préserver ou s'assurer que soient préservées la viabilité économique, la valeur marchande et la compétitivité de l'activité d'EDPnet Belgium BV (ci-après « EDPnet »), conformément aux bonnes pratiques commerciales, et réduire au minimum tout risque de perte de compétitivité.

Dans cette perspective, Proximus doit notamment:

- a) ne mettre en œuvre aucune pratique ciblant EDPNET en particulier susceptible d'avoir une incidence négative importante sur la valeur, la gestion ou la compétitivité de l'activité d'EDPnet ou susceptible d'en altérer la nature et l'étendue, la stratégie industrielle ou commerciale ou la politique d'investissement ;
- b) mettre à disposition ou s'assurer que soient mises à disposition d'EDPnet les ressources suffisantes pour le développement de l'activité d'EDPnet, sur la base des

plans d'entreprise existants et futurs pour autant que ceux-ci soient réalistes et cohérents avec la politique commerciale d'EDPnet d'avant son acquisition par Proximus;

- c) s'abstenir de chercher à attirer des membres du personnel d'EDPnet vers Proximus ou de les y transférer.

(ii) Le respect d'obligations de séparation des activités de Proximus et d'EDPnet

A cet effet, Proximus doit préserver la séparation entre l'activité d'EDPnet et ses activités propres et doit veiller à ce que l'activité d'EDPnet soit gérée comme une activité distincte et cessible, en s'assurant que, sauf autorisation expresse et motivée du mandataire chargé du contrôle :

- a) l'encadrement et le personnel de Proximus n'aient aucun lien avec l'activité d'EDPnet, et l'encadrement et le personnel d'EDPnet n'aient aucun lien avec les activités de Proximus et ne rendent aucun compte à qui que ce soit en dehors d'EDPnet, à l'exception des liens découlant des activités de gros de Proximus, en tant que fournisseur de services de gros à EDPnet, ou découlant d'autres activités commerciales de Proximus, en tant que fournisseur de services de détail qu'EDPnet se serait procurés ou se procurera auprès de Proximus. Cette obligation ne peut faire obstacle à l'efficacité de l'apport du soutien administratif et technique de Proximus à EDPnet si cet apport est nécessaire pour assurer la viabilité et la compétitivité d'EDPnet.
- b) les membres désignés par Proximus, au sein du Conseil d'Administration d'EDPnet, soient dénués de tout lien de subordination avec Proximus et avec toute autre société liée à Proximus et disposent, comme « feuille de route », d'assurer que le fait que Proximus ait repris, au travers d'une structure spécialement dédiée à cette opération (EDPnet Belgium BV), des éléments du patrimoine d'EDPnet SA ne porte pas atteinte à la capacité, pour le « nouvel EDPnet », de mener sa propre politique commerciale. En outre, tout différend entre le conseil d'administration et/ou ses membres, d'une part, et le gestionnaire chargé de garantir la séparation des activités, d'autre part, sera soumis à la même procédure qu'en cas de contestation quant à l'interprétation, la portée ou la mise en œuvre des mesures provisoires (voir point 5 ci-dessous) .

(iii) Le respect de l'obligation de protection de l'activité d'EDPnet

A cet effet, Proximus doit prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir qu'elle ne recueille pas d'informations confidentielles (secrets d'affaires, informations commercialement sensibles, etc.) concernant l'activité d'EDPnet, et de ne pas utiliser et de détruire toute information de ce type qu'elle aurait obtenue au cours de cette période de mesures provisoires, à l'exception des informations confidentielles dont elle a raisonnablement besoin dans le cadre de ses activités de fournisseur de services de gros à EDPnet, ou dans le cadre de prestations commerciales conclues avec EDPnet à des conditions normales de marché. Proximus peut obtenir ou conserver toute information concernant l'activité d'EDPnet qui serait raisonnablement nécessaire pour la cession de l'activité ou que

la loi lui obligerait à divulguer ou qui serait raisonnablement nécessaire pour l'efficacité du support administratif et technique de Proximus à EDPnet.

(iv) La nomination d'un gestionnaire chargé de garantir la séparation des activités

Afin de contribuer au respect des mesures reprises aux points (1) à (3) ci-dessus, le gestionnaire désigné par Proximus, qui fait partie du personnel d'EDPnet, est chargé de garantir la séparation des activités, avec pour mission de gérer l'activité d'EDPnet de manière indépendante et au mieux de l'intérêt de celle-ci, de manière à en préserver la viabilité économique, la valeur marchande et la compétitivité et à assurer son indépendance vis-à-vis des activités de Proximus.

Il coopère étroitement avec le mandataire chargé du contrôle, à qui il fait rapport sur base mensuelle dont copie sera envoyée à l'auditeur général et à Proximus. Alternativement, cette mission de rapportage pourrait être assurée par un membre du Conseil d'Administration désigné en raison de son expertise juridique, afin de permettre au gestionnaire de se consacrer pleinement au développement d'EDPnet.

Le Collège précise que l'ensemble des obligations imposées par les mesures provisoires, en particulier les obligations de séparation, impliquent que la comptabilité d'EDPnet Belgium BV reste en dehors du périmètre de consolidation de Proximus durant la période de validité des présentes mesures provisoires.

3. Décide que :

Les mesures provisoires mentionnées sous 2 sont imposées pour une durée de 15 mois à compter de la date de la présente décision ou jusqu'à la décision de clôture de la procédure au moment où la décision du Collège de la concurrence visée à l'article IV.52, §1er, ou la décision de l'auditeur visée à l'article IV.44, § 1er, alinéa 1er, à l'article IV.45, alinéa 1er, à l'article IV.46 § 2 ou à l'article IV.59, §1er, ne peut plus faire l'objet d'un recours par les voies ordinaires concernant le dossier ouvert sous le numéro CONC-RPR-23/0001, si cette décision de clôture de la procédure intervient plus tôt. En vertu de l'article IV.73, §4 CDE, la durée des mesures pourra être prolongée par le Collège à la demande motivée de l'auditeur général.

4. Décide que :

Un mandataire est chargé de contrôler le respect par Proximus des mesures provisoires imposées sur base d'un programme de travail détaillé qui décrit comment il prévoit de vérifier le respect des mesures provisoires et qui est approuvé par le Collège après avoir recueilli les observations éventuelles de Proximus et de l'auditeur général (ou l'auditeur qu'il désigne).

Le mandataire chargé du contrôle est une ou plusieurs personnes physiques ou morales, proposée(s) par Proximus, approuvée(s) par l'auditeur général et nommée(s) par Proximus au plus tard un mois après la présente décision.

Le mandataire :

- a) est, au moment de sa désignation, indépendant de Proximus et d'EDPnet ;
- b) possède les qualifications nécessaires à l'exécution de son mandat, par exemple une expérience adéquate suffisante en tant que spécialiste des services de banque d'affaires, consultant ou auditeur ; et
- c) ne doit pas être en situation de conflit d'intérêts.

Proximus prend à sa charge la rémunération du mandataire d'une manière qui n'entrave pas l'indépendance de celui-ci ni son efficacité dans l'exercice de son mandat, et apporte au mandataire toute la coopération, l'assistance et l'information dont celui-ci pourrait raisonnablement avoir besoin pour s'acquitter de ses tâches.

Le programme de travail qui décrit comment il prévoit de vérifier le respect des mesures provisoires doit être soumis au plus tard un mois après sa nomination, au président du Collège.

5. Décide que :

- a. En cas de contestation quant à l'interprétation, la portée ou la mise en œuvre des mesures provisoires, Proximus ou l'auditeur général (ou l'auditeur qu'il désigne) peut saisir le Président du Collège afin que le Collège interprète, clarifie ou constate le non-respect des mesures provisoires.
- b. En cas de saisine du Président du Collège, la demande doit être communiquée endéans deux jours ouvrables par le Secrétariat aux autres parties à la procédure ainsi qu'au mandataire chargé du contrôle. Proximus, l'auditeur général (ou l'auditeur qu'il désigne) et le mandataire chargé du contrôle disposent d'un délai de cinq jours ouvrables à compter du premier jour ouvrable suivant cette communication pour transmettre au Président et aux autres parties leurs observations écrites au sujet de la demande adressée au Président. Proximus dispose d'un délai supplémentaire de trois jours ouvrables à compter du premier jour ouvrable suivant le dépôt des observations mentionnées dans la phrase précédente afin de répondre par écrit à celles-ci.

Le Président saisit le Collège, qui décide sur pièces à moins qu'il ne décide d'organiser une audience.

- c. Si le Collège constate qu'une mesure provisoire imposée au point 2 n'a pas été mise en œuvre correctement par Proximus, il peut décider d'imposer une astreinte par jour de retard à compter du jour qu'il fixe dans sa décision jusqu'au jour où il est constaté par le Collège, sur demande de Proximus, de l'auditeur général (ou de l'auditeur qu'il désigne) ou du mandataire chargé du contrôle, que la mesure en question a été exécutée ou jusqu'à la décision de clôture de la procédure concernant le dossier ouvert sous le numéro CONC-RPR-23/0001.

Ainsi décidé le 21 juin 2023 par le Collège de la Concurrence composé de Christian Huveneers, Président du Collège de la concurrence, Elisabeth de Ghellinck et Alexandre de Streel, assesseurs à l'Autorité belge de la concurrence.

Christian Huveneers
Président

ANNEXES À LA DÉCISION

- I. Requête motivée de mesures provisoires déposée le 12 avril 2023
[CONFIDENTIEL]
- II. Observations de Citymesh déposées le 2 mai 2023
[CONFIDENTIEL]
- III. Observations de l'IBPT déposées le 2 mai 2023
[CONFIDENTIEL]
- IV. Observations de Proximus déposées le 8 mai 2023
[CONFIDENTIEL]
- V. Observations de l'Auditeur général sur les mesures provisoires envisagées par le collège du 13 juin 2023
[CONFIDENTIEL]
- VI. Observations de Proximus sur les mesures provisoires envisagées par le collège du 13 juin 2023
[CONFIDENTIEL]
- VII. Réponse de Proximus aux observations de l'auditeur général du 16 juin 2023
[CONFIDENTIEL]