

AUTORITE BELGE DE LA CONCURRENCE

Auditorat

Décision n° ABC-2023-RPR-38-AUD du 6 novembre 2023

Affaire CONC-RPR-23/0001 - *Proximus / EDPnet*

I. Introduction

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 ») concernant la reprise des actifs des sociétés EDPnet NV et EDPnet BV (ci-après, « EDPnet ») par Proximus SA (ci-après, « Proximus »), ordonnée le même jour par le Tribunal de l'entreprise de Gand, section Termonde (ci-après, l'« Opération »). Cette instruction vise à déterminer si l'Opération constitue 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 ») interdisant les abus de position dominante (affaire référencée CONC-RPR-23/0001).

2. Conformément à l'article IV.27, §§ 2 et 3 CDE, l'auditeur général a désigné Madame Elisabeth Marescaux en tant qu'auditeur en charge de la direction journalière de l'instruction de cette affaire, assistée de Messieurs Thomas Gougard et Benoît Lysy, attachés, membres de l'ABC, afin d'accomplir les devoirs d'instruction. Conformément à l'article IV.27, § 4 CDE, l'auditeur général a désigné Monsieur Bert Stulens comme auditeur-conseiller.

3. Le 12 avril 2023, l'auditeur général a déposé, conformément à l'article IV.72 CDE, une requête motivée de mesures provisoires en vue d'encadrer de façon transitoire les relations entre Proximus et EDPnet dans le but de préserver l'effet utile de l'instruction au fond de l'auditeur, et ainsi de prévenir le risque d'entrave substantielle à la concurrence qui pourrait résulter d'une intégration d'EDPnet au sein de Proximus. Cette affaire porte la référence CONC-RPR-23/0002.

4. Le 21 juin 2023, par décision n° ABC-2023-RPR-17 prise en application de l'article IV.73 CDE,¹ le Collège de la concurrence a constaté que la demande de mesures provisoires introduite par l'auditeur général était recevable, et a retenu que l'auditeur général avait démontré l'existence *prima facie* d'un abus de position dominante de la part de Proximus résultant de la reprise d'EDPnet. Le Collège de la concurrence a par suite considéré qu'il était urgent d'adopter des mesures provisoires afin d'éviter

¹ Décision n° ABC-2023-RPR-17 du 21 juin 2023 en application de l'article IV.73 CDE, disponible à l'adresse <https://www.abc-bma.be/sites/default/files/content/download/files/ABC-2023-RPR-17%20PUB.pdf>.

une situation susceptible de nuire à l'intérêt économique général si l'acquisition d'EDPnet par Proximus devenait irréversible. Le Collège de la Concurrence a ainsi ordonné à Proximus (i) d'assurer le maintien de la viabilité, la valeur marchande et la compétitivité d'EDPnet, (ii) de maintenir séparées les activités de Proximus et d'EDPnet, sous la supervision d'un gestionnaire désigné par Proximus au sein du personnel d'EDPnet, (iii) de protéger l'activité d'EDPnet en garantissant que Proximus ne recueille pas d'informations confidentielles concernant EDPnet, et (iv) de nommer un gestionnaire indépendant chargé de contrôler le respect par Proximus des mesures provisoires imposées. Le Collège de la concurrence a décidé que les mesures seraient valables 15 mois et que cette période de validité pourrait le cas échéant faire l'objet d'une prolongation si les circonstances le justifiaient.

5. Le 6 novembre 2023, Proximus et la société Citymesh ont conclu un accord (ci-après, « Accord ») aux termes duquel Proximus cède à Citymesh Operator NV (ci-après, « Citymesh Operator ») la propriété de la société EDPNET Belgium srl (ci-après « EDPnet Belgium »), dans laquelle Proximus a logé les actifs d'EDPnet suite à l'Opération.

II. Entreprises concernées

II.1 Proximus

6. Proximus est une société anonyme de droit public dont le siège social est sis Boulevard du Roi Albert II 27 à 1030 Bruxelles et enregistrée à la Banque-carrefour des entreprises sous le numéro 0202.239.951.

7. Son actionnariat se compose comme suit : l'Etat 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 41,9 % des actions et 43,9 % des droits de vote.²

8. Proximus, anciennement connue sous le nom de Belgacom, est l'opérateur historique de télécommunications en Belgique.³ 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.

9. Par l'intermédiaire de Belgacom International Carrier Services (BICS), Proximus est aussi active dans le domaine des services de communications électroniques de gros à l'échelle internationale. Proximus fournit également une gamme de services informatiques et d'autres services de soutien dans le domaine de l'informatique et de l'intégration des systèmes de communication et d'information, tant en Belgique qu'aux Pays-Bas (par l'intermédiaire de sa filiale Telindus). Proximus exploite enfin une activité de communications électroniques (y compris un réseau de téléphonie mobile) au Luxembourg par l'intermédiaire de sa filiale Tango.

² Voir site internet de Proximus (<https://www.proximus.com/fr/investors/shareholder-structure.html>), consulté le 6 novembre 2023.

³ 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.

10. La Conférence des régulateurs du secteur des communications électroniques (ci-après, « CRC »)⁴ a qualifié Proximus d'opérateur exerçant une influence significative sur différents marchés de gros des services de communications électroniques, et lui a à ce titre imposé des obligations de régulation *ex ante*.⁵

11. Proximus a réalisé un chiffre d'affaires de 5,9 milliards d'euros en 2022, et compte environ 11 500 employés.⁶

II.2 EDPnet Belgium

12. EDPnet Belgium est une société anonyme dont le siège social est sis Bellestraat 30 à 9100 Saint-Nicolas, et enregistrée à la Banque-carrefour des entreprises sous le numéro 0799.091.641. EDPnet Belgium est l'entité juridique dans laquelle Proximus a logé les actifs d'EDPnet suite à l'Opération.

13. 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 xDSL et fibre. En 2022, EDPnet comptait [CONFIDENTIEL] clients mobiles sur le réseau d'Orange et [40 000-50 000] accès fixes sur le réseau de Proximus dont [50-60] % pour des clients résidentiels, [5-10] % pour des clients entreprises et [30-40] % concernent des offres de gros. Parmi ces offres de gros, [20-30] % 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).⁷

14. L'activité d'EDPnet est répartie sur l'ensemble du territoire national : [40-50] % en Flandre, [30-40] % à Bruxelles et [30-40] % en Wallonie.⁸

15. EDPnet est de loin le principal opérateur alternatif offrant des services de gros et de détail au niveau national, et le seul concurrent effectif de Proximus sur les réseaux cuivre et fibre capable de servir des dizaines de milliers de clients, notamment résidentiels.⁹

16. EDPnet a enregistré ces dernières années une croissance notable (de l'ordre de [20 000-30 000] lignes en 2018 à [40 000-50 000] lignes en 2022).¹⁰

17. Pour fournir ses offres d'accès à haut débit sur réseau fixe, EDPnet achète des lignes fixes d'accès central à haut débit (DSL et fibre) à Proximus, dont elle est le premier acheteur (avec un total de [40 000-50 000] lignes fin 2022, EDPnet représentait [50-60] % du nombre total de lignes de gros vendues par Proximus).¹¹

⁴ En raison de la répartition des compétences entre l'Etat 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.

⁵ 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>.

⁶ 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>.

⁷ Décision n° ABC-2023-RPR-17 du 21 juin 2023 en application de l'article IV.73 CDE, paragraphe 36.

⁸ Décision n° ABC-2023-RPR-17 du 21 juin 2023 en application de l'article IV.73 CDE, paragraphe 37.

⁹ Requête motivée de mesures provisoires du 12 avril 2023 dans l'affaire CONC-RPR-23/0002, paragraphe 12.

¹⁰ Observations du Conseil de l'IBPT du 19 septembre 2023 en réponse à une demande de l'ABC dans le cadre de l'affaire CONC-RPR-23/0001, paragraphe 12.2.

¹¹ Décision n° ABC-2023-RPR-17 du 21 juin 2023 en application de l'article IV.73 CDE, paragraphe 37.

18. En ce qui concerne les offres destinées aux clients résidentiels, EDPnet se distingue par une offre de produits Internet standalone présentant un rapport qualité/prix particulièrement attractif. L'Institut belge des services postaux et des télécommunications (ci-après, « IBPT ») souligne que les offres d'EDPnet se classent en effet régulièrement parmi les meilleures dans les comparatifs de prix ou dans le simulateur tarifaire de l'IBPT.¹² En outre, au terme d'une enquête de satisfaction menée en 2022 auprès de ses membres par l'association de consommateurs Test-Achats, EDPnet a obtenu le plus haut score de satisfaction en raison de la vitesse d'upload plus élevée et du volume de téléchargement illimité proposés, à un prix inférieur à ceux proposés par les principaux opérateurs.¹³ Au terme d'une autre enquête de satisfaction menée auprès de 15 000 Belges et dont les résultats ont été publiés début 2023, EDPnet est perçue comme la plus populaire pour l'internet fixe, notamment en raison de ses « *prix imbattables* », et sort également en tête du sondage pour ce qui concerne la téléphonie mobile, en raison notamment de ses prix particulièrement attractifs.¹⁴

19. EDPnet se distingue en outre par son positionnement sur des produits innovants d'internet sans télévision. EDPnet indique ainsi sur son site internet : « *Une nouvelle épopée s'annonce: celle des 'cord cutters'. De plus en plus de gens préfèrent résilier leur abonnement de télévision classique et regarder leurs émissions et séries via le net. Je leur tends la main avec un abonnement 'internet only' concurrentiel. Rapide, peu cher et réellement illimité.* »¹⁵

20. En ce qui concerne les offres destinées aux clients entreprises, l'IBPT souligne qu'EDPnet est le principal opérateur qui n'exerce pas une puissance significative sur le marché au sens de la régulation *ex ante*, et que le rachat d'EDPnet par Proximus fait notamment disparaître du marché de gros une source d'approvisionnement indépendante de Proximus.¹⁶

21. 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 (voir section IV.1 de la présente décision).

22. En 2021, EDPnet a réalisé un chiffre d'affaires de [CONFIDENTIEL] euros, et employait [CONFIDENTIEL] ETP. EDPnet était jusqu'en 2021 une entreprise bénéficiaire.¹⁷

II.3 Citymesh Operator

23. Citymesh Operator est une société anonyme dont le siège social est sis Siemenslaan 13 à 8020 Oostkamp, et enregistrée à la Banque-carrefour des entreprises sous le numéro 0560.806.587.

24. Citymesh Operator est une société sœur de Citymesh Integrator NV (ci-après « Citymesh »), une entreprise fondée en 2006 reconnue par l'IBPT comme opérateur de télécommunications depuis 2015.¹⁸

¹² Observations du Conseil de l'IBPT du 19 septembre 2023 précitées, paragraphe 12.3.

¹³ Article de Test-Achats du 23 juin 2022 intitulé « Les clients Edpnet les plus satisfaits de leur vitesse internet », <https://www.test-achats.be/hightech/telecom/news/enquete-vitesse-internet>.

¹⁴ Article de Test-Achats du 31 janvier 2023 intitulé « Les petits opérateurs à nouveau en tête de notre enquête de satisfaction », <https://www.test-achats.be/hightech/telecom/news/telecom-satisfaction>.

¹⁵ Voir <https://www.EDPnet.be/fr/a-propos-de-nous/a-propos-dEDPnet.html>, consulté le 6 novembre 2023.

¹⁶ Observations du Conseil de l'IBPT du 19 septembre 2023 précitées, paragraphe 12.5.

¹⁷ Décision n° ABC-2023-RPR-17 du 21 juin 2023 en application de l'article IV.73 CDE, paragraphe 36.

¹⁸ Voir Liste des opérateurs de télécommunications : <https://www.ibpt.be/operateurs/publication/liste-des-operateurs-de-telecommunications>

25. Depuis début 2021, Citymesh fait partie du groupe Cegeka, un fournisseur de services informatiques basé en Belgique et actif en Europe.¹⁹

26. Citymesh a conclu un accord de coopération avec l'opérateur de télécommunications DIGI actif en Roumanie, en Espagne, en Italie et au Portugal. En juin 2022, Citymesh et DIGI ont remporté ensemble le spectre nécessaire pour se développer comme quatrième opérateur de réseau mobile en Belgique.²⁰ Citymesh et DIGI ont notamment formé deux joint-ventures, l'une dénommée Insky, pour déployer un réseau 5G à l'échelle nationale,²¹ l'autre dénommée DIGI Communications Belgium, pour la vente de services aux consommateurs.²²

27. L'IBPT souligne que du fait de la forte convergence fixe/mobile,²³ l'impact attendu du quatrième opérateur de réseau mobile ne se situe pas exclusivement sur le marché des services mobiles mais également sur le marché des services à haut débit fixe et relève que, dès décembre 2022, Citymesh/DIGI avait confirmé, par des déclarations à la presse, son intérêt pour le marché fixe.²⁴ Par la suite, dans le cadre de la procédure de réorganisation judiciaire d'EDPnet, Citymesh a remis une offre de reprise via ses filiales CWave SA et Hyrde Networks BV, matérialisant ainsi sa stratégie de double positionnement mobile et fixe.

III. Secteur concerné

28. Le secteur concerné est le secteur belge des télécommunications, prioritaire pour l'ABC.²⁵ Dans la note relative à sa politique de priorités pour l'année 2023, l'ABC relève qu'à la suite de l'acquisition de VOO par Orange, trois grands acteurs nationaux (SMP) sont aujourd'hui actifs en Belgique.

29. Dans sa communication du 16 juillet 2022 concernant l'évolution des marchés du haut débit et de la télévision en Belgique depuis la mise en place du dispositif de régulation *ex ante* de 2018, l'IBPT dresse un état des lieux éclairant du secteur concerné.

30. En premier lieu, l'IBPT relève que le marché belge du haut débit demeure extrêmement concentré, et que les opérateurs Telenet et Proximus au nord du pays, et Proximus et VOO au sud continuent d'y détenir une part de marché cumulée supérieure à 80 %.²⁶

31. En deuxième lieu, l'IBPT souligne que, malgré sa taille modeste, EDPnet est aujourd'hui le plus important opérateur alternatif en termes de nombre de connexions.²⁷

32. En troisième lieu, l'IBPT ajoute que les prix nominaux « *ne baissent quasiment jamais, voire le plus souvent augmentent* », de sorte que « *la Belgique demeure chère en matière de services télécoms*

¹⁹ Décision n° ABC-2023-RPR-17 du 21 juin 2023 en application de l'article IV.73 CDE, paragraphe 39.

²⁰ Observations du Conseil de l'IBPT du 19 septembre 2023 précitées, paragraphe 50.

²¹ Décision n° ABC-2023-RPR-17 du 21 juin 2023 en application de l'article IV.73 CDE, paragraphe 41.

²² Voir notamment le site de DIGI Communications Belgium : <https://fr.digi-belgium.be/over-ons>.

²³ La part des offres groupées incluant une composante mobile (offres « convergentes ») est passée de 22 % des services résidentiels début 2018 à 53 % fin 2022.

²⁴ Observations du Conseil de l'IBPT du 19 septembre 2023 précitées, paragraphe 51.

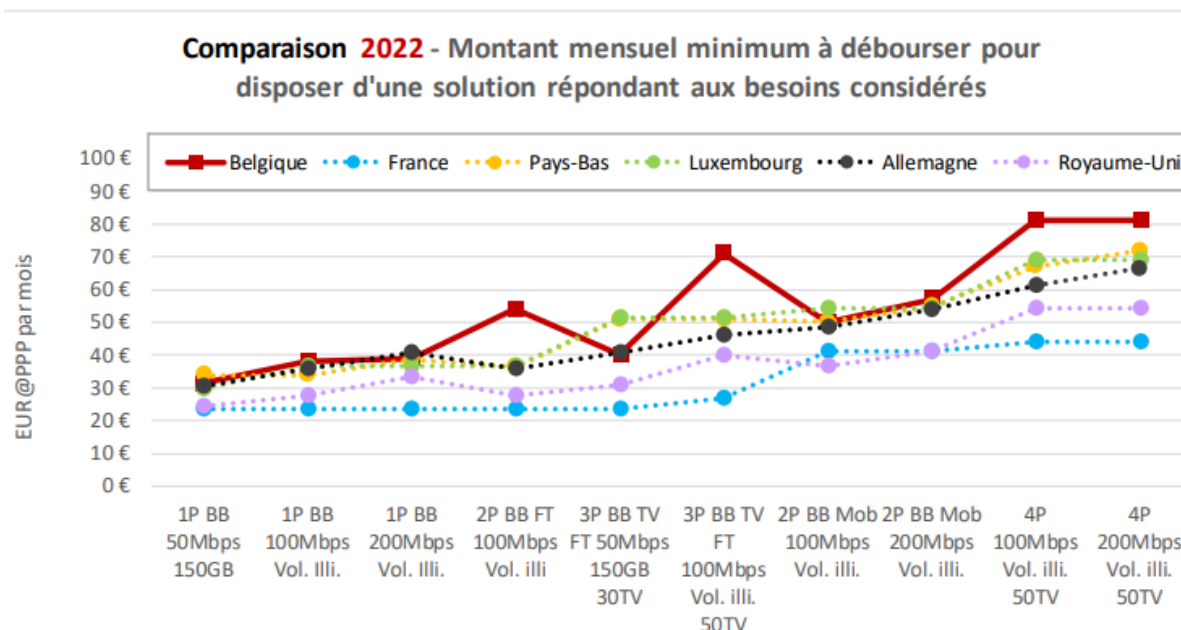
²⁵ Note relative à la politique de priorités de l'ABC pour l'année 2023, page 8.

²⁶ Communication du Conseil de l'IBPT du 16 juillet 2022 concernant l'évolution des marchés du haut débit et de la télévision en Belgique depuis Q1 2018, disponible à l'adresse

<https://www.ibpt.be/consommateurs/publication/communication-du-16-juillet-2022-concernant-levolution-des-marches-du-haut-debit-et-de-la-tellevision-depuis-q1-2018>, § 12.4.

²⁷ Communication du Conseil de l'IBPT du 16 juillet 2022 précitée, § 24.

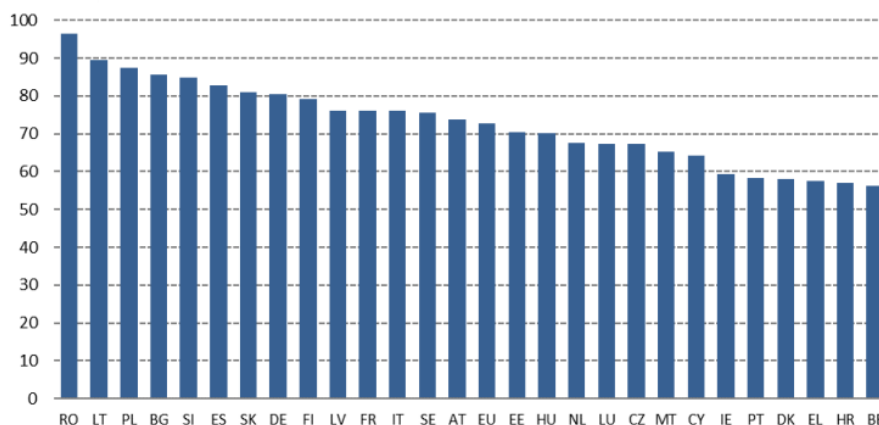
comparativement à ses voisins et, de manière générale, à l'ensemble des pays de l'Union européenne ».²⁸ Le graphique ci-dessous fait ressortir le caractère singulièrement élevé des tarifs de détail des services de télécommunications en Belgique.



Montant mensuel minimum à déboursier, par pays, en octobre 2022, pour disposer d'une solution répondant aux besoins considérés. Les montants sont exprimés en euros à parité de pouvoir d'achat (« EUR@PPP ») – Source : IBPT²⁹

33. En quatrième lieu, l'IBPT souligne que, « malgré la régulation, le niveau de prix des services haut débit en Belgique demeure sensiblement supérieur à celui observé dans les pays voisins ainsi que dans la quasi-totalité de l'Union européenne en général ».³⁰ A cet égard, la Commission européenne classe également la Belgique 27^e sur 27 en ce qui concerne le prix des services internet haut débit, c'est-à-dire le pays où les prix sont les plus élevés.³¹

Figure 38 Broadband price index – all baskets (score 0-100, 100 meaning the lowest prices) 2021



Source: Commission, based on Empirica (Retail broadband prices study)

²⁸ Communication du Conseil de l'IBPT du 16 juillet 2022 précitée, § 12.5.

²⁹ Communication du Conseil de l'IBPT du 14 décembre 2022 concernant l'étude comparative des prix des services télécoms en Belgique et dans les pays voisins [Tarifs d'octobre 2022], page 5.

³⁰ Communication du Conseil de l'IBPT du 16 juillet 2022 précitée, § 15.

³¹ La Belgique est classée 27^e sur 27 dans le rapport DESI 2022 ; voir <https://ec.europa.eu/newsroom/dae/redirection/document/88764>, figure 38, p. 44.

IV. Pratique concernée

34. La pratique concernée en l'espèce consiste dans la reprise des actifs d'EDPnet par Proximus au terme d'un transfert sous autorité judiciaire réalisé dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire.

IV.1 La procédure de réorganisation judiciaire d'EDPnet

IV.1.1 L'examen des offres par le juge

35. Dans le cadre de la procédure de réorganisation judiciaire, une série d'opérateurs dont Proximus, Citymesh et Sewan,³² ont remis une offre pour les actifs d'EDPnet.³³

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

37. Selon le Tribunal de l'entreprise, l'offre de Proximus valorisée par les mandataires de justice à 23,2 millions d'euros était significativement plus élevée que celle de Citymesh valorisée à [CONFIDENTIEL] euros et celle de Sewan valorisée à [CONFIDENTIEL] euros (cf. offres à la fois pour les actifs d'EDPnet NV et EDPnet BV).

38. Les trois offres retenues étant comparables en ce qui concerne la reprise du personnel d'EDPnet et le maintien de l'emploi sous le régime de la Convention collective de travail n° 102,³⁴ le Tribunal de l'entreprise a choisi de retenir celle de Proximus au regard de son montant.

IV.1.2 La requête en intervention volontaire de l'IBPT

39. Le 1^{er} mars 2023, l'IBPT a introduit une requête en intervention volontaire devant le Tribunal de l'entreprise en application de l'article 813 du Code judiciaire.

40. Dans sa requête, l'IBPT explique avoir de sérieuses réserves lorsqu'un opérateur exerçant une influence significative sur un marché souhaite acquérir l'un de ses concurrents. Il souligne à cet égard qu'en acquérant des concurrents, même de taille modeste, les opérateurs puissants retardent (ou entravent) le développement de la concurrence qui est précisément l'objectif de la réglementation *ex ante*.³⁵

41. En l'espèce, l'IBPT a fait valoir que la reprise éventuelle d'EDPnet par Proximus aurait de graves conséquences sur la concurrence sur les marchés du haut débit (résidentiel et professionnel).³⁶

42. En ce qui concerne le marché résidentiel, l'IBPT souligne qu'EDPnet est le seul opérateur alternatif encore significativement actif, et se distingue par ses produits d'internet *standalone*, avec un bon rapport qualité-prix, contribuant ainsi au maintien d'une concurrence par les prix en Belgique. L'IBPT observe à cet égard que la dynamique de l'internet *standalone* est également alimentée par la recherche d'opportunités d'épargne par les ménages dans le contexte actuel d'inflation élevée. L'IBPT ajoute que l'offre résidentielle d'EDPnet est en concurrence directe avec celle des marques Scarlet et

³² 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.

³³ Jugement du Tribunal de l'entreprise de Gand, section Termonde, du 21 mars 2023, point 54.

³⁴ Jugement du Tribunal de l'entreprise de Gand, section Termonde, du 21 mars 2023, point 54.1.

³⁵ Requête en intervention volontaire de l'IBPT devant le Tribunal de l'entreprise de Gand du 1^{er} mars 2023, point 13.

³⁶ *Ibid.*, point 14.

Mobile Vikings qui appartiennent déjà à Proximus, et qu'une reprise d'EDPnet par Proximus entraînerait la disparition de la pression exercée par EDPnet sur Scarlet et Mobile Vikings, en particulier.³⁷

43. En ce qui concerne le marché professionnel, l'IBPT observe qu'EDPnet est désormais l'opérateur alternatif le plus important en Belgique, derrière les trois grands opérateurs de réseaux régulés. Il estime que les conséquences de l'acquisition d'EDPnet par Proximus s'étendraient au-delà de sa propre clientèle étant donné qu'EDPnet revend également des lignes à [CONFIDENTIEL] en combinaison avec des services de gros qu'EDPnet fournit par l'intermédiaire de sa plate-forme de services.³⁸

IV.1.3 L'appréciation de l'offre de Proximus au regard du droit de la concurrence

44. Le Tribunal de l'entreprise, a effectué une appréciation succincte de l'offre de Proximus du point de vue du droit de la concurrence. Dans ce cadre, le tribunal a notamment reconnu que le droit de la concurrence est d'ordre public, qu'une reprise des actifs d'EDPnet par Proximus ne constituait pas une concentration notifiable, que l'hypothèse d'un abus de position dominante de la part de Proximus était spéculatif, qu'il n'existait pas suffisamment d'éléments probants d'une possible ouverture d'instruction et d'une requête en mesures provisoires de la part de l'auditeur général de l'ABC ou d'une demande de renvoi à la Commission européenne sur la base de l'article 22 du Règlement n°139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (ci-après, « Règlement européen sur les concentrations »).³⁹

45. Suite à l'audience du 15 mars 2023, le Tribunal de l'entreprise a pris l'affaire en délibéré et s'est prononcé le 21 mars 2023. Ce faisant, il n'a pas pris en compte les confirmations apportées par l'arrêt *Towercast* de la Cour de justice de l'Union européenne rendu le 16 mars 2023, soit le lendemain de l'audience.⁴⁰

IV.1.4 L'appel interjeté contre le jugement du Tribunal de l'entreprise de Termonde

46. Par requêtes datées du 21 avril 2023 et du 19 juin 2023, Citymesh a fait appel du jugement du Tribunal de l'entreprise auprès de la Cour d'appel de Gand. Cet appel est non-suspensif.

IV.2 Concentration non-notifiable

47. L'Opération constitue une acquisition de contrôle exclusif par Proximus des actifs d'EDPnet et donc une concentration au sens de l'article IV.6, § 1^{er}, 2^e CDE et de l'article 3(1)(b) du Règlement européen sur les concentrations .

48. Compte tenu du chiffre d'affaires réalisé par EDPnet, l'Opération n'atteignait pas les seuils définis à l'article IV.7, § 1^{er} CDE – et *a fortiori* ceux définis à l'article 1^{er} (2) et (3) du Règlement européen sur les concentrations – et n'a pas fait l'objet d'une demande de renvoi à la Commission européenne en application de l'article 22 du Règlement européen sur les concentrations. En conséquence, l'Opération n'a été soumise à aucun examen et autorisation préalable de l'ABC ou de la Commission européenne au titre du contrôle des concentrations.

³⁷ *Ibid.*, point 15.

³⁸ Requête en intervention volontaire de l'IBPT devant le Tribunal de l'entreprise de Gand du 1^{er} mars 2023, point 16.

³⁹ Jugement du Tribunal de l'entreprise de Gand, section Termonde, du 21 mars 2023, points 98 et 101.

⁴⁰ Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 16 mars 2023, affaire C-449/21, *Towercast c. ADLC*.

IV.3 Réalisation de l'Opération et suspension de sa mise en œuvre

49. En exécution du jugement du Tribunal de l'entreprise de Termonde, l'Opération a été réalisée en date du 31 mars 2023 par le biais de l'acte de transfert des actifs d'EDPnet à une nouvelle société, renommée ensuite EDPnet Belgium, dont Proximus est l'unique actionnaire.⁴¹

50. Afin de suspendre la mise en œuvre de l'Opération dans l'attente de la réalisation de l'instruction ouverte le 21 mars 2023, soit le jour même du prononcé du jugement du Tribunal de l'entreprise, visant à déterminer si celle-ci pouvait constituer un abus de position dominante dans le chef de Proximus, l'auditeur général a pour la première fois, le 12 avril 2023, fait usage de sa prérogative lui permettant de solliciter lui-même le prononcé de mesures provisoires par le Collège de la concurrence. Les mesures provisoires demandées par l'auditeur général quasi-concomitamment à la réalisation de l'Opération visaient à assurer la continuité des activités d'EDPnet tout en garantissant son indépendance opérationnelle et commerciale vis-à-vis de Proximus, ainsi que la sécurité juridique de l'ensemble des entités concernées.

51. Le 21 juin 2023, le Collège de la concurrence a adopté une décision constatant l'existence *prima facie* d'un abus de position dominante dans le chef de Proximus et ordonnant des mesures provisoires (cf. paragraphe 4 ci-dessus) pour une durée de 15 mois prolongeable. En exécution de ces mesures provisoires, la société Monitoring Trustee Partners a été nommée en date du 24 juillet 2023 en tant que mandataire indépendant chargé de contrôler le respect par Proximus des mesures provisoires imposées, après approbation par l'auditeur général.

V. Droit applicable

V.1 Applicabilité du droit de l'Union

V.1.1 Principes

52. L'article 102 TFUE interdit l'exploitation abusive par une ou plusieurs entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci « *dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté* ».

53. Il ressort de la communication de la Commission européenne portant lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité CE (devenus les articles 101 et 102 TFUE) que les termes « *susceptible d'affecter* » énoncés à l'article 102 TFUE « *suppose[nt] que l'accord en cause doit, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échange entre États membres* ». ⁴² La Commission européenne précise « *qu'il n'est pas obligatoire que l'accord ou la pratique affecte, ou ait affecté, réellement le commerce entre États membres pour que l'applicabilité du droit [de l'Union] soit établie* ». Il suffit en effet d'établir qu'il est « *de nature* » à affecter le commerce entre États membres. ⁴³ A cet égard, le Tribunal, dans un arrêt du 14 décembre 2006, *Raiffeisen Zentralbank Österreich e.a./Commission*, a jugé « *qu'il existe, à tout le moins, une forte présomption qu'une pratique restrictive de la concurrence appliquée à l'ensemble du territoire d'un État membre soit*

⁴¹ Décision n° ABC-2023-RPR-17 du 21 juin 2023 en application de l'article IV.73 CDE, paragraphe 45.

⁴² Communication de la Commission européenne portant lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité (2004/C 101/07), paragraphe 23.

⁴³ *Ibid.*, paragraphe 26.

susceptible de contribuer au cloisonnement des marchés et d'affecter les échanges intracommunautaires ». ⁴⁴

54. Par ailleurs, pour que l'article 102 TFUE s'applique, cette possible affectation doit être sensible. ⁴⁵ La Commission européenne retient que « [l]'appréciation du caractère sensible dépend des circonstances de chaque espèce, et notamment de la nature de l'accord ou de la pratique, de la nature des produits concernés et de la position de marché des entreprises en cause. [...] Plus la position de marché des entreprises en cause est forte, plus il est probable qu'un accord ou une pratique susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres pourra être considéré comme le faisant de façon sensible ». ⁴⁶

55. Enfin, la Commission ajoute que « [l]es entraves abusives à l'entrée qui affectent la structure concurrentielle du marché à l'intérieur d'un État membre, par exemple en éliminant ou en menaçant d'éliminer un concurrent, peuvent également affecter le commerce entre États membres. [...] L'incidence dissuasive du comportement abusif sur d'autres concurrents peut affecter le commerce. Si, par des agissements répétitifs, l'entreprise dominante a acquis la réputation d'adopter des pratiques d'éviction envers les concurrents qui tentent de se lancer dans une concurrence directe, les concurrents d'autres États membres sont susceptibles de se montrer moins agressifs sur le marché, ce qui risque d'affecter le commerce, même si, en l'espèce, la victime n'est pas d'un autre État membre ». ⁴⁷

V.1.2 Application au cas d'espèce

56. En l'espèce, EDPnet et Proximus sont actives sur l'ensemble du territoire belge. La pratique en cause consistant à éliminer EDPnet en tant que concurrent couvre donc l'ensemble du territoire national et est dès lors susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres.

57. En outre, au vu du mouvement d'acquisitions successives d'opérateurs alternatifs par Proximus dans lequel s'inscrit la pratique en cause, ⁴⁸ les concurrents d'autres États membres qui tentent de se lancer dans une concurrence directe sont susceptibles de se montrer moins agressifs sur le marché belge.

58. Enfin, EDPnet et Proximus sont à la fois actives en Belgique et aux Pays-Bas. Leurs activités présentent ainsi un caractère transfrontalier.

59. Au vu de ce qui précède, l'auditeur retient que la pratique en cause est susceptible d'affecter le commerce entre États membres et d'être qualifiée au regard de l'article 102 TFUE, en sus de l'article IV.2 CDE.

⁴⁴ Arrêt du Tribunal du 14 décembre 2006, *Raiffeisen Zentralbank Österreich e.a./Commission*, T-259/02 à T-264/02 et T-271/02, Rec. p. II-5169, point 181.

⁴⁵ *Ibid.*, paragraphe 44.

⁴⁶ *Ibid.*, paragraphe 45.

⁴⁷ *Ibid.*, paragraphe 94.

⁴⁸ L'acquisition d'EDPnet fait donc suite à celle de Scarlet en 2008, puis de Mobile Vikings en 2021 (Requête motivée de mesures provisoires du 12 avril 2023).

V.2 Applicabilité du droit des pratiques anticoncurrentielles aux concentrations non-notifiables

V.2.1 Principes

60. Dans l'arrêt qu'elle a rendu le 16 mars 2023 dans l'affaire C-449/21, *Towercast*, la Cour de justice de l'Union européenne a clarifié qu'« une opération de concentration n'atteignant pas les seuils de contrôle préalable prévus respectivement par le règlement n° 139/2004 et par le droit national applicable peut se voir appliquer l'article 102 TFUE lorsque sont réunies les conditions prévues à cet article pour établir l'existence d'un abus de position dominante », et qu'il « appartient notamment à l'autorité saisie de vérifier que l'acquéreur qui est en position dominante sur un marché donné et qui a pris le contrôle d'une autre entreprise sur ce marché a, par ce comportement, entravé substantiellement la concurrence sur ledit marché ». La Cour a ajouté à cet égard 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 (voir, en ce sens, arrêts du 21 février 1973, *Europemballage et Continental Can/Commission*, 6/72, EU:C:1973:22, point 26, ainsi que du 16 mars 2000, *Compagnie maritime belge transports e.a./Commission*, C-395/96 P et C-396/96 P, EU:C:2000:132, point 113) ».⁴⁹

61. Ce faisant, la Cour de justice a réaffirmé que l'article 102 TFUE – en tant que norme de droit primaire – est d'applicabilité directe.

V.2.2 Application au cas d'espèce

62. En l'espèce, comme indiqué à la section IV.2 de la présente décision, l'Opération n'était pas une concentration notifiable auprès de la Commission européenne ou de l'ABC compte tenu du chiffre d'affaires réalisé par EDPnet.

63. Le 21 mars 2023, l'auditeur général a justifié sa décision d'ouvrir une instruction d'office dans la présente affaire par :

- l'arrêt de la Cour de justice du 16 mars 2023 dans l'affaire *Towercast* 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 avaient été portés à sa connaissance par l'IBPT.⁵⁰

64. Dans sa décision du 21 juin 2023 précitée, le Collège de la concurrence a confirmé la légalité de l'ouverture de l'instruction d'office ouverte en l'espèce le 21 mars 2023 sur la base de la jurisprudence *Towercast*,⁵¹ confirmant ainsi la faculté pour l'ABC d'appliquer la notion d'abus de position dominante aux opérations de concentration non-notifiables, et ce sans condition supplémentaire et/ou restriction distincte de l'opération en question.

⁴⁹ Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 16 mars 2023 dans l'affaire C-449/21, paragraphe 52.

⁵⁰ Décision n° ABC-2023-RPR-17 du 21 juin 2023 en application de l'article IV.73 CDE, paragraphe 52.

⁵¹ Décision n° ABC-2023-RPR-17 du 21 juin 2023 en application de l'article IV.73 CDE, paragraphe 106 et suivants.

VI. Mesures d’instruction

65. Au stade actuel de l’instruction de la présente affaire, l’auditeur a envoyé quatre demandes de renseignements à Proximus, une demande de renseignements à EDPnet, et des questionnaires à environ 150 clients entreprises de Proximus et d’EDPnet. En ce qui concerne la fourniture de services de télécommunications à la clientèle résidentielle, l’auditeur a recueilli des éléments auprès l’association de consommateurs Test-Achats.

66. L’auditeur a également procédé à l’audition d’EDPnet, de Citymesh et des principaux autres opérateurs actifs sur les marchés pertinents, à savoir [CONFIDENTIEL], [CONFIDENTIEL], [CONFIDENTIEL], [CONFIDENTIEL], [CONFIDENTIEL] et [CONFIDENTIEL].

67. Par ailleurs, l’auditeur a sollicité l’expertise de l’IBPT conformément à l’article 3 de l’arrêté royal du 8 mai 2014 concernant la coopération entre l’IBPT et l’ABC. Deux demandes de renseignements ont ainsi été adressées au régulateur sectoriel, dont une portant spécifiquement sur les données du secteur des télécommunications en Belgique. En outre, par un courrier du 20 juillet 2023, l’auditeur a adressé à l’IBPT une demande d’observations, à laquelle l’IBPT a répondu le 19 septembre 2023.⁵²

68. Enfin, l’auditeur a obtenu et procédé au dépouillement de près de 44 000 documents internes produits par Proximus en réponse à des demandes de renseignements.⁵³

VII. Motivation de la clôture de l’instruction

VII.1 Principes

69. En matière d’instruction d’office, l’article IV.45, al. 1^{er} CDE dispose que :

« L’auditeur peut, après avis de l’auditeur-conseiller, décider de mettre fin, partiellement ou entièrement, à une instruction d’office, à l’égard de certaines ou de toutes les parties concernées :

[...]

3° si l’affaire n’est pas considérée comme une priorité ou ne justifie pas une instruction eu égard aux moyens disponibles. »

70. L’article IV.45, al. 2 CDE dispose quant à lui que « [l]’auditeur général peut relancer l’instruction vis-à-vis d’une partie concernée sur la base de nouveaux éléments ou développements. »

VII.2 Réexamen du statut prioritaire de l’affaire

VII.2.1 Généralités

71. Il ressort de la note relative à sa politique de priorités pour 2023 que l’ABC choisit de concentrer ses interventions sur les cas où l’impact positif attendu de ses actions est le plus important, en tenant compte des ressources nécessaires pour mener celles-ci à bien.⁵⁴ Ainsi, l’identification des affaires

⁵² Observations du Conseil de l’IBPT du 19 septembre 2023 en réponse à une demande de l’ABC dans le cadre de l’affaire CONC-RPR-23/0001.

⁵³ Ces documents incluent mais ne sont pas limités à l’ensemble des analyses, mémorandums, rapports, examens, évaluations, présentations, courriels, messages, sous quelque forme que ce soit (documents électroniques ou papier), produits en interne ou par des tiers (tels que des consultants externes ou des institutions financières ou d’investissement).

⁵⁴ Note relative à la politique de priorités de l’ABC pour l’année 2023, page 5.

prioritaires résulte d'un examen au cas par cas. Pour ce faire, l'ABC tient compte des quatre facteurs suivants :

- l'impact, à savoir le dommage direct causé par la pratique en cause sur les prix, la qualité des produits ou services offerts aux consommateurs, ainsi que l'effet dissuasif d'autres infractions dans des secteurs connexes ou encore l'impact sur la chaîne de valeur lorsque la pratique en cause a une incidence sur son fonctionnement ;
- l'importance stratégique de l'affaire, notamment lorsque le secteur concerné est prioritaire ou lorsque l'affaire peut avoir valeur de précédent ;
- les risques que l'enquête n'aboutisse pas à un résultat utile ; et
- les ressources nécessaires.⁵⁵

VII.2.2 Caractère prioritaire de l'affaire

72. L'affaire en cause, référencée CONC-RPR-23/0001, revêtait jusqu'ici un caractère prioritaire pour les raisons exposées ci-dessous.

73. En premier lieu, la note relative à la politique de priorités de l'ABC pour 2023 indique que le secteur des télécommunications reste prioritaire pour l'ABC et que toute nouvelle consolidation sur les marchés des télécommunications fera l'objet d'une enquête approfondie.⁵⁶

74. En deuxième lieu, dans sa décision n° ABC-2023-RPR-17 précitée, le Collège de la concurrence est parvenu à la conclusion que, par l'acquisition d'EDPnet, il n'était manifestement pas déraisonnable de considérer :

- « que Proximus détient une position dominante sur [le] marché [national des accès de gros centraux au réseau cuivre/fibre] » ;⁵⁷
- « que l'acquisition d'EDPnet par Proximus va effectivement conduire à éliminer le seul concurrent de Proximus sur le marché de gros pertinent [...] et à ne laisser subsister sur ce marché que des acteurs dépendant dans leur comportement de l'entreprise dominante sur ce marché de gros » ;⁵⁸
- « 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 » ;⁵⁹
- « que Proximus élimine un concurrent proche de ses marques Scarlet et Mobile Vikings et [était] 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 ».⁶⁰

⁵⁵ Note relative à la politique de priorités de l'ABC pour l'année 2023, annexe intitulée « Cadre analytique relatif à l'identification des cas d'infraction prioritaires ».

⁵⁶ *Ibid.*, page 8.

⁵⁷ Décision n° ABC-2023-RPR-17 du 21 juin 2023 précitée, paragraphe 142.

⁵⁸ Décision n° ABC-2023-RPR-17 du 21 juin 2023 précitée, paragraphe 150.

⁵⁹ Décision n° ABC-2023-RPR-17 du 21 juin 2023 précitée, paragraphe 155.

⁶⁰ Décision n° ABC-2023-RPR-17 du 21 juin 2023 précitée, paragraphe 165.

75. Le Collège de la concurrence a ainsi retenu que l'Opération constituait *prima facie* un abus de position dominante contraire à l'article 102 TFUE et à l'article IV.2 CDE⁶¹ car elle risquait de réduire la concurrence de façon substantielle en raison de (i) l'élimination d'EDPnet en tant qu'opérateur alternatif indépendant actif à la fois sur les marchés de gros et de détail de l'internet haut débit, et (ii) des barrières à l'entrée et à l'expansion de Citymesh/DIGI qui en résulteraient dans le cadre du scénario contrefactuel pertinent retenu par l'auditeur général, c'est-à-dire en cas d'acquisition d'EDPnet par Citymesh au regard de la valorisation de son offre dans le cadre de la procédure de transfert judiciaire.

76. En troisième lieu, outre l'IBPT, certains acteurs ont indiqué au cours de l'instruction qu'ils percevaient négativement l'incidence de la reprise des activités d'EDPnet par Proximus sur la situation concurrentielle du secteur des services de télécommunications en Belgique.

VII.2.3 Accord pour la cession d'EDPnet à Citymesh Operator

77. Le 6 novembre 2023, Proximus a conclu l'Accord en vertu duquel elle s'engage de façon contraignante à céder la propriété d'EDPnet Belgium à Citymesh Operator, société sœur de Citymesh et, par extension, des sociétés communes entre Citymesh et DIGI, avec lesquelles elle forme une seule et même entreprise.

78. La négociation de l'Accord a été portée à la connaissance de l'auditeur général et de l'auditeur en temps utile.

79. L'Accord signé a ensuite été transmis à l'auditeur général et à l'auditeur, de sorte que ses termes ont été dûment pris en compte dans la préparation de la présente décision.

VII.2.4 Réexamen du statut prioritaire de l'affaire

80. Au vu de ce qui précède, malgré le constat dressé par le Collège de la concurrence dans sa décision n° ABC-2023-RPR-17 précitée que l'Opération constitue, *prima facie*, un abus de position dominante contraire aux articles IV.2 CDE et 102 TFUE, d'une part, et les préoccupations d'un certain nombre d'acteurs du secteur exprimées au cours de l'instruction, d'autre part, l'auditeur considère que la conclusion de l'Accord justifie le réexamen du statut prioritaire de l'affaire pour les raisons suivantes.

81. En premier lieu, du fait de la conclusion de l'Accord au cours de la période de mise en œuvre des mesures provisoires ordonnées par le Collège de la concurrence le 21 juin 2023, EDPnet n'aura jamais été intégrée à Proximus et sera toujours restée indépendante de Proximus sur les plans opérationnel et commercial. Ainsi, le risque de dommage à l'intérêt économique général causé par la pratique en cause aura été circonscrit dans la plus grande mesure possible.

82. En deuxième lieu, l'Accord donne corps au scénario contrefactuel identifié par l'auditeur général dans sa requête motivée de mesures provisoires du 12 avril 2023, dont la pertinence a été confirmée par le Collège de la concurrence dans sa décision du 21 juin 2023.

83. A cet égard, dans ses observations du 19 septembre 2023, l'IBPT a également souligné que « [l]e rachat d'EDPnet permettrait à Citymesh/DIGI de se développer sur le marché du haut débit plus rapidement (en acquérant une base de clientèle) et/ou plus efficacement (en utilisant les actifs et les compétences d'EDPnet pour offrir des services fixes ou convergents fixe/mobile). Sans le rachat d'EDPnet, le développement de Citymesh/DIGI prendra beaucoup plus de temps. L'expérience montre qu'il a fallu 3 ans à Orange pour atteindre une part de marche de 5 % et 6 ans pour atteindre une part

⁶¹ *Ibid.*

de marche de 10 %, et ce alors qu'Orange était déjà un acteur bien établi sur le marché mobile, ce qui n'est pas le cas de Citymesh/DIGI. »⁶²

84. Ainsi, la reprise d'EDPnet par un opérateur nouvel entrant est de nature à préserver et à renforcer à terme la concurrence dans le secteur des télécommunications en Belgique, au bénéfice des clients finals entreprises et particuliers, et à rencontrer de ce fait les préoccupations de l'auditeur général ayant donné lieu à l'ouverture de l'instruction d'office en l'espèce et à la demande de mesures provisoires. Selon l'auditeur, l'Accord apparaît également de nature à rencontrer les préoccupations de l'IBPT telles que soumises au Tribunal de l'entreprise, et réitérées depuis lors.

85. En troisième lieu, l'auditeur considère que le rétablissement des conditions de concurrence préalables à l'Opération, voire leur amélioration possible à terme, compte tenu des dispositions et du caractère structurel de l'Accord, l'emporte sur l'intérêt d'établir au fond l'existence d'un abus de position dominante et d'imposer le cas échéant un remède et/ou une amende, à l'échéance de plusieurs mois. En outre, l'Accord permet à l'ABC de réaliser une économie substantielle de moyens et donc de renforcer l'efficacité de son action.

86. Par ailleurs, l'auditeur général conserve en vertu de l'article IV.45, al. 2 CDE la possibilité de relancer l'instruction sur la base de nouveaux éléments ou développements, le cas échéant au cas où la transaction prévue par l'Accord ne se réaliserait pas.

VII.3 Conclusion

87. Au vu de ce qui précède, sans préjudice de la qualification de la pratique en cause au regard des articles IV.2 CDE et 102 TFUE, l'auditeur considère, en application de l'article IV.45, al. 1^{er}, 3^o CDE, que l'affaire CONC-RPR-23/0001 (i) ne revêt plus un caractère prioritaire et (ii) ne justifie plus une instruction eu égard aux moyens disponibles. En conséquence, l'auditeur considère qu'il peut être mis fin à l'instruction au fond.

VIII. Décision

88. Conformément à l'article IV.45, al. 1^{er}, 3^o CDE et après avis de l'auditeur-conseiller, l'auditeur décide de mettre fin à l'instruction d'office dans l'affaire référencée CONC-RPR-23/0001.

Bruxelles, le 6 novembre 2023,

Elisabeth Marescaux
Auditeur

⁶² Observations de l'IBPT du 19 septembre 2023 précitées, paragraphe 52.