

L'émancipation du Conseil de la concurrence ?

Note sous la décision du Conseil de la concurrence du 26 mai 2009 dans l'affaire *Base/BMB*

Nicolas Petit* & Elise Provost**

Introduction

Enième avatar de la bataille juridique opposant les opérateurs alternatifs de communications électroniques à l'ancien monopole public Belgacom¹, la décision commentée constitue une première pour Conseil de la concurrence (« le Conseil ») à plus d'un titre :² première condamnation de l'opérateur historique, première caractérisation d'un ciseau tarifaire abusif³, pre-

mière décision infligeant une amende aussi élevée en Belgique.⁴ Après des années de carence dans l'application des règles de concurrence au secteur des communications électroniques le Conseil paraît vouloir renverser la vapeur. Sonne peut-être – comme nous l'avons écrit précédemment – la « *fin de la récréation pour l'opérateur historique* ».⁵ Il faut sans doute s'en féliciter, la Belgique figurant depuis longtemps parmi les mauvais élèves de l'ouverture à la concurrence des industries de réseaux.⁶

Plus fondamentalement, le Conseil semble aussi vouloir s'émanciper d'autres corps de règles. Ainsi, le Conseil semble prendre ses distances – non sans précautions toutefois – avec plusieurs principes solidement établis en droit européen. Cette observation s'applique à trois des grandes probléma-

* Chargé de cours, Faculté de droit et de science politique, Université de Liège (ULg), co-directeur de l'Institut d'Etudes Juridiques Européennes (www.ieje.net), Directeur du Global Competition Law Centre (« GCLC »), Collège d'Europe. Nicolas.petit@ulg.ac.be

** Doctorante, Faculté de droit et de science politique, Université de Liège (ULg). eprovost@doct.ulg.ac.be

Les auteurs souhaitent remercier M. Abenaim et A. de Strel pour leurs utiles commentaires.

¹ Voir, notamment, Hof Van Beroep te Brussel, 2006/MR/3,18 décembre 2007, Télé 2 c/ Belgacom (Happy Time). Voir aussi, T. Com. Bruxelles, 29 mai 2007, Base et Mobistar c/ Belgacom Mobile.

² Malheureusement, la décision contient quelques erreurs formelles malencontreuses. Si ces erreurs ne prêtent pas à conséquence au fond, elles adressent des signaux contre-productifs. Elles donnent l'impression (gênante) que le travail rédactionnel réalisé manque de sérieux. Au paragraphe 98, par exemple, le Conseil indique qu'aux fins de définition du marché pertinent, « *l'approche la plus utilisée est basée sur la substituabilité de l'offre* »... Au paragraphe 180, la décision nous parle encore de « *preuve des faits d'éviction* », et non de « *preuve d'effets d'éviction* ».

³ Le Tribunal de commerce de Bruxelles a, dans une affaire intéressant le même comportement, considéré qu'il se pouvait que BMB ait pratiqué un ciseau tarifaire anticoncurrentielle. Voir T. Com. Bruxelles, 29 mai 2007, *préc.*, supra note 1.

⁴ D'ores et déjà, ses suites sont annoncées : des demandes de dommages-intérêts semblent ainsi avoir été introduites par certains de ses concurrents devant le juge ordinaire. Par ailleurs, la décision du Conseil fait l'objet de plusieurs recours devant la Cour d'appel de Bruxelles. Cette dernière a déjà rendu un arrêt, le 6 mai dernier, sur les questions procédurales. Voir *Les opérateurs télécos réclament des dommages à Proximus*, L'echo, 29 octobre 2009, http://www.lecho.be/actualite/entreprises_medias_telecom/Les_operateurs_telecos_reclament_des_dommages_a_Proximus.8252683-595.art?p=db. CA Bruxelles, 2010/3403, 6 mai 2010, Belgacom v/ Base.

⁵ Voir, en matière de contrôle des concentrations, I. DAEMS et N. PETIT, « *La fin de la récréation pour l'opérateur historique? Annotation de la décision du Conseil de la concurrence dans l'affaire Belgacom/Scarlet, 7 novembre 2008* », *Revue de la concurrence belge*, 3, 2009.

⁶ Voir, en ce qui concerne le secteur des communications électroniques, le dernier rapport de la Commission sur le marché unique des communications électroniques ; 15th Progress Report on the Single European Electronic Communications Market – 2009, May 2010.

tiques abordées dans la décision: l'articulation entre régulation sectorielle (*ex ante*) et règles de concurrence (*ex post*) (2) ; la caractérisation d'un ciseau tarifaire abusif (3) ; et la détermination de la sanction applicable (4). Avant d'approfondir chacune de ces problématiques, une présentation de la décision s'impose (1).⁷

I. Faits, procédure et décision finale du Conseil

Octobre 2005 : Base – l'un des deux opérateurs de réseaux alternatifs de téléphonie mobile du Royaume – introduit devant le Conseil une plainte à l'encontre de Belgacom Mobile (« BMB ») et de sa société mère Belgacom (« BGC »). Elle y allègue que BMB et BGC abuseraient de leur(s) position(s) dominante(s) sur les marchés (i) de la fourniture de services de téléphonie mobile aux clients professionnels et (ii) des appels fixes vers mobiles, en violation de l'article 3 de la LPCE.⁸

Le rapport que soumet l'auditeur en avril 2008 est accablant pour BMB, qui se voit reprocher cinq abus de position dominante sur le fondement du droit belge mais aussi du droit européen: discrimination tarifaire sur le marché de gros (application de charges de terminaison d'appel différentes en interne et en externe)⁹ ; prix excessifs sur le marché de gros (facturation aux concurrents de charges de terminaison d'appel excessives) ; ciseau tarifaire ; rabais fidélisants sur le marché de détail ; discrimination tarifaire entre tarifs « off net » et « on net » de BMB sur le marché de détail.¹⁰ L'auditeur demande au Conseil d'ordonner la cessation des pratiques abusives. Il demande aussi au Conseil d'infliger une amende à BMB en application de l'article 36§1 de la LPCE, mais considère qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur le *quantum* de la sanction.

Le 26 mai 2009, le Conseil rend sa décision. Une fois réglées les questions de procédure,¹¹ le Conseil donne le « la » en décrivant le contexte du marché, un contexte de marché déséquilibré. BMB est certes un fournisseur de services de téléphonie mobile opérant sur un marché ouvert à la concurrence. Il jouit toutefois d'une « *position particulière* », notam-

ment du fait de son appartenance au groupe « *qui constitue l'opérateur historique pour la téléphonie en général, et qui fut le premier opérateur pour la téléphonie mobile* ».¹²

La décision s'attache alors à identifier les marchés en cause.¹³ L'affaire intéresse à la fois les services amont de terminaison d'appel et les services aval de téléphonie mobile. La délimitation du marché amont est vite réglée par le Conseil, qui peut s'appuyer sur « *une pratique constante aussi bien au niveau européen qu'au niveau belge* ».¹⁴ BMB achemine vers ses abonnés des appels émis à partir de réseaux concurrents. Elle facture à ses concurrents ce service dit de « terminaison » et fournit donc sur le marché des prestations de terminaison d'appel vocal sur son propre réseau mobile.

La décision revient plus longuement sur les activités aval de téléphonie mobile. Le Conseil distingue d'abord sans difficulté les services de téléphonie fixe des services de téléphonie mobile.¹⁵ Les débats intéressent ensuite la question de savoir si une segmentation plus fine du marché s'impose. L'auditeur s'appuie sur la distinction entre clientèle professionnelle et clientèle résidentielle pour soutenir une délimitation étroite du marché, discutée, mais encore jamais clairement affirmée dans la pratique décisionnelle européenne et belge rendue dans ce secteur.¹⁶ Selon l'Auditeur, les pratiques en cause interviendraient sur le marché des « *services de téléphonie mobile pour clients professionnels ayant des exigences particulières* », distinct du marché des services de téléphonie mobile pour clients résidentiels (ou privés). Le raisonnement de l'auditeur repose notamment sur l'existence de besoins distincts entre clientèle professionnelle et résidentielle et d'offres commerciales spécifiques à destination de chacune des deux clientèles.¹⁷

BMB a critiqué cette délimitation basée sur les « *exigences particulières* ». Son argumentation est double. D'abord, le raisonnement de l'auditeur reviendrait à délimiter un marché par client. Les exigences particulières dont il est ici question manqueraient en effet « *d'homogénéité* » car les besoins « *sont aussi variés qu'il y a de clients professionnels* ».¹⁸ Ensuite, BMB propose de prendre du champ vis-à-vis de la

¹² Décision, pt 81.

¹³ L'analyse des marchés débute par une présentation du cadre réglementaire applicable aux charges de terminaison.

¹⁴ Décision, pts 128 et s.

¹⁵ Décision, pts 100-101.

¹⁶ Au niveau européen, jusqu'à présent, la question de la délimitation précise du marché a été laissée ouverte. Voir, notamment, en matière de contrôle des concentrations, la récente décision de la Commission relative à la concentration T-mobile/Orange et la jurisprudence et pratique décisionnelle citées. Commission, COMP/M.5650 -T-Mobile/ Orange, 1^{er} mars 2010.

Au niveau belge, voir notamment, en matière de concentration, la décision 2006-C/C-23 du 30 octobre 2006, Belgacom Mobile/ Vodafone Belgium SA ; voir encore, le jugement du Tribunal de commerce de Bruxelles, T. Com. Bruxelles, 29 mai 2007, *préc.*, supra note 1 (retenant un marché, « large », de la téléphonie mobile).

¹⁷ Décision, pts 102 et s.

¹⁸ Décision, pts 111 et s.

délimitation de marché : il existe certes des différences au sein de la demande mais celles-ci ne sont pas structurantes. Selon BMB, une partie importante de la clientèle professionnelle « présente des habitudes de consommation proches des clients résidentiels ». BMB conclut donc à l'existence d'un marché général des services de mobilophonie.¹⁹ On notera que Base avait quant à elle proposé une délimitation de marché basée sur la distinction des offres « pre-paid » et des offres « post-paid », que le Conseil rejette faute d'être convaincu par l'absence de substituabilité entre les offres.²⁰

Cette question offre au Conseil une première occasion d'affirmer sa singularité. Il n'est pas inutile de citer ici *in extenso* la décision :

« Pour les besoins de l'analyse dans le cas d'espèce, le Conseil retient le marché de la téléphonie mobile comme le marché pertinent clairement distinct, tout en ayant également égard également à des segments au sein de ce marché qui présentent des caractéristiques propres, principalement en vue des stratégies commerciales de tous les concurrents, sans pour autant pouvoir considérer qu'il s'agit de marchés distincts. Le marché de la téléphonie mobile offert aux clients professionnels ayant des exigences particulières constitue un segment du marché pertinent qui sera examiné en tant que tel par le Conseil pour autant que besoin par la suite ». ²¹

Enigmatique, la formulation de la décision révèle bien le dilemme auquel se trouvait confronté le Conseil, appelé à délimiter le marché aval de la téléphonie mobile : d'un côté, les offres différentes adressées à certains professionnels semblent correspondre à des besoins différents ; de l'autre, il paraît particulièrement difficile de définir un marché plus restreint dès lors qu'aucune homogénéité suffisante n'existerait entre les diverses offres adressées aux clients ayant des exigences particulières et qu'aucun critère objectif et non controversé ne permettrait de distinguer un marché pertinent pour ces offres.²²

Le Conseil semble néanmoins vouloir dépasser la jurisprudence européenne qui s'est jusqu'à présent contentée de laisser la question ouverte et rejoindre la pratique d'autres autorités, comme celle de l'autorité de concurrence française dans l'affaire *Oranges Caraïbes*.²³ L'affirmation selon laquelle certains segments de marché doivent être examinés « *en tant que tel(s)* » le démontre. Le Conseil est enfin plus

¹⁹ Décision, pts 111 et s.

²⁰ Décision pt 126.

²¹ Décision, pts 127.

²² Décision pts 123 et s.

²³ Voir, Adlc, Décision n° 09-D-36 du 9 décembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par Orange Caraïbe et France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Guyane. Voir aussi, T. Com. Bruxelles, 29 mai 2007, *préc.*, supra note 1.

affirmatif pour déclarer que le marché pertinent est de taille nationale, et que le commerce entre Etats membres est affecté de sorte que l'article 82 du Traité instituant la Communauté Européenne (« TCE ») est applicable aux cotés de l'article 3 de la LPCE.

Sur ce marché pertinent à géométrie variable, le Conseil estime que BMB détient une part de marché située entre 50 et 70%. Cette observation factuelle n'appelle en soi aucun commentaire. On regrettera toutefois que le Conseil ait trouvé opportun de préciser qu'« *une part de marché de plus de 40% n'est peut être pas décisive mais constitue un indice très important de l'existence d'une position dominante* ». Bien qu'une part de marché de 40% puisse être suffisante pour établir une position dominante, il faut rappeler qu'au sens de la jurisprudence AKZO, la présomption de position dominante ne s'applique qu'à partir d'un seuil de 50% de parts de marché.²⁴ Pour sa part, la Commission retient l'approche inverse de celle du Conseil : c'est au contraire une présomption simple d'inexistence de position dominante qui, en dessous de 40%, guide son analyse. Sa Communication relative aux orientations sur l'article 82 TCE prévoit ainsi que « *si la part de marché de l'entreprise représente moins de 40 % du marché en cause, il est peu probable qu'elle s'y trouve en position dominante* ». ²⁵ Certes, en l'espèce, cette erreur ne prêtait pas à conséquence (BMB jouissait d'une part de marché supérieure à 50%). Néanmoins, elle est problématique pour l'ensemble des sujets de droits – notamment, entreprises et leurs conseils – qui escomptent trouver dans les décisions du Conseil une source d'informations fiable pour l'auto-évaluation de leurs pratiques.

Les propos du Conseil relatifs à l'asymétrie de parts de marché entre BMB et ses plus proches concurrents, ou aux « *autres facteurs* » accréditant l'existence d'une position dominante sont en revanche moins iconoclastes. Ainsi, l'existence d'un réseau de vente « *extrêmement développé* », les

²⁴ CJE, C-62/86, 3 juillet 1991, AKZO Chemie BV c/ Commission, pt 60.

²⁵ Voir Communication – Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'évitement abusives des entreprises dominantes, février 2009, pt 14. La Communication ajoute, dans ce qui ressemble à une exception, qu'« *Il peut toutefois y avoir des cas au-dessous de ce seuil dans lesquels les concurrents ne sont pas en mesure de brider efficacement le comportement d'une entreprise en position dominante, notamment lorsqu'ils sont confrontés à de fortes limitations de capacité* ». Il convient ici de noter que les instruments de *soft law* adoptés par la Commission n'ont en principe pas de force contraignante propre. Toutefois, ils s'imposent à la Commission directement dans l'exercice de ses prérogatives. Par ailleurs, les juridictions nationales et autorités nationales de concurrence sont tenues d'observer les principes d'application de l'article 102 TFUE consignés dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour de justice. Les instruments de *soft law*, qui s'en inspirent directement, ont dès lors une force quasi-contraignante eux qui, dans un prescrit général, expriment le contenu des orientations décisionnelles de la Commission.

lourds investissements commerciaux consentis pour cibler la clientèle professionnelle, la capacité de BMB à maintenir des prix élevés et les barrières à l'entrée (acquisition d'une licence obligatoire et investissements requis pour établir un réseau national) étaient l'existence d'une position dominante de BMB sur le marché aval de la téléphonie mobile.²⁶ En revanche, le Conseil refuse de considérer que la puissance financière considérable du groupe Belgacom ou son avance technologique puisse corroborer la présomption tirée de la part de marché de BMB, dans la mesure où ses concurrents disposeraient également de ces avantages.²⁷

Enfin, l'analyse des griefs d'abus relativise quelque peu la sévérité apparente de la décision, qui inflige à BMB une amende de 66,3 millions d'Euros pour ciseau tarifaire illégal. Le Conseil retoque quatre des cinq griefs d'abus retenus par l'auditeur, pour défaut de preuve d'effets anticoncurrentiels (grief de rabais de fidélité) ou immatérialité de la pratique et intervention préalable du régulateur sectoriel (griefs de tarification excessive et discriminatoire de la terminaison d'appels à destination des concurrents et de tarification discriminatoire des appels « on net » et appels « off net » à destination des utilisateurs).²⁸ Sur ces derniers griefs, l'auditeur avait tout d'abord reproché à BMB d'exploiter les utilisateurs *via* l'application de tarifs excessifs et discriminatoires pour la terminaison d'appel sur son réseau (ces tarifs facturés aux autres opérateurs sont *in fine* répercutés sur les utilisateurs). Selon l'auditeur, le tarif de terminaison d'appel de BMB était excessif car de « 3 à 6 fois supérieur » à ses coûts de production. Il était également discriminatoire dans la mesure où ce tarif était plus important que celui que BMB s'imposait en interne.²⁹ Le Conseil estime cependant que le test requis par la jurisprudence européenne³⁰ en matière de prix excessifs n'a pas été appliqué, de sorte que les tarifs ne sauraient recevoir la qualification de tarifs excessifs. Ce test repose en effet sur (i) la constatation d'un différentiel prix-coûts excessif ; puis (ii) la démonstration que le prix est inéquitable en lui-même, ou par comparaison avec des services concurrents. Or il semblerait que l'auditeur n'ait pas rigoureusement examiné les deux volets du test européen.³¹

²⁶ Décision, pts 137 et s.

²⁷ Ce faisant, le Conseil se distancie quelque peu d'un jugement du Tribunal de commerce de 2007, qui disposait que « *si Base et Mobistar appartiennent elles aussi à des groupes internationaux [...] cette circonstance n'a pas d'incidence sur la position privilégiée de Proximus sur le marché belge* ». Voir T. Com. Bruxelles, 29 mai 2007, *préc.*, supra note 1.

²⁸ Décision, pts 173-203, 217-244 et 315-331.

²⁹ Décision, pts 220-221.

³⁰ Voir, notamment, CJE, 27/76, 14 février 1978, United Brands c/ Commission, pt 252.

³¹ La décision conclut au paragraphe 240 que « *l'examen [du caractère excessif] n'a pas été effectué* », l'auditeur semblant s'être concentré uniquement sur le premier volet, à savoir le « *défierentiel énorme entre les coûts et les prix de ventes* ». On notera que le Conseil qui rappelle ici utilement le double test européen, omet de le mentionner intégralement au pt329, en

Qui plus est, le Conseil ajoute que le régulateur sectoriel a déjà apprécié la tarification de la terminaison d'appel. Il est donc difficile de considérer que celle-ci puisse être excessive ou encore discriminatoire. L'entreprise en cause pouvait à juste titre se prévaloir du principe de sécurité juridique et tenir ainsi en échec l'application du droit de la concurrence à ses tarifs d'appels.³²

L'auditeur avait ensuite estimé que le différentiel de prix instauré par BMB entre les appels « off net » et les appels « on net » aurait accentué l'intérêt des utilisateurs à appartenir à un grand réseau comme celui de BMB, et élevé une barrière à l'expansion des concurrents (l'on sent poindre, dans le rapport de l'Auditeur, la problématique des effets « de club » ou « de réseau »).³³ Le Conseil rejette néanmoins cette analyse au motif que la pratique en cause ne satisfait pas les conditions de la discrimination illégale, telle que définie par la jurisprudence européenne (produits identiques ou semblables ; désavantage dans la concurrence, etc.).³⁴ En outre, pour établir le caractère anticoncurrentiel de la pratique, il aurait sans doute été nécessaire de démontrer le lien de causalité entre le comportement consistant à tarifier plus cher les appels « off net » et une augmentation des effets « de réseau » ou « de club ». Cela aurait sans doute exigé de démontrer que le choix des consommateurs de rejoindre un réseau plutôt qu'un autre est affecté principalement par la fréquentation du réseau (et non par d'autres services – de type contenu par exemple – sans lien avec la taille d'un réseau). Comme le note le Conseil, l'atteinte à la concurrence résiderait plutôt dans le caractère inéquitable – excessif, de la tarification des appels « off net ». Or il semble que les éléments du dossier ne permettent pas de retenir une telle qualification.³⁵

semblant soumettre la preuve de prix excessifs au premier volet du test (« *la détermination des prix et la comparaison aux coûts* » voir pt 329).

³² Décision, pts 238-244.

³³ Décision, pt 329.

³⁴ Voir, la lettre même de l'article 102 c). Voir, également, la jurisprudence et en particulier l'arrêt CJE, C-95/04 P, 15 mars 2007, British Airways c/ Commission et la jurisprudence citée.

³⁵ Décision, pt 329. On notera que l'autorité de concurrence française a retenu qu'une telle pratique constituait un abus de position dominante. La pratique alors qualifiée de différenciation tarifaire abusive n'a toutefois pas été analysée sous l'angle du caractère excessif. L'autorité française a simplement procédé à une analyse de ses effets sur la concurrence et constaté que la pratique avait pour effet de renforcer l'effet de club. On pourrait opposer à cette solution, qu'en dehors d'une pratique de prix excessifs, l'entreprise en position dominante ne devrait pas être contrainte d'aligner les marges qu'elle réalise sur les appels « off net » avec celles réalisées sur les appels « on net », ce qui est pourtant la conséquence de la position française, en raison du caractère extrêmement contraignant d'une telle régulation. Seule la régulation sectorielle devrait intervenir pour encadrer les effets de club. Voir Adlc, Décision n° 09-D-36 du 9 décembre 2009, *préc.*, supra note 23.

Au final, seul le grief d'amenuisement abusif des marges, qui sera examiné ci-après, est donc retenu par le Conseil.

II. L'articulation entre la régulation *ex ante* et le contrôle *ex post* de l'autorité de la concurrence

L'intérêt des pouvoirs publics pour le secteur des communications électroniques tire son origine de raisons bien connues. Historiquement bâti sur le modèle du monopole naturel avec un opérateur dit « historique », le secteur connaît d'importantes dynamiques d'avantages du pionnier (*incumbency advantages*) qui feraient obstacle, y compris sur de nouveaux marchés (par exemple, le très haut débit), au développement de la concurrence au bénéfice des clients et consommateurs. Or, à ces services – que les anglophones qualifient judicieusement de *utilities* – sont attachés de considérables enjeux économiques, sociaux et culturels. Ainsi s'explique le fait qu'à la différence d'autres secteurs, deux corps de règles s'y appliquent pour assurer les conditions d'une concurrence efficace : une réglementation spéciale (dite *ex ante*) dont l'objet est d'introduire de la concurrence sur l'ensemble des marchés susceptibles de constituer des goulets d'étranglement et une réglementation générale (dite *ex post*) dont l'objet est d'interdire les comportements restrictifs de concurrence (ententes, abus de position dominante, concentrations, etc.). A la vérité, leurs finalités sont sensiblement identiques : promouvoir la concurrence sur les marchés.³⁶ Ces deux types de réglementations mobilisent toutefois des instruments distincts. La réglementation spéciale prend généralement corps *via* des obligations positives (approche injonctive), tandis que la réglementation horizontale s'exprime en général dans des obligations négatives (approche prohibitive).³⁷

Au sein de l'Union européenne (« UE »), les deux corps de règles sont perçus comme complémentaires.³⁸ Nonobstant

ces propos, la doctrine s'est interrogée sur la question de savoir si, en pratique, l'introduction d'une lourde réglementation spécifique ne devait pas conduire à désactiver l'applicabilité des règles générales de concurrence.³⁹ Cette approche est celle privilégiée aux Etats Unis, où l'assujettissement d'un secteur à une régulation sectorielle devrait en principe faire échapper le comportement des opérateurs du secteur au jeu des règles de concurrence horizontales.⁴⁰ L'UE n'a pas fait ce choix. Dans l'arrêt *Deutsche Telekom*, le Tribunal a confirmé que les règles sectorielles et le droit de la concurrence s'appliquaient de manière *concurrente* (ou *cumulative*).⁴¹ En pratique, les autorités de concurrence européennes et nationales peuvent donc poursuivre des pratiques approuvées ou imposées par une autorité de régulation nationale (« ARN ») sur le fondement des règles du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (« TFUE »). Il faut de toute évidence que l'intervention du régulateur ait laissé une marge de manœuvre à l'entreprise en cause,⁴² faute de quoi le comportement litigieux ne peut lui être imputable.

& I. Faibis, « Six principles for limiting government-facilitated restraints on competition », *CMLR*, Vol. 44, Issue 1, 2007.

Voir également les travaux de l'ICN, et not. ceux du groupe de travail « Antitrust Enforcement in Regulated Sectors ». Voir par exemple, « Limits and constraints facing antitrust authorities intervening in regulated sectors, ICN, Seoul », Avril 2004.

³⁹ Voir notamment, N. PETIT, « The Proliferation of National Regulatory Authorities alongside Competition Authorities: A Source of Jurisdictional Confusion? », dans D. GERADIN et al., *Regulation through Agencies: A New Paradigm of European Governance*, Edward ELGAR, 2005, p. 180; D. GERADIN, « Limiting the Scope of Article 82 of the EC Treaty: What can the EU Learn from the US Supreme Court's Judgment in Trinko in the wake of Microsoft, IMS, and Deutsche Telekom », *CMLR*, December 2005; P. WEISER, « The Relationship of Antitrust and Regulation in a Deregulatory Era », *Antitrust Bulletin*, Vol. 50, September 2005. G. MONTI, « Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law », *CLR*, April 2008.

⁴⁰ Voir, en particulier, *Verizon Communication Inc v. Law Offices of Curtis V. TRINKO, LLP*, 540 U.S. 398 (2004) ; *Pacific Bell Telephone Co., DBA AT&T California, et al. V. Linkline Communications, Inc.*, et al., 555 US (2009).

⁴¹ TPICE, T-271/03, 10 avril 2008, *Deutsche Telekom c/ Commission*, Rec. p. II-00477.

⁴² Voir, sur cette question, de l'autonomie de comportement, la jurisprudence européenne et en particulier TPICE, T-271/03, *Deutsche Telekom c/ Commission*, *préc.*, supra note 41, pts 106-124. Voir encore CJE, 40-48, 50, 54-56, 111, 113 et 114-73, 16 décembre 1975, *Suiker Unie e.a c/ Commission*, Rec. p. 01663, pts 65-66, 71-72 ; CJE, 209/78 à 215/78 et 218/78, 29 octobre 1980, *Heintz VAN LANDEWYCK e.a./Commission*, Rec. p. 03125 ; CJE, 41/83, 20 mars 1985, *Italie c/ Commission*, Rec. p. 00873, pts 18-20 ; CJE, C-202/88, 19 mars 1991, *France c/ Commission*, Rec. p. I-01223, pt 20 ; CJE, 240-268, 269/82, 10 décembre 1985, *Stichting Sigarettenindustrie c/ Commission*; CJE, C-18/88, 13 décembre 1991, *Régie des télégraphes et des téléphones contre GB-Inno-BM SA*, Rec. p. I-05941, pt 20 ; CJE, C-219/95 P, 17 juillet 1997, *Ferriere Nord SpA c/ Commission*, Rec. p. I-04411 ; CJE, C-359/95 P et C-379/95 P, 11 novembre 1997, *Commission et France c/ Ladbrooke Racing*

³⁶ Voir notamment, Avocat Général M. J. MAZAK, conclusions, C-280/08 P, 22 avril 2010, *Deutsche Telekom AG c/ Commission*, pt 21, précisant que « *les deux réglementations ont le même objet, à savoir promouvoir la concurrence* ».

³⁷ A l'exception peut-être des obligations de fournir imposées sur le fondement de l'article 102 TFUE, que le droit sectoriel permet aussi de prévoir. En droit, toutefois (et au risque de jouer sur les mots), l'article 102 TFUE édicte une interdiction de refus de fourniture.

³⁸ Voir notamment, les objectifs affichés dans le cadre réglementaire européen des communications électroniques, et par exemple la Directive Cadre, Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques ; Voir aussi Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE, 2002/19/CE et 2002/20/CE.

Voir, aussi, M. CAVE and P. CROWTHER, «Co-ordinating regulation and competition law-*ex ante* and *ex post*», dans Swedish Competition Authority, *The pros and Cons of Antitrust in Deregulated markets*, 2004; J. Temple LANG, « European competition policy and regulation: Differences, overlaps and constraints », 3rd Antitrust Conference in Paris, December 12, 2005; M. S. Gal

La décision commentée vient alimenter cette problématique. Le Conseil semble d'abord vouloir suivre fidèlement le chemin tracé en droit européen sur la question de l'articulation entre réglementation *ex ante* et *ex post* (A). Toutefois, il paraît ensuite chercher à s'en émanciper en soulignant que l'analyse au regard du droit de la concurrence ne peut ignorer la réglementation sectorielle (B). Critiquable si l'on s'arrête formellement à sa motivation, la décision apporte ici une solution juridiquement cohérente et économiquement intéressante dans la pratique (C).

A. L'affirmation du principe d'application concurrente des réglementations *ex ante* et *ex post*

Les charges de terminaison d'appel de BMB, que le rapport de l'auditeur qualifiait de non équitables et discriminatoires, avaient été soumises à l'intervention préalable de l'Institut Belge des services Postaux et des Télécommunications (« IBPT »). Pour garantir que les tarifs de terminaison de BMB observent les principes de non-discrimination et d'orientation vers les coûts, l'IBPT avait mis en place un système de *price cap* (ou prix plafond). En deçà de ce prix maximum, BMB était libre de déterminer sa politique de prix. BMB estimait donc que ses tarifs ne pouvaient nullement être jugés excessifs, et plus généralement, qu'aucun abus ne pouvait lui être reproché, car ces tarifs « étaient le résultat direct de l'application du cadre légal et réglementaire », et non de « comportements autonomes ».⁴³

Conformément aux précédents nationaux et européens,⁴⁴ le Conseil repousse les arguments de BMB. Au plan des principes, l'existence d'une régulation de la terminaison d'appel n'exclut pas l'application du droit de la concurrence, dès lors qu'il existe une différence entre « le rôle des autorités respectives et l'objectif de leur intervention ».⁴⁵ De plus, en l'espèce, BMB était uniquement soumise à des tarifs maximums. Elle conservait donc une marge de manœuvre pour la fixation de ces tarifs amont et était libre dans la fixation de ses tarifs de détail. Elle devait alors « utiliser activement [cette] marge ... pour veiller à ne pas entraver la libre

Ltd, *Rec.* p. I-06265, pts 33-34 ; TPICE, T-228/97, 7 octobre 1999, Irish Sugar plc c/ Commission, *Rec.* p. II-02969, pt 130 ; TPICE, T-513/93, 30 mars 2000, Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali c/ Commission, *Rec.* p. II-01807, pts 59 et s.

⁴³ Décision, pt 225.

⁴⁴ Dans le secteur des communications électroniques par exemple, le Président du Conseil avait déjà eu l'occasion de mentionner que l'existence d'une régulation sectorielle n'empêchait pas l'application des règles horizontales de droit de la concurrence. Voir Décision n° 2006-V/M-13 du 1er septembre 2006, *M.B.* 11 décembre 2006, p. 68891 – 68899 ; MEDE-V/M-05/0043 : Tele 2 SA / Belgacom SA. Cette décision a été annulée par la Cour d'appel de Bruxelles. Voir Hof Van Beroep te Brussel, 2006/MR/3,18 décembre 2007, Télé 2 c/ Belgacom (Happy Time), *préc.*, supra note 1.

⁴⁵ Décision, pts 89 et 234.

concurrence ».⁴⁶ Ce point semblait néanmoins uniquement pertinent au regard du grief de ciseau tarifaire.

B. La modération du principe d'application concurrente des réglementations *ex ante* et *ex post*

Par une surprise volte-face, le Conseil semble toutefois vouloir tempérer la portée du principe d'application concurrente en indiquant au paragraphe 237 qu'« *il importe tout de même, en particulier pour ces deux griefs* [la discrimination et le caractère excessif des charges de terminaison d'appel], *de tenir compte dans ce cas de l'impact que l'intervention du régulateur a eu sur le niveau des tarifs facturés par BMB* ». La décision souffre ici d'une certaine ambiguïté. Si, la formulation donne immédiatement à penser que le Conseil ouvre une dérogation de nature casuistique, la motivation qui suit a les traits de l'argument de principe. La décision précise d'abord clairement qu'« *il ne paraît pas possible de qualifier les tarifs d'excessifs dès lors qu'ils ont été fixés par une autorité de régulation après un examen approfondi et en adoptant une méthodologie basée sur le cadre réglementaire européen* ».⁴⁷ Ensuite, le Conseil mobilise le principe général de sécurité juridique pour considérer que BMB pouvait légitimement espérer une certaine convergence d'analyse entre la régulation *ex ante* et le droit de la concurrence *ex post*. Enfin, la portée de ces propos n'est rendue que plus incertaine par le fait qu'au début de sa décision (lors de l'analyse de marché), le Conseil avait indiqué en des termes généraux qu'il « *est clair que l'existence de la régulation sectorielle ... devrait faire partie de l'analyse* » et qu'« *il est préférable que l'autorité de concurrence ... et les autorités de régulation, ... adoptent des approches similaires en matière d'analyse de marché* ».⁴⁸

C. Evaluation – Une solution juridiquement cohérente et économiquement intéressante

La décision du Conseil comporte une entorse à l'approche européenne. C'est peut-être pour dissiper cette contrariété que le Conseil insiste aussi lourdement sur les circonstances particulières entourant sa décision.

Le droit européen nous enseigne que le principe de sécurité juridique n'empêche en rien l'application *ex post* du droit de la concurrence dans des secteurs soumis à une réglementation sectorielle *ex ante*. Ainsi, dans l'affaire *Telefónica*, la Commission rejeta l'argument relatif à la sécurité juridique au

⁴⁶ Décision, pt 236.

⁴⁷ Décision, pt 240.

⁴⁸ Décision, pts 89-90. Cependant, la décision précisait qu'une application concurrente de normes n'est pas synonyme d'une dépendance des normes entre elles. Au contraire, l'indépendance des deux corps de règles est affirmée. Ainsi, le Conseil ne s'estime par exemple pas lié par les définitions et les analyses retenues par l'autorité sectorielle. Puisqu'il existe deux corps de règles différents, répondant à des objectifs différents, les analyses menées *ex ante* ne sauraient lier l'autorité chargée de l'analyse *ex post* des comportements des opérateurs.

motif que le régulateur sectoriel n'avait pas agi dans le cadre de compétences relevant du droit de la concurrence et, qu'en tout état de cause, la jurisprudence *Masterfoods* autorisait la Commission à adopter une décision sur le fondement de l'article 102 TFUE quand bien même celle-ci entrerait en conflit avec une décision nationale.⁴⁹

Certes, l'état du droit européen sur ce point pourrait encore évoluer. Dans leur recours en annulation dans l'affaire *Telefónica* (pendant), l'Etat espagnol et l'entreprise condamnée font ainsi valoir que la décision a méconnu le principe de sécurité juridique.⁵⁰ Les chances de succès de tels arguments semblent toutefois minces, le Tribunal ayant refusé, dans l'affaire *Deutsche Telekom* que le principe voisin de confiance légitime puisse élever un obstacle à l'application *ex post* du droit de la concurrence. L'Avocat Général Mazák a récemment rendu ses conclusions dans le cadre du pourvoi formé contre cet arrêt. Il y soutient la position du Tribunal.⁵¹ Comme on le voit, la position du Conseil de la concurrence est donc difficilement conciliable avec le droit européen (qu'il est évidemment tenu d'observer, y compris sur des questions qui ne relèvent pas de l'analyse au fond). Si l'on devait la localiser juridiquement, on pourrait dire que cette position rejoint les propositions d'une partie de la doctrine européenne, qui a critiqué la jurisprudence de Luxembourg, et vanté les mérites de la solution promue par la Cour Suprême des Etats-Unis dans son arrêt *Trinko*.⁵² A la différence, toutefois, du juge américain, le Conseil ne va pas jusqu'à dire le droit de la concurrence inapplicable. Le droit de la concurrence est applicable, mais l'existence d'une structure de régulation *ex ante* vient modérer sa vigueur d'application *in casu*, en limitant les possibilités de caractérisation d'une infraction. Cette solution rappelle aussi les principes généraux du droit

⁴⁹ Commission, décision COMP/38.784, 4 juillet 2007, Wanadoo España c/ Telefónica, pts 676-685.

⁵⁰ Recours introduit le 10 septembre 2007 – Telefónica et Telefónica de España / Commission des Communautés européennes (affaire T-336/07) ; recours introduit le 31 octobre 2007 – Espagne / Commission (affaire T-389/07).

⁵¹ Avocat Général M. J. MAZÁK, conclusions, C-280/08 P, Deutsche Telekom AG c/ Commission, *préc.*, supra note 36, pts 20-21. Dans l'affaire Deutsche Telekom, l'entreprise faisait valoir que, même si elle disposait d'une marge de manœuvre pour éviter l'adoption d'un comportement anticoncurrentiel, l'article 102 TFUE n'était pas applicable dès lors que son comportement était conforme à la régulation nationale qu'elle avait pu légitimement croire compatible avec le droit européen de la concurrence. Le Tribunal constate que la régulation sectorielle ne résultait pas explicitement d'une analyse entreprise sous l'angle de l'article 102 du Traité, que le régulateur n'agissait pas en tant qu'autorité de concurrence et, qu'en tout état de cause, la Commission ne saurait être liée par une décision rendue par une autorité nationale. Le Tribunal en conclut que la Commission pouvait valablement appliquer l'article 102 TFUE au comportement de Deutsche Telekom. Voir TPICE, T-271/03, Deutsche Telekom c/ Commission, *préc.*, supra note 41, pts 108-120, 257-262 et 267-269.

⁵² Voir, supra notes 39 et 40.

matériel européen, et notamment ceux gouvernant la dichotomie intégration positive/intégration négative en matière de libertés de circulation: dans les situations dans lesquelles le législateur adopte un régime spécifique pour harmoniser un domaine (intégration positive), les règles générales du Traité ne sont plus applicables (intégration négative).

Dans la droite ligne de ces doctrines, il nous semble qu'en sus de fondements solides en théorie – convergence, voire unicité, des objectifs des deux corps de règles – comme en pratique – souhait de limiter (i) la multiplication des contentieux ; (ii) l'inflation des coûts d'observation et d'application du droit ; (iii) les risques d'instrumentalisation ; (iv) les incohérences et contradictions décisionnelles – la position du Conseil mérite approbation.

En réalité, en plaçant utilement le débat sur le terrain de la sécurité juridique et de la confiance légitime, le Conseil fait appel au bon sens. Est-il légitime qu'un opérateur qui «*pouvait légitimement croire*»⁵³ qu'il pouvait facturer effectivement les tarifs de terminaison déterminés par l'IBPT soit ensuite condamné pour cette pratique ?⁵⁴ Cette solution corrige l'inconséquence d'une règle de principe qu'une analogie permet de bien comprendre. Comme la réglementation sectorielle et ses prix plafond, les règles de circulation routière imposent *ex ante* aux automobilistes de ne pas dépasser la vitesse de 120km/h sur autoroute. Le principe retenu pour l'application du droit de la concurrence *ex post* revient à condamner pour vitesse dangereuse un automobiliste qui

⁵³ Décision, pt 241.

⁵⁴ A cet égard, les arguments développés dans les affaires européennes susvisées sont intéressants pour nourrir une argumentation basée sur un principe de sécurité juridique. Le fait que les dispositions du Traité relatives au droit de la concurrence n'aient pas été appliquées directement ne semble pas a priori exclure toute possibilité de faire valoir un principe de sécurité juridique, contrairement à ce qui ressort de la lecture des affaires *Deutsche Telekom* et *Telefónica*. En effet, au résultat d'une appréciation au cas par cas, tenant compte à la fois de la nature de la régulation sectorielle considérée, de son application et de la pratique reprochée, il pourrait éventuellement être considéré que, raisonnablement, l'opérateur a pu estimer que le régulateur avait mis en place un cadre réglementaire compatible avec le droit européen de la concurrence dont le respect assurait l'opérateur de la conformité de son comportement avec les règles des articles 101 et suivants du Traité. Les régulateurs sectoriels et la régulation sectorielle tirent en effet leurs compétences du droit européen, et en particulier du « paquet télécom ». La régulation sectorielle est largement basée sur des principes de droit de la concurrence et partage avec cette branche du droit l'objectif d'une concurrence effective sur les marchés. Les autorités sectorielles sont encore tenues d'une obligation de ne pas adopter de mesures contraires aux dispositions du Traité. Enfin, les décisions adoptées par ces autorités peuvent faire l'objet de recours et éventuellement être la source de questions préjudiciales posées à la Cour de Justice. Aussi, rien ne semble s'opposer à ce que, de manière circonstanciée, un principe de sécurité juridique empêche l'application du droit de la concurrence à un comportement spécifique d'un opérateur actif sur un marché régulé.

aurait circulé à 100 km/h, alors que la signalisation indiquait la vitesse de 120 km/h.

Selon nous, si la règle fixée dans le cadre réglementaire dysfonctionne (dans notre analogie, elle ne prévient pas les accidents et occasionne des erreurs de type II),⁵⁵ c'est elle qu'il convient de corriger. Autrement, comme des automobilistes qui rechigneraient à utiliser leur véhicule par risque d'application aléatoire d'une sanction (ou emploieraient d'autres modes de transport), les incitations à exploiter le marché (en accroître la taille et proposer de nouveaux services) via des investissements productifs risquent d'être affaiblies. Cette considération est d'autant plus importante que la régulation sectorielle se symétrise, avec la montée en puissance de nouveaux fournisseurs face à l'opérateur historique et le développement technologique (très haut débit, etc.) Il n'est donc pas uniquement question des incitations à l'innovation de l'opérateur historique, mais aussi de ses concurrents (en l'espèce, en ce qui concerne Mobistar, les tarifs de terminaison étaient aussi régulés).

En outre, les arguments développés pour justifier l'intervention *ex post* du droit de la concurrence donnent erronément à penser que la régulation agirait ponctuellement et irrémédiablement, comme un « fusil à un coup » (de sorte qu'un mécanisme de correction fondé sur les règles de la concurrence serait nécessaire). Pourtant, l'intervention du régulateur n'est pas un jeu unique, au sens où l'entendent les économistes. Sa supervision du marché est permanente. Une fois qu'il impose un remède, il peut – et doit – en surveiller l'exécution et l'efficacité. Le cas échéant, il lui est possible d'ajuster le remède, en cas, par exemple, de plaintes des opérateurs concurrents.

Certes, un mécanisme de réserve d'intervention *ex post* du droit de la concurrence doit sans doute être maintenu, en cas par exemple de défaillance avérée du régulateur (capture, etc.) tout comme des mécanismes de contrôle juridictionnel. Toutefois, cette possibilité devrait peut-être constituer l'exception et non la règle (comme cela est le cas en droit européen), et être subordonnée à la preuve concrète d'une nécessité.⁵⁶ La solution qu'apportera la Cour de Justice, à laquelle il est demandé de se prononcer sur cette question de la sécurité juridique et de la confiance légitime dans l'affaire *Deutsche Telekom*, est donc très attendue.

III. L'analyse au fond de la pratique de ciseau tarifaire

Pour la première fois en droit belge, une pratique d'amenuisement des marges (ou ciseau tarifaire) est sanctionnée par le Conseil. La décision apporte donc des clarifications utiles sur la méthodologie (B) et le standard de caractérisation (C) d'un ciseau tarifaire abusif, tout en introduisant, çà et là, des principes s'éloignant du droit européen. Avant d'entrer dans

⁵⁵ Une erreur de type II apparaît lorsqu'une structure de régulation ne contrôle pas une pratique qui porte pourtant atteinte au bien-être des consommateurs. On parle aussi de faux négatif.

⁵⁶ Voir, sur ces points, doctrine *préc.*, supra note 39.

l'examen de ces questions, un bref rappel de la notion de ciseau tarifaire s'impose (A).

A. Notion de ciseau tarifaire

La notion de ciseau tarifaire fait appel à une métaphore relativement simple à comprendre. L'entreprise verticalement intégrée qui dispose d'un intrant essentiel (un réseau, une matière première, un droit de propriété intellectuelle, etc.) peut prendre ses concurrents en tenaille et « couper » leur marge. Il lui suffit d'élever le prix de l'intrant qu'elle vend sur le marché amont, et/ou de réduire parallèlement le prix qu'elle pratique sur le marché aval. Comme « coincés » entre les deux lames d'un ciseau, les concurrents voient leur marge s'amenuiser (et les entrants potentiels escomptent ne réaliser aucun profit en cas d'entrée). En l'espèce, l'auditeur considérait que les concurrents de BMB – qui devaient lui acheter en amont des services de terminaison d'appel mobile et la concurrencer en aval sur les services de téléphonie mobile – étaient victimes d'un tel ciseau.

La légalité de telles stratégies est généralement appréciée par une comparaison du prix amont que l'entreprise en position dominante facture à ses concurrents et du prix aval qu'elle facture à ses clients.⁵⁷ Si le prix amont – qui s'analyse comme un coût – est supérieur au prix aval – qui s'analyse comme un revenu – aucun concurrent ne peut réaliser un profit. Plus précisément, comme le rappelle le Conseil par une référence à la jurisprudence *Deutsche Telekom* du Tribunal, il «peut y avoir abus lorsque la différence entre les prix de détail d'une entreprise qui domine le marché et le tarif des prestations intermédiaires pour des services comparables à ses concurrents est soit négative, soit insuffisante pour couvrir les coûts spécifiques des produits de l'opérateur dominant pour la prestation de ses propres services aux abonnés sur le marché en aval».⁵⁸

B. Méthodologie applicable aux affaires de ciseau tarifaire abusif

Plusieurs points de la décision intéressent la méthodologie applicable en matière de ciseau tarifaire abusif méritent que l'on s'y attarde. Il s'agit premièrement du *périmètre de services* retenu pour effectuer la comparaison entre les recettes réalisées en aval et les coûts encourus en amont.

BMB prétendait en l'espèce que la comparaison devait être effectuée entre les tarifs de terminaison d'appel (service amont) et les tarifs globaux facturés aux clients finals pour l'*ensemble* des prestations de détail fournies, à savoir les services d'appel, de SMS, de vidéos, etc. (service aval). Le Conseil devait donc examiner, en aval, « l'*ensemble* des

⁵⁷ Autrement dit, faire « comme si » l'entreprise en position dominante devait elle aussi acheter l'intrant qu'elle fournit. Une telle obligation de s'appliquer en interne les mêmes conditions que celles offertes aux opérateurs tiers est également conforme au principe de non-discrimination au sens du cadre réglementaire des communications électroniques.

⁵⁸ Décision, pt 260.

services composant le marché aval pertinent », à savoir celui des services de téléphonie mobile, qui constitue « une unité économique », « une offre globale d[e] services mobiles indissociables ».⁵⁹

Le Conseil rejette cette argumentation. Bien que le marché pertinent aval recouvre l'ensemble des services de téléphonie mobile, la comparaison doit opposer d'une part les tarifs amont de BMB pour la terminaison d'appel sur son réseau et d'autre part les tarifs aval de BMB pour les appels « on net » à ses usagers. Le Conseil avance différents arguments pour étayer sa position. Tout d'abord, caractériser un ciseau tarifaire revient à se demander si l'entreprise dominante pourrait proposer le service aval correspondant au service amont qu'elle fournit à ses concurrents si elle devait elle-même acquitter le prix de ce service. Puisque la terminaison d'appel sur son réseau n'est utile à l'entreprise que pour la fourniture de services d'appel « on net », il y aurait donc lieu de ne retenir que ces services pour effectuer le test de ciseau tarifaire.⁶⁰ Le Conseil ajoute ensuite que rien n'empêcherait, en vertu de la jurisprudence européenne, une autorité de concurrence de relever un abus sur une partie seulement d'un marché pertinent.⁶¹ Enfin, le Conseil considère qu'en l'espèce l'application du test de ciseau restreinte aux appels « on net » est justifiée dès lors que les différents services composant le service aval de téléphonie mobile sont facturés en fonction de leur utilisation réelle et que les appels « on net » constituent un élément clé dans le jeu concurrentiel sur le marché en nourrissant notamment un effet de réseau.⁶²

Cette position nous semble néanmoins discutable.⁶³ D'abord, dans une perspective économique, les entreprises procèdent usuellement à des financements croisés entre leurs diverses activités liées au sein d'un même marché. Aussi, des concurrents offrant une gamme de services en concurrence avec l'entreprise dominante – comme cela est en l'espèce le cas – subissent uniquement un préjudice si l'élévation des coûts sur une activité ne peut être amortie sur d'autres activités appartenant au même marché pertinent. Autrement dit, c'est à partir du marché aval qu'il convient de déterminer les services nécessaires à la comparaison.⁶⁴ La démonstration d'un effet de ciseau devrait donc passer par la preuve (i)

⁵⁹ Décision, pts 251-252.

⁶⁰ Décision, pts, 262-267.

⁶¹ Décision, pt 268.

⁶² Décision pts 269-272 ; voir également pts 204-216.

⁶³ Notons toutefois que le Tribunal de commerce de Bruxelles avait retenu une analyse similaire. Voir T. Com. Bruxelles, 29 mai 2007, *préc.*, supra note 1. Cette analyse a par ailleurs déjà été retenue dans d'autres Etats membres. Voir en particulier, citée par le Conseil de la concurrence lui-même, l'affaire française Tenor-Etna France. Décision n° 04-D-48 du 14 octobre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom, SFR Cegetel et Bouygues Télécom.

⁶⁴ Voir sur ce point, par exemple, Autorité de la concurrence, OCDE, Margin Squeeze, Working Party No. 2 on Competition and Regulation, Contribution de la France, Septembre 2009, pt 18.

que la prestation avale isolée représente quantitativement une partie significative de l'ensemble des activités aval ; et (ii) que les entreprises concurrentes sont incapables de procéder à une compensation inter-services (en vertu d'une interdiction légale ou si l'opérateur dominant réduit aussi le prix des autres services).⁶⁵

Ensuite, dans une perspective juridique, il n'est pas certain que le Conseil pouvait s'appuyer sur l'affaire *Deutsche Telekom* pour justifier un périmètre de comparaison restreint. Dans cette affaire, le marché aval avait été défini étroitement et ne contenait que le service objet de la comparaison. Autrement dit, dans l'affaire *Deutsche Telekom*, le Tribunal avait utilisé comme point de comparaison le marché pertinent en aval et non un périmètre plus restreint, comme le fait le Conseil.⁶⁶

En conséquence, il est possible de penser que le Conseil aurait dû entreprendre la comparaison de la terminaison d'appel non pas avec les seuls appels « on net » mais bien avec l'ensemble des services aval fournis aux consommateurs.

Un deuxième point sur lequel la décision apporte quelques clarifications concerne la problématique de *l'opérateur de référence*. Il est assez bien admis que le droit de la concurrence protège la concurrence et non les concurrents.⁶⁷ Plus précisément, le droit de l'abus de position dominante cherche à empêcher l'éviction de concurrents efficaces, et n'entend nullement protéger des opérateurs inefficaces. Depuis quelques années, des débats intéressent la question de savoir si le droit de l'abus de position dominante doit protéger un concurrent *raisonnablement efficace*, ou uniquement les concurrents aussi efficaces que l'entreprise en position dominante. Dans le secteur des communications électroniques, cette question présente une acuité particulière. L'opérateur historique dispose notamment (i) d'avantages du pionnier (connaissance du marché, réputation établie, inertie des clients, accès aisément au capital, etc.) ; (ii) d'une base de clientèle importante lui permettant d'atteindre des économies d'échelle significatives et de financer de nouveaux projets ; (iii) d'une trésorerie avantageuse dans la mesure où les

⁶⁵ Certes, le Conseil reconnaît, dans ce qui semble être un *obiter dictum* sans force opératoire, qu'un périmètre trop restreint empêcherait toute flexibilité de l'opérateur dans sa stratégie et serait *in fine* préjudiciable. Décision, pt. 269.

⁶⁶ Dans l'affaire Deutsche Telekom, le marché aval pertinent était celui de l'accès aux abonnés. C'est donc légitimement, une fois cette définition retenue, que la Commission, confirmée par le Tribunal, retient que le service amont doit être comparé aux services d'accès aval et non pas à la combinaison des services d'accès et des services de communications. Voir, Commission, décision, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, 21 mai 2003, Deutsche Telekom AG, pts 68 et s.; TPICE, T-271/03, Deutsche Telekom c/ Commission, *préc.*, supra note 41, pts 199 et s ; A. G. M. J. Mazák, conclusions, C-280/08 P, Deutsche Telekom AG c/ Commission, *préc.*, supra note 36, pts 52 et s.

⁶⁷ Voir, notamment, E. Fox, "We Protect Competition, You Protect Competitors", 26, *World Competition*, 149, 2003; OCDE, Tables rondes, Competition on the Merits, 2005.

investissements initiaux en réseau ont souvent été financés par la collectivité publique, sont amortis depuis longtemps, et servent de garantie aux investissements productifs futurs. Inévitablement, les nouveaux entrants, qui se trouvent au tout début de leur courbe de coûts, ne peuvent être aussi efficaces que l'opérateur historique.

Retenir comme standard d'appréciation des pratiques abusives le standard du concurrent aussi efficace risque donc d'épargner des pratiques exerçant des effets d'éviction sérieux sur les opérateurs de réseaux alternatifs.

Sur cette question, l'auditeur avait appliqué le standard du *concurrent aussi efficace*. Le Conseil confirme cette approche : « *le caractère abusif des pratiques tarifaires d'une entreprise dominante est en principe déterminé par référence à sa propre situation et, partant, par référence à ses propres tarifs et coûts* ».⁶⁸ Il relève que, parmi les différents standards potentiellement admissibles, il s'agit du standard généralement privilégié. C'est aussi le standard appliqué dans l'affaire *Deutsche Telekom*.⁶⁹ Il souligne encore que, ce standard est respectueux du principe de sécurité juridique ; qu'il permet d'éviter de stimuler l'entrée de concurrents moins efficaces ; et qu'il fait appel à des données en principe accessibles (les recettes et les coûts de l'entreprise mise en cause dans la procédure).⁷⁰ Sur cette question, on observera plus généralement que si les concurrents moins efficaces sur des marchés récemment libéralisés et/ou structurellement inefficients méritent sans doute une certaine protection, il y a tout lieu de penser que celle-ci doit venir de la régulation sectorielle, et non du droit de la concurrence.

Enfin, la décision du Conseil démontre que les questions techniques comme la computation et l'allocation des coûts sont nécessairement sujettes à une certaine discrétion de la part de l'organe d'investigation, en l'espèce l'auditeur. En l'espèce, le Conseil valide la méthode de computation des coûts utilisée par l'auditeur, qui a logiquement additionné le coût de la terminaison d'appel, les autres coûts de réseau et les coûts de détail attribués aux services « on net ». Il les a ensuite comparés aux revenus isolés des appels « on net ». On regrettera toutefois que le Conseil ne se prononce pas sur le bien fondé de la méthode de computation période par période retenue par l'auditeur. Sans la discuter, le Conseil retient la proposition de l'auditeur de sommer les coûts (amortis le cas échéant) et de les comparer aux recettes sur des périodes annuelles. Or, dans une industrie de réseau caractérisée par des périodes d'amortissements des investissements importantes et face à des services faisant l'objet d'abonnements (c'est-à-dire à des contrats à exécution

⁶⁸ Décision, pt 276.

⁶⁹ Voir, TPICE, T-271/03, Deutsche Telekom c/ Commission, *préc.*, supra note 41 ; voir également, Communication, Orientations sur l'article 82, *préc.*, supra note 25 ; voir enfin, Commission, OCDE, Margin Squeeze, Working Party No. 2 on Competition and Regulation, Contribution de la Commission européenne, Octobre 2009.

⁷⁰ Décision, pts 276-278.

successive), la question de la période et de la méthodologie pertinente pour sommer les coûts et les recettes aurait pu se poser. On notera toutefois que retenir une période excessivement longue peut conduire à immuniser des pratiques de ciseau tarifaire anticoncurrentielles. Sur une période longue, l'opérateur dominant peut en effet exclure ses concurrents puis augmenter ses tarifs, de façon à ne pas commettre, en moyenne, de ciseau tarifaire.⁷¹ Il eût été intéressant que le Conseil abordât ce point, en pratique d'une importance cruciale pour les opérateurs.

Dans le même ordre d'idée, l'analyse de l'auditorat – au moins telle qu'elle est présentée par le Conseil dans sa décision – semble imprécise. Elle repose sur une comparaison de coûts, alloués selon une clé de répartition dont la nature n'est pas précisée, et de revenus moyens pour un certain nombre de clients dont le caractère représentatif est peut-être critiquable.⁷²

Ce sont d'ailleurs des doutes de même nature qui conduisent le Conseil à estimer que le ciseau est uniquement caractérisé pour les années 2004 et 2005, mais qu'aucun ciseau n'est prouvé à suffisance de droit pour les années 2002 et 2003. En effet, pour l'année 2002, les données recueillies chez BMB permettaient uniquement de se baser sur l'offre faite à un seul client.⁷³ Pour 2003, les données semblaient encore plus imprécises. La prudence du Conseil, qui refuse d'extrapoler à partir des données disponibles, est sans doute heureuse.⁷⁴ Elle illustre le problème d'accès à des informations privatives fiables auquel sont exposées les autorités de concurrence dans le domaine de l'abus de position dominante.⁷⁵ On regrettera toutefois que le Conseil n'ait pas renvoyé à l'auditorat le soin de mener des investigations supplémentaires, afin de

⁷¹ Il est toutefois possible de penser que rationnellement, l'opérateur peut envisager de compenser l'ensemble de ses coûts par l'ensemble de ses recettes, non pas annuellement, mais sur une période qui économiquement à un sens, c'est à dire la période d'amortissement des investissements principaux ou encore la période moyenne d'abonnement.

Sur cette question voir les affaires TPICE T-360/03 30 janvier 2007 France/Telecom/Commission (Wanadoo) et Commission décision COMP/38-784, Wanadoo España c/ Telefónica, *préc.*, supra note 49.

⁷² Décision, pts 293 et s. Certes, la jurisprudence ne requiert pas un abus sur la totalité du marché, mais l'approche par les effets poursuivie par les autorités de contrôle exige de s'intéresser aux comportements abusifs générant des effets de forclusion d'une suffisante magnitude. Si les concurrents sont uniquement évincés d'une partie du marché, leur accès « effectif » au marché – qui constitue la préoccupation des autorités de concurrence, n'est pas compromis.

⁷³ Les données avaient été obtenues auprès de BMB à la demande de l'auditeur. Pour les années 2002 et 2003 il apparaît que BMB n'avait pas un ensemble de données pertinentes à fournir.

⁷⁴ Décision, pts 301-305.

⁷⁵ Voir, par exemple, D. SAPPINGTON et D. WEISMAN, Designing Incentive Regulation for the Telecommunications Industry, Cambridge, MA: MIT Press, 1996, Chapter 1.

vérifier, à tout le moins, que des données nécessaires n'existaient pas.

C. Le standard de caractérisation d'un ciseau abusif

La décision du Conseil apporte aussi des précisions sur le standard de caractérisation, au fond, d'un ciseau tarifaire abusif. Le Conseil fait spécialement référence aux lignes directrices de l'IBPT qui subordonnent la preuve d'une pratique de ciseau abusif à la réunion des quatre conditions suivantes:⁷⁶ (i) intégration verticale ; (ii) position dominante sur le marché amont de sorte que les concurrents ont un certain degré de dépendance à l'égard de l'intrant ; (iii) marge entre le prix de détail et le prix de gros insuffisante pour couvrir les coûts encourus en aval ; (iv) entreprise significativement active sur le marché aval pouvant ainsi influencer le degré de concurrence sur ce marché. Ce renvoi au texte de l'IBPT n'est pas anodin. Ajouté à la position prise sur l'interface entre réglementation *ex ante* et *ex post*, il traduit la déférence du Conseil pour l'expertise du régulateur sectoriel.

Le Conseil reprend également la définition retenue par la Commission dans l'affaire *Deutsche Telekom*, et non critiquée par le Tribunal, au terme de laquelle il y a « *effet de ciseau abusif lorsque la différence entre les prix de détail d'une entreprise qui domine le marché et le tarif des prestations intermédiaires pour des prestations comparables à ses concurrents est soit négative soit insuffisante pour couvrir les coûts spécifiques des produits de l'opérateur dominant pour la prestation de ses propres services aux abonnés sur le marché en aval* »⁷⁷.

En l'espèce, le Conseil relève que BMB est verticalement intégrée ; qu'elle détient une position dominante sur le marché amont de la terminaison d'appel mais également sur le marché aval des services de téléphonie mobile ; que les services de terminaison d'appel ont le caractère d'un input essentiel pour les concurrents de BMB⁷⁸ que, pour les années 2004 et 2005, les marges étaient largement négatives. En conséquence, l'amenuisement des marges constaté constitue une infraction à l'article 3 de la LPCE et à l'article 82 TCE

⁷⁶ Décision du conseil de l'IBPT du 11 juillet 2007 établissant des lignes directrices relatives à l'évaluation des effets de ciseaux tarifaires.

⁷⁷ TPICE, T-271/03, Deutsche Telekom c/ Commission, *préc.*, supra note 41, pts 166 et s.

On regrettera que le Conseil ne se soit pas intéressé aux conditions énoncées par la Commission européenne dans ses Orientations. Voir, Communication, Orientations sur l'article 82 *préc.*, supra note 25, pts 81 et s.

⁷⁸ Selon le Conseil, il importe peu à cet égard que BMB doive également se fournir chez ses concurrents pour les services de terminaison sur leurs propres réseaux. BMB faisait en effet valoir qu'en l'espèce la situation était celle d'un « two way access » et non « one way access » (l'activité aval nécessite l'accès à un service essentiel incontournable fourni par l'entreprise dominante), de sorte qu'il ne pouvait y avoir d'abus. Le Conseil rejette l'argument. Voir décision, pt 262.

(désormais, article 102 TFUE),⁷⁹ sans qu'il soit nécessaire de prouver que la pratique a effectivement occasionné des effets anticoncurrentiels d'éviction. Face à un entrant indispensable, la satisfaction du test de ciseau tarifaire permettrait en effet, comme il semble ressortir de la jurisprudence européenne, de présumer l'existence d'un effet anticoncurrentiel.⁸⁰ Cette technique probatoire est toutefois critiquable, spécialement lorsque le comportement suspect est intervenu dans le passé et s'est exercé sur une période significative de temps (permettant le cas échéant de mobiliser des données empiriques). La Commission et le Tribunal semblent eux-mêmes partager ces réserves. Dans l'affaire *Deutsche Telekom*, la Commission européenne (confirmée par le Tribunal), met en œuvre la règle de présomption, mais prend tout de même le soin de rechercher les effets anticoncurrentiels *in concreto*.⁸¹

IV. La qualification de l'infraction et la détermination de l'amende administrative

La sanction inédite infligée par le Conseil consacre, à tout le moins en apparence, un affermissement de la politique de sanction du Conseil, et son entrée dans le concert des autorités « dures », au premier rang desquelles se trouve la Commission européenne.⁸² Si l'on y regarde de près, toutefois, la méthodologie suivie par le Conseil pour qualifier et fixer le montant de l'amende s'écarte de nouveau de la pratique européenne. Certes, le Conseil se réfère en l'espèce – en sus des lignes directrices nationales de 2004 –⁸³ aux instruments de droit européen.⁸⁴ Il déclare ainsi que les facteurs les plus importants pour la détermination du montant de l'amende sont la nature, la gravité de l'infraction ainsi que de sa

⁷⁹ Décision, pt 306.

⁸⁰ Commission, décision COMP/38.784, Wanadoo España c/ Telefónica, *préc.*, supra note 49, pt 543 ; TPICE, T-271/03, Deutsche Telekom c/ Commission, *préc.*, supra note 41, pts 237 et s. A. G. M. J. MAZÁK, conclusions, C-280/08 P, Deutsche Telekom AG c/ Commission, *préc.*, supra note 36, pt 64. Voir également sur cette question, Autorité de la concurrence, OCDE, Margin Squeeze, *préc.*, supra note 64.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² A. ANDREANGELI et al., “Enforcement by the Commission: The Decisional and Enforcement Structure in Antitrust Cases and the Commission's Fining System”, “Towards an Optimal Enforcement of Competition Rules in Europe -- Time for a Review of Regulation 1/2003”, fifth annual conference of the Global Competition Law Centre, Brussels, June 11–12, 2009.

⁸³ Depuis la réforme de 2006, ces lignes directrices ne sont plus en vigueur. Le Conseil le reconnaît explicitement, mais y fait toutefois référence. Voir, Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application des articles 36 à 39 de la loi sur la protection de la concurrence économique coordonnée le 1er juillet 1999.

⁸⁴ Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no 1/2003, 2006. Voir aussi les précédentes lignes directrices, Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 15 paragraphe 2 du règlement n° 17 et de l'article 65 paragraphe 5 du traité CECA, 1998.

durée, son impact sur le marché et l'étendue du marché.⁸⁵ Mais au stade de la qualification de l'infraction, le Conseil n'applique pas nécessairement ces principes conformément à la pratique européenne.

En ce qui concerne le montant de base de l'amende, le Conseil estime qu'il convient de retenir en l'espèce un «*montant en lien (...) direct avec l'infraction*».⁸⁶ Aussi ce sont les ventes correspondant au segment de la clientèle professionnelle ayant des exigences particulières qui sont retenues en l'espèce. La solution s'écarte de la position exprimée dans les lignes directrices de la Commission qui retient les ventes sur le marché pertinent, ici celui de la téléphonie mobile. Cette entorse trouve son origine dans le maintien, par le Conseil, d'une incertitude sur la définition de marché, sa décision évoquant à la fois le segment de la clientèle professionnelle ayant des exigences particulières et le marché plus large de la téléphonie mobile en aval.

Le Conseil qualifie par ailleurs la pratique de ciseau de restriction «*grave*».⁸⁷ Cette appréciation est certes conforme à la position adoptée par la Commission et le Tribunal dans l'affaire *Deutsche Telekom*.⁸⁸ Elle diffère toutefois de l'affaire *Telefónica*, où la Commission avait conclu que l'infraction commise par l'opérateur espagnol était *très grave*. Or, l'affaire commentée partage de sérieuses analogies avec l'affaire *Telefónica*, et paraît plus éloignée de la décision *Deutsche Telekom*.

La Commission s'est expliquée sur les motifs de sa pondération dans l'affaire *Deutsche Telekom*, et sur son surcroît de sévérité dans l'affaire *Telefónica* : dans l'affaire *Deutsche Telekom*, (i) la Commission adoptait pour la première fois une décision formelle sanctionnant une pratique de ciseau tarifaire ; (ii) l'entreprise dominante avait réduit au cours du temps la marge négative entre ses prix de gros et ses prix de détail ; et (iii) Deutsche Telekom ne pouvait entièrement éliminer le ciseau tarifaire du fait de la régulation sectorielle. Ces trois circonstances faisant défaut dans l'affaire *Telefónica*, la Commission conclut à l'existence d'une infraction *très grave*.⁸⁹ En l'espèce, aucune des circonstances particulières de l'affaire *Deutsche Telekom* n'était présente. Le Conseil aurait donc pu qualifier l'abus d'infraction *très grave*. Sans doute conscient du caractère inédit de l'ordre de grandeur atteint à partir de la qualification d'infraction *grave* – plu-

sieurs dizaines de millions d'Euros – le Conseil a préféré faire prévaloir une certaine modération.

En outre, selon le Conseil, les pratiques de ciseau tarifaire constituent des problématiques complexes dont le régime juridique est en plein effervescence.⁹⁰ Ainsi s'explique peut-être que son appréciation diffère de celle suivie à l'échelon européen. Cette divergence appelle une évaluation nuancée. Certes, en dehors des principes d'effectivité et de la non-discrimination, le droit européen de la concurrence n'a aucun mordant sur le droit national de la sanction. On peut toutefois se demander si le Conseil, qui s'appuie expressément sur les lignes directrices de la Commission, peut en faire prévaloir une application libre – et potentiellement incorrecte – aux faits de l'espèce.

Au total, le montant total de l'amende de 63 millions apparaît relativement faible au vu du chiffre d'affaires de BMB et Belgacom.⁹¹ L'équité, la proportionnalité et le caractère dissuasif de l'amende fixée par le Conseil pourraient en conséquence être opportunément discutés.⁹² A cet égard, la décision de l'autorité française de concurrence dans l'affaire *Orange Caraïbes* qui a fixé une amende équivalente pour une pratique similaire sur le seul territoire des caraïbes françaises (nettement moins peuplé que le Royaume de Belgique) apporte un point de référence, certes imparfait, mais intéressant.⁹³

Conclusion

Il résulte d'une lecture attentive de la décision Base/BMB que le Conseil s'affirme sur des solutions établies, et parfois toujours débattues à l'échelon européen.⁹⁴ Cela est vrai de la problématique de la définition du marché pertinent, de

⁸⁵ Il note que la loi prévoit simplement que le montant maximal est de 10% du chiffre d'affaires total sur le marché national et à l'exportation, et en conclut qu'il dispose ainsi d'une marge d'appréciation pour déterminer l'amende.

⁸⁶ Décision, pt 351.

⁸⁷ Selon le Conseil, c'est à dire un abus de position dominante qui a pu avoir des effets négatifs pour les concurrents, sur l'ensemble de la Belgique, dans un marché important pour les consommateurs et un secteur concentré.

⁸⁸ TPICE, T-271/03, Deutsche Telekom c/ Commission, *préc.*, supra note 41, Pts 273 et s.

⁸⁹ Commission, décision COMP/38.784, Wanadoo España c/ *Telefónica*, *préc.*, supra note 49, pts 744 et s.

⁹⁰ Décision, pt 358. La question du ciseau tarifaire fait l'objet actuellement de nombreux développements ce qui justifie que la qualification de grave, et non de très grave, soit retenue selon le Conseil.

⁹¹ Les rapports annuels de Belgacom font ainsi état d'un chiffre d'affaires (avant éléments non récurrents) de 5,5 milliards d'Euros environ pour l'année 2005. En 2009, le chiffre d'affaires (avant éléments non récurrents) était de 6 milliards d'Euros environ.

⁹² Décision, pts 368 et s.

⁹³ Il faut néanmoins tenir compte de certaines circonstances particulières à la décision *Orange Caraïbes* (récidive, multiples abus, etc.).

⁹⁴ L'Avocat Général MAZAK a ainsi rendu récemment ses conclusions dans l'affaire *Deutsche Telekom* portée devant la Cour de Justice et qui intéresse une pratique de ciseau tarifaire similaire à celle mise en œuvre par BMB; ensuite, les charges de terminaison d'appel qui sont au cœur du comportement reproché à BMB font parties des préoccupations centrales de la Commission européenne, laquelle a invité les régulateurs sectoriels nationaux à revoir leur contrôle en adoptant une recommandation spécifique sur le traitement réglementaire des tarifs de terminaison d'appels fixe et mobile dans l'UE. L'affaire enfin est elle-même très actuelle, puisque la décision du Conseil a fait l'objet d'un appel. La Cour de Bruxelles vient d'ailleurs de rendre un premier arrêt concernant des questions de procédure.

l'applicabilité du droit de la concurrence au comportement d'un opérateur régulé, de la détermination de la sanction administrative et de l'appréciation d'une pratique de ciseau tarifaire. Ces discrètes ruptures avec le droit européen occuperont sans doute une bonne partie des débats devant la cour d'appel de Bruxelles.

Plus fondamentalement, il est difficile de conclure à un affermissemement de la politique décisionnelle du Conseil dans le secteur des communications électroniques. La décision refoule en effet sommairement quatre des griefs reprochés par l'auditeur à BMB. En outre, au cours de l'année 2009, trois affaires intéressant le secteur des communications électroniques relevant de la compétence du Conseil ont fait l'objet d'un classement.⁹⁵ Dans l'une de ces affaires, l'auditotrat a même indiqué qu'il ne poursuivrait pas les pratiques de ciseaux tarifaires alléguées par les parties plaignantes, dans la mesure où, notamment, ses ressources étaient trop limitées pour entreprendre les analyses économiques requises par le Conseil dans la décision ici commentée.⁹⁶

⁹⁵ Voir, Auditoraat, Beslissing nr. 2009-P/K-01-AUD van 6 februari 2009, Zaak MEDE-P/K-07/0027: Base NV en Allo Telecom NV t./ Belgacom NV en Belgacom Mobile ; Auditorat , Décision n° 2009-P/K-22-AUD du 18 septembre 2009, Affaire CONC-P/K-02/0057 : Codenet, Colt Telecom, Versatel et WorldCom c/ Belgacom ; Auditorat, Décision n° 2009-P/K-31-AUD du 24 décembre 2009, Affaire CONC-P/K-04/0036 : Base c/ Belgacom. Seule l'affaire *Happy Time* serait donc encore à l'agenda. Voir le communiqué de presse de l'auditotrat du 29 septembre 2009 ; http://economie.fgov.be/fr/binaries/Communiqu%C3%A9%20de%20presse%20Autorit%C3%A9%20belge%20de%20concurrence%202009%2009%20Happy%20Time_tcm326-75773.pdf

⁹⁶ Voir, Auditorat, Décision n° 2009-P/K-22-AUD, Codenet, Colt Telecom, Versatel et WorldCom c/ Belgacom, *préc.*, supra note 96.