

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

Ief Daems* & Nicolas Petit**

Introduction

Les voies de la croissance sont pavées d'embûches pour les opérateurs historiques du secteur des communications électroniques, coincés entre la réglementation sectorielle, le droit de l'abus de domination et le contrôle des concentrations. L'acquisition par Belgacom NV («Belgacom»), l'opérateur historique de télécommunications en Belgique, de Scarlet NV («Scarlet»), un opérateur de communications électroniques établi aux Pays-Bas mais également actif en Belgique, le démontre de manière éclairante.¹ Le 7 Novembre 2008, au terme d'une procédure d'une durée de 8 mois et d'un examen en deuxième phase, le Conseil de la Concurrence («le Conseil») a décidé de subordonner l'autorisation de la concentration *Belgacom/Scarlet* à la mise en œuvre de diverses mesures correctives structurelles et comportementales.²

La décision du Conseil est singulière à plus d'un titre. C'est en effet la première fois que le Conseil conditionne l'autorisation d'une opération de concentration à la cession d'une infrastructure de réseau. En outre, le Conseil paraît mettre un tour de vis à sa politique décisionnelle, souvent critiquée dans le passé pour sa clémence vis-à-vis de l'opérateur historique dans le secteur des communications électroniques.

Après avoir retracé les grandes lignes de la procédure et de la décision (I), la présente chronique s'intéresse au nœud de l'affaire, à savoir la question des engagements (II), puis revient sur quelques questions procédurales spécifiques, comme le calendrier de remise des engagements ou l'accès des tiers au rapport motivé et au dossier d'instruction, auxquels le Conseil consacre d'intéressants développements (III).

I. La procédure d'examen et la décision finale du Conseil

A. La «première phase» d'examen

Comme dans de nombreux autres Etats membres, les marchés belges de la téléphonie et de l'accès à l'Internet à haut débit connaissent un important degré de concentration. Dans un tel contexte, l'auditeur général, chargé en vertu de l'article 55, §3 de la Loi sur la Protection de la Concurrence Economique («LPCE»)³ de rendre un rapport motivé au Conseil, atteint une conclusion assez prévisible.⁴ L'admissibilité de la concentration soulève des «doutes sérieux», spécialement si Belgacom ne propose aucun engagement. L'enquête de marché a par ailleurs

* Avocat, Howrey LLP.

** Chargé de cours, Faculté de droit, Université de Liège, co-directeur de l'Institut d'Etudes Juridiques Européennes (www.ieje.net), collaborateur, Howrey LLP.

1 Suite aux conditions imposées, l'opération sera conclue pour un montant de €175 millions, soit €10 millions de moins qu'initialement prévu.

2 Beslissing nr. 2008-C/C-59 van 7 november 2008, Zaak MEDE-C/C-08/0006, *Belgacom NV/Scarlet NV*, disponible sur le site Internet du Conseil: http://economie.fgov.be/nl/binaries/Beslissing%20nr.%202008-C_C-59%20van%207%20november%202008_tcm325-67418.pdf, («la décision»). La présente chronique s'appuie sur la version officielle de la décision publiée en néerlandais.

3 Voir Loi du 10 juin 2006 sur la protection de la concurrence économique, *M.B.* du 29 juin 2006 et Loi du 10 juin 2006 instituant un Conseil de la Concurrence, *M.B.* du 29 juin 2006. Une version coordonnée de ces deux textes a été publiée en annexe de l'Arrêté royal du 15 septembre 2006 portant coordination de la Loi du 10 juin 2006 sur la protection de la concurrence économique et de la Loi du 10 juin 2006 instituant un Conseil de la concurrence, *M.B.* du 29 septembre 2006.

4 Le rapport motivé de l'auditeur général contient une analyse de l'opération et des engagements proposés. Formellement, il se compose d'un rapport d'instruction ainsi une proposition de décision. Le rapport motivé n'est pas publiquement disponible, mais un résumé de ses constatations figure dans la décision. Il convient ici de souligner qu'en l'espèce, l'auditeur général (et non l'auditeur, comme prévu par la LPCE) a été chargé de la préparation du rapport motivé.

démontré que les entreprises consultées craignaient des répercussions négatives sur la concurrence.⁵

La décision motivée rendue en fin de «première phase» par le Conseil épouse les conclusions du rapport motivé de l'auditeur général.⁶ La concentration soulève des «doutes sérieux» sur une série de marchés: le marché de détail pour l'accès au réseau téléphonique; le marché de détail pour les services téléphoniques nationaux et internationaux accessibles au public; le marché de détail pour l'accès à l'Internet à haut débit; les marchés des lignes louées et des communications de données pour les entreprises. De plus, le Conseil s'interroge sur les effets de l'opération sur l'offre de «dark fibre» (sur les marchés de lignes louées).⁷ Enfin, s'estimant insuffisamment éclairé quant aux effets de l'opération sur divers marchés de gros (départ d'appel, terminaison d'appel, transit d'appel sur le réseau téléphonique public fixe et un éventuel marché de la fourniture en gros d'accès à large bande), le Conseil sollicite des mesures supplémentaires d'investigation. Conformément à l'article 58, §2, alinéa 1er, 3° de la LPCE, le Conseil décide donc le 6 mai 2008 d'engager la procédure d'instruction complémentaire visée à l'article 59 de la LPCE.

B. La «deuxième phase» d'examen

1. Le rapport complémentaire de l'auditeur général

L'instruction complémentaire de l'auditeur général confirme les doutes sérieux émis en première phase. S'intéressant en particulier à la pression concurrentielle apportée par Scarlet dans le secteur (et vouée à disparaître si la concentration aboutit), l'auditeur général constate que Scarlet est (i) un opérateur important en matière de sélection / présélection («opérateur CPS») sur les appels fixes au départ des lignes de Belgacom; (ii) le deuxième fournisseur alternatif de détail d'Internet à haut débit par DSL; (iii) le deuxième fournisseur de détail de téléphonie par Internet («voice over broadband»); (iv) un opérateur déjà bien avancé dans l'«échelle d'investissements» («ladder of investments»); (v) perçu comme un concurrent effectif par Belgacom; (vi) un opérateur innovant, présentant les caractéristiques d'un «franc tireur» («maverick»); (vii) propriétaire d'un réseau de fibres de verre optique étendu

couvrant toutes les grandes villes de Belgique; (viii) offreur de services de gros à large bande; et (ix) en mesure de développer une infrastructure de «dark fibre», permettant à des clients professionnels du secteur des communications électroniques de fournir des services sur l'ensemble du territoire belge.

Ces constatations indiquent que le poids concurrentiel de Scarlet est plus élevé que ne le suggère une simple analyse de ses parts de marché.⁸ L'auditeur général soutient donc que la disparition de Scarlet entrave d'une manière significative la concurrence effective sur les différents groupes ou «clusters» de marchés en cause (téléphonie fixe, Internet à haut débit, lignes louées et communication de données), car elle conduira à un renforcement de la position dominante de Belgacom.⁹ De plus, dans un propos que l'on serait tenté de qualifier d'holiste, l'auditeur général estime que la disparition de Scarlet n'affecte pas seulement la concurrence sur des marchés de produits clairement définis, mais comporte généralement des conséquences anticoncurrentielles, qui vont au-delà d'une analyse classique marché-par-marché.¹⁰ Conformément à l'article 59, §2 LPCE, le rapport complémentaire de l'auditeur général du 4 juillet 2008 conclut donc que la concentration doit être déclarée inadmissible nonobstant les engagements entretemps offerts par Belgacom, jugés insuffisants.¹¹

2. La décision du Conseil

La décision rendue en deuxième phase par le Conseil le 7 novembre 2008 ne suit pas entièrement l'avis émis par l'auditeur général dans son rapport complémentaire. Certes, au terme de son évaluation concurrentielle de l'opération, le Conseil estime qu'une «concurrence effective serait entravée de manière significative» (2.1). Cependant, le Conseil considère que les nouveaux engagements proposés par les parties le 5 novembre 2008 dissipent les risques d'atteinte à la concurrence, de sorte que l'opération

⁸ Selon l'auditeur général, Scarlet constitue un «facteur significatif» («een factor van betekenis») pour la concurrence dans le secteur. Voir décision, p.4, §3(4).

⁹ Au sens de l'article 8, §4 LPCE.

¹⁰ Voir décision, p.4, §3: «dat de mededingingsbeperkende gevolgen van het verdwijnen van Scarlet niet beperkt blijven tot één of meerdere productmarkten maar de afbakening en beoordeling van de concentratie per markt overstijgen».

¹¹ L'auditeur général propose également d'infliger une amende aux parties notificantes en vertu de l'article 64, §1(3°) de la LPCE. Selon l'auditeur général, les parties n'ont pas fourni les renseignements dans les délais impartis. Cette proposition n'est pas suivie par le Conseil, qui considère que la demande de l'auditeur, qui portait sur le caractère confidentiel ou non de documents déjà communiqués, ne constitue pas une demande «d(e) renseignements» pour laquelle le Conseil peut imposer une amende en vertu de l'article 64, §2(3°) LPCE (si le délai pour fournir le(s) renseignement(s) en cause n'est pas respecté).

⁵ La décision parle des «entreprises actives sur le marché» («ondernemingen in de markt»). Voir décision, p.3, §2.

⁶ Beslissing nr. 2008-C/C-17 van 6 mei 2008, Zaak MEDE-C/C-08/0006, Belgacom NV/Scarlet NV, disponible sur le site web: http://economie.fgov.be/nl/binaries/172008cc17_Belgacom_Scarlet_pub_tcm325-35702.pdf, («la décision en première phase»). La présente chronique s'appuie sur la version officielle de la décision publiée en néerlandais.

⁷ Le concept de «dark fibre» fait référence aux fibres de verre ou fibres optiques qui ne sont pas utilisées par l'opérateur propriétaire du réseau, mais qui sont louées à d'autres opérateurs (sans offre d'autres services supplémentaires).

de concentration doit, moyennant l'imposition de «conditions», être déclarée «admissible» (2.2).

2.1. L'évaluation concurrentielle de l'opération
L'évaluation concurrentielle de l'opération suit un cheminement classique. Le Conseil s'intéresse d'abord aux marchés de produits sur lesquels opèrent Belgacom et Scarlet. La décision se concentre sur les principaux cœurs de métier de Belgacom et Scarlet (les «clusters», c'est-à-dire les groupes d'activités sur lesquels les deux opérateurs se présentent à leurs clients), à savoir téléphonie fixe, Internet à haut débit, lignes louées et services de communication de données pour les entreprises. Plutôt que de procéder à une classique délimitation des marchés, la décision s'inspire explicitement des analyses de marché de l'Institut Belge des Postes et Télécommunications («IBPT»), et énumère une série de marchés de produits distincts, selon par exemple qu'il s'agit de la clientèle résidentielle ou non-résidentielle, d'activités de gros ou de détail, de services nationaux ou internationaux.¹² Dans une perspective géographique, tous les marchés ont une dimension nationale, à l'exception du marché de services de communication de données pour les entreprises, de dimension européenne.

Le Conseil s'intéresse ensuite aux marchés de produits affectés par l'opération, c'est-à-dire ceux des marchés pertinents sur lesquels apparaissent des chevauchements horizontaux, ou ceux sur lesquels Belgacom et Scarlet entre-

tiennent des relations verticales. La concentration donne lieu à un certain nombre de chevauchements horizontaux sur:

- Les divers marchés de détail dans le domaine de la téléphonie fixe (de l'accès et des services, aussi bien pour la clientèle résidentielle que non-résidentielle);
- Les marchés de détail pour l'accès à l'Internet à haut débit (aussi bien pour la clientèle résidentielle que non-résidentielle);
- Le marché de gros pour la revente d'accès à large bande (carrier xDSL);
- Les marchés des lignes louées;
- Le marché des services de communication de données pour les entreprises.¹³

Le Conseil constate également que Belgacom et Scarlet entretiennent des relations verticales, par exemple au niveau de la revente d'accès à large bande (carrier xDSL),¹⁴ de l'utilisation des lignes louées, ou encore des services de communication de données.¹⁵

En dépit du nombre important de marchés affectés, l'essentiel de l'évaluation des conséquences de l'opération – c'est à tout le moins ce qui ressort de la décision – porte sur deux types de marchés.¹⁶ Sur le *marché de détail pour l'accès à l'Internet à haut débit*, en premier lieu, le Conseil considère que la concentration entravera significativement la concurrence.¹⁷ Pour atteindre cette conclusion, le Conseil s'intéresse d'abord à la part de marché de l'entité fusionnée. L'opération permet à Belgacom – qui détient une position de leader avec une part de marché située entre 45% et plus de 50% – d'absorber la part de marché de Scarlet, située entre 0 et 5%. Malgré l'incrément relativement limité de part de marché que comporte l'acquisition de Scarlet, le Conseil estime que la part de marché déjà significative de Belgacom augmentera bien au-dessus de 50%.¹⁸ En conséquence, l'opération augmentera significativement le degré de concentration du

¹² En ce qui concerne les activités («cluster») de téléphonie fixe: le marché de détail pour l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle; le marché de détail pour l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle non-résidentielle; le marché de détail pour les services téléphoniques nationaux accessibles au public en position déterminée (pour la clientèle résidentielle et non-résidentielle); le marché de détail pour les services téléphoniques internationaux accessibles au public en position déterminée (pour la clientèle résidentielle; et non-résidentielle); le marché de gros pour départ d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée; le marché de gros pour la terminaison d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée; le marché de gros pour le transit d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée. En ce qui concerne les activités («cluster») de services Internet à haut débit: le marché de détail pour l'accès à l'Internet à haut débit pour la clientèle résidentielle; le marché de détail pour l'accès à l'Internet à haut débit pour la clientèle non-résidentielle; le marché de la fourniture en gros d'accès à large bande; le marché de gros pour la revente d'accès à large bande (carrier xDSL, non-régulé par l'IBPT); le marché de gros d'accès dégroupé aux boucles et sous-boucles sur lignes métalliques, pour les services de haut débit et vocaux. En ce qui concerne les activités («cluster») de lignes louées: le marché de détail pour lignes louées; le marché de gros pour des segments terminaux de lignes louées; le marché de gros pour des segments de lignes louées sur le circuit interurbain. Enfin, au sujet des activités («cluster») de services de communication de données pour les entreprises, le Conseil ne définit pas plus finement le marché.

¹³ Voir décision, p.20, §64.

¹⁴ Sur le marché de la fourniture en gros d'accès à large bande, Belgacom fournit en gros à Scarlet l'accès à large bande que cette dernière revend à d'autres opérateurs (carrier xDSL). Voir décision, p.20, §67.

¹⁵ Scarlet utilise également une partie des «dark fibre» de Belgacom. Scarlet fournit aussi des services de téléphonie fixe au départ des lignes de Belgacom, via le mécanisme de pré-sélection. Cette possibilité disparaîtra après la concentration.

¹⁶ Le Conseil aurait en principe dû soumettre à évaluation concurrentielle approfondie l'ensemble des marchés affectés.

¹⁷ Au sens de l'article 8, §4 LPCE.

¹⁸ La décision indique qu'une même conclusion s'impose si l'on définit des marchés distincts pour la clientèle résidentielle et la clientèle non-résidentielle (sur ce dernier marché, la part de marché de Belgacom serait plus importante, mais celle de Scarlet serait moins significative. La même conclusion s'imposerait donc). Voir décision, p.21, §70(6).

marché et la part de marché détenue par Belgacom sur divers segments «créera, ou à tout le moins, renforcera une position dominante». ¹⁹

Ensuite, le Conseil fait porter son examen sur les contraintes concurrentielles exercées par les concurrents présents sur le marché. Il rappelle à titre liminaire qu'un marché organisé autour de deux blocs, un opérateur historique (Belgacom) d'une part, et des câblo-opérateurs détenant entre 30 et 40% du marché, d'autre part, n'est pas digne de «confiance». ²⁰ La concurrence qu'instillent les opérateurs DSL alternatifs à savoir KPN Belgium (Versatel et Tele2), Scarlet et Mobistar apparaît donc cruciale pour le bon fonctionnement du marché et l'intérêt du consommateur. ²¹ Or, selon la décision, suite à l'élimination d'un opérateur DSL alternatif du marché, le degré de pression concurrentielle s'exerçant sur Belgacom mais aussi sur les câblo-opérateurs sera insuffisant. ²² Cela est d'autant plus vrai que l'opérateur appelé à disparaître, Scarlet, a joué un rôle innovateur sur le marché en offrant des produits nouveaux à des prix particulièrement agressifs («scherpe prijzen»). ²³ KPN Belgium, seul fournisseur alternatif DSL à rester sur le marché après la concentration, n'apparaît pas en mesure d'exercer une pression

comparable, son expansion s'étant tassée dans les années précédant l'opération. ²⁴

Enfin, le Conseil tire un diagnostic pessimiste sur le degré de concurrence potentielle (c'est-à-dire l'entrée de nouveaux opérateurs à moyen terme) à escompter une fois l'opération réalisée. La structure du marché devrait en elle-même décourager toute velléité d'entrée.

En deuxième lieu, le Conseil s'intéresse au groupe des divers marchés de détail de la téléphonie fixe. Sur ces marchés, toutefois, la décision du Conseil est succincte. Renvoyant à sa décision motivée de fin de première phase, et notamment aux mesures de parts et de concentration du marché, ²⁵ le Conseil – sans davantage de détails – conclut que la concentration y entrave significativement une concurrence effective. ²⁶

Les autres marchés affectés, c'est-à-dire les marchés de gros pour la revente d'accès à large bande («carrier xDSL»), des lignes louées et de communication de données à des entreprises sont soumis à un traitement plus sommaire. Le Conseil renvoie de nouveau à sa décision motivée de première phase, mais cette fois pour considérer qu'il n'est pas certain que l'opération soit susceptible d'entraver la concurrence de manière significative. Au sujet du marché de gros pour la revente d'accès à large bande, le Conseil relève notamment que Mobistar demeure un concurrent important. ²⁷ Concernant le marché des

¹⁹ Voir décision, p.21, §70(5 et 7). On soulignera, ici, le caractère quelque peu confondant de la formulation employée par le Conseil, qui suggère que Belgacom occupait déjà une position dominante avant l'opération de concentration.

²⁰ Voir décision, p.22, §72: «Aan DSL concurrentie wordt eveneens in terecht groot belang gehecht omdat, met het oog op een goede concurrentiële marktwerking in het belang van de eindgebruikers, geen vertrouwen wordt geschonken in een marktstructuur met twee blokken, Belgacom als de historische operator met fijnmazig netwerk, enerzijds, en de kabel, anderzijds».

²¹ Le Conseil considère que l'opérateur DSL alternatif le plus important est KPN Belgium (Versatel et Tele2), avec une part de marché située entre 0 et 10%. Scarlet constitue le deuxième opérateur DSL alternatif avec une part de marché entre 0 et 5%. Pour les services d'Internet à haut débit, la décision du Conseil indique que KPN Belgium et Scarlet sont les opérateurs les plus importants. Mobistar occupe une position de marché nettement moins significative.

²² Le Conseil souligne encore que l'opération permet à Belgacom de renforcer sa position en étendant sa gamme de services, et notamment en lui permettant d'offrir les services «no frills» de Scarlet, destinés aux consommateurs souhaitant bénéficier de services de communications électroniques basiques. Le concept «no frills» renvoie à des services comparables à ceux que présentent, dans d'autres secteurs, les compagnies aériennes «low cost» ou les chaînes de distribution dites de «hard discount».

²³ Le Conseil prend l'exemple de l'introduction de Scarlet One en 2004. Scarlet One constitue la première offre de téléphonie par Internet à haut débit en Belgique («voice over broadband»). Il s'agit de la combinaison de services d'accès à l'Internet à haut débit et de services de téléphonie fixe. La formule ne nécessite pas d'abonnement auprès de Belgacom. Voir décision, p.22, §73(4) et suivants.

²⁴ La décision indique en effet que le nombre de clients de l'offre Tele2 de KPN Belgium stagne depuis 2007. Voir décision, p.22, §74.

²⁵ En ce qui concerne le marché de détail pour l'accès au réseau téléphonique, la décision rendue en première phase fait référence à une part de marché pour les parties à la transaction de l'ordre de 80-90% (Belgacom 80-90%, Scarlet 0-5%). Les concurrents sont Telenet (10-20%), Tele2/Versatel (0-10%), Orange (0-10%), BT (0-10%), AT&T (0-10%), Coditel (0-10%), VOO (0-10%). La part de marché combinée pour Belgacom et Scarlet est sensiblement équivalente (entre 80 et 90%) sur les segments résidentiels et non-résidentiels. Le Conseil ajoute que leur part de marché combinée représente à peu près 8 fois celle du concurrent le plus proche. Sur le marché de détail pour les services téléphonique nationaux et internationaux accessibles au public, le Conseil fait état d'une part de marché située entre 70 et 80% (Belgacom 60-70% et Scarlet 0-5%). Les concurrents sont Telenet/Codenet (0-10%), BT (0-10%), Tele2/Versatel (0-10%), Verizon/MCI (0-10%), Colt Belgium (0-10%), Mobistar (0-10%) et d'autres opérateurs (0-10%). Sur ce marché, la part de marché combinée de Belgacom et Scarlet représente plus de 10 fois celle du concurrent le plus proche. Pour ces deux analyses de marché, le Conseil souligne que le fait que Scarlet détient une part de marché modeste doit être relativisé («Het relatief bescheiden marktaandeel van Scarlet moet gerelativeerd worden»). Voir décision rendue en première phase, p. 8, §36(2) et p.9, §36(2).

²⁶ Au sens de l'article 8, §4 LPCE.

²⁷ Le Conseil relève également que des opérateurs actifs sur le marché de détail pourraient à long terme exercer indirecte-

lignes louées, le Conseil estime que la conclusion est moins évidente, vu l'importance des parts de marchés et du degré de concentration. Toutefois, la décision ne se prononce pas clairement sur le risque d'entrave significative à une concurrence effective.²⁸

2.2. Admissibilité sous conditions

Pour répondre aux préoccupations de l'autorité, Belgacom avait présenté une série d'engagements à l'auditeur général puis au Conseil.²⁹ Après avoir entendu les tiers, le Conseil avait adressé des commentaires à Belgacom le 21 octobre 2008, jugeant les engagements insuffisants. Belgacom présenta de nouveaux engagements le 5 novembre 2008.

Le Conseil décide *in fine* de déclarer l'opération admissible. Sa décision est assortie de conditions garantissant que Belgacom respecte les derniers engagements proposés, à savoir:

1. Désinvestissement de l'infrastructure de réseau de Scarlet – Belgacom s'engage à céder l'infrastructure de réseau de Scarlet, afin de permettre à un opérateur de développer sa position sur les marchés sur lesquels Belgacom et Scarlet sont actifs. La décision d'admissibilité est conditionnée à la réalisation du désinvestissement. Le Conseil n'impose cependant pas que le désinvestissement soit mis en œuvre avant le «closing» de l'opération;
2. Libération des clients de Scarlet sans restriction – Les clients de Scarlet (connectés au réseau de Belgacom suite à l'opération) qui souhaiteraient changer d'opérateur sont libérés de certaines restrictions contractuelles et financières. L'engagement vise à faciliter la migration des clients de Scarlet vers un autre fournisseur d'accès à l'Internet à haut débit;
3. Maintien du concept et de l'offre de Scarlet – Belgacom à compte de s'est engagée, pour une période d'au moins trois ans de la date de la décision, à: (i) maintenir envers les consommateurs l'offre des produits et services de Scarlet existant au 5 novembre 2008; (ii) fournir ces produits et services sous le nom de Scarlet; et (iii) les offrir aux mêmes conditions commerciales que Scarlet (prix, vitesse de téléchargement ascendant («upload») et descendant («download»), limites de volumes);
4. Maintien des conditions commerciales applicables aux clients finals de Scarlet – Belgacom s'est engagée à maintenir les tarifs en vigueur avant le 5 novembre 2008 et à ne pas faire utilisation, dans les trois ans suivant la date de la décision, des clauses contractuelles permettant de rompre les contrats avec les clients de Scarlet (à l'exception de cas d'inexécution des obligations contractuelles par le client ou de force majeure);
5. Maintien des accords de fourniture de «dark fibre» – Belgacom s'est engagée à garantir le respect de tous les contrats existants de fourniture de «dark fibre» aux conditions contractuelles applicables (prix et obligations éventuelles en matière de support techniques et maintenance);
6. Maintien des conditions commerciales et de l'offre Scarlet sur le marché de gros³⁰ – Belgacom s'est engagée à garantir le respect de tous les contrats conclus avec les clients de gros de Scarlet (et notamment, à maintenir les conditions contractuelles applicables aux tarifs et obligations en matière de support technique et maintenance). Belgacom s'est aussi engagée à ne pas faire utilisation, dans les trois ans suivant la date de la décision, des clauses contractuelles permettant de rompre les contrats avec les clients de Scarlet (sauf cas d'inexécution des obligations contractuelles par le client ou de force majeure). Belgacom s'est encore engagée à permettre aux clients de gros de Scarlet de renouveler leur contrat aux conditions en vigueur le 5 novembre 2008, et ce pour une durée maximum de trois ans à compter de la date de la décision. Enfin, Belgacom s'est engagée, pour une période d'au moins trois ans, à maintenir l'offre de gros de Scarlet existant au 5 novembre 2008 aux conditions alors en vigueur (prix, vitesse de téléchargement ascendant («upload») et descendant («download»), limites de volumes);
7. Accords de «cybercenter» – Ce remède répond aux préoccupations émises par Base en cours de procédure. Ni la décision, ni la proposition d'engagements ne fournissent davantage de précisions sur cette mesure corrective, jugée confidentielle;
8. Accords de gros additionnels – Belgacom garantit que le «rental fee» pour le service BROBA ADSL2+ (la fourniture en gros d'accès à large bande «bit stream») ne dépassera pas un montant de € 6,26/mois (HT);
9. Fixation nationale de prix en matière de services d'Internet à haut débit et de téléphonie fixe et par Internet – Belgacom s'engage à appliquer aux clients résidentiels³¹ un tarif uniforme sur l'ensemble du territoire

ment une pression concurrentielle sur Belgacom. Voir décision, p.26, §92(3).

²⁸ Le Conseil estime en effet que les engagements remédient à toute préoccupation éventuelle. Voir décision, p.26, §93(3).

²⁹ Conformément à l'article 56, §2 LPCE, Belgacom a offert des engagements le 4 juin 2008. Puis, en vertu de l'article 56, §6 LPCE, Belgacom a présenté de nouveaux engagements le 29 septembre 2008 et le 5 novembre 2008.

³⁰ Ces engagements concernent principalement les marchés (i) de gros de revente d'accès à large bande (carrier xDSL) et (ii) des lignes louées.

³¹ C'est-à-dire les clients ne disposant pas de numéro de TVA.

national pour (i) l'accès à l'Internet à haut débit par DSL; (ii) l'accès à des services de téléphonie fixe; et (iii) le plan tarifaire iTalk.³² Cet engagement vise à permettre aux opérateurs alternatifs de baisser leur prix pour les clients résidentiels, sans faire l'objet d'une riposte tarifaire ciblée de Belgacom. La décision du Conseil indique que cet engagement pourrait déboucher sur une diminution des prix sur les marchés concernés.

Dans l'ensemble, un double objectif imprègne ces mesures correctives. Premièrement, les engagements agissent du côté de la *demande*, en protégeant les clients vis-à-vis de l'entité fusionnée. C'est l'objet des diverses obligations de *standstill* imposées à Belgacom (3 et 4) qui devraient permettre aux consommateurs de bénéficier – à tout le moins virtuellement – des services «*innovants*» de Scarlet, ou encore de l'élimination des restrictions contractuelles, censées faciliter la mobilité des clients de Scarlet vers les concurrents de Belgacom (2).

Deuxièmement, les engagements cherchent à agir du côté de l'*offre*, en protégeant la structure du marché. Ainsi s'explique sans doute la condition de désinvestissement du réseau de Scarlet, qui vise à permettre l'émergence d'un opérateur alternatif sur les divers marchés occupés par les parties (1), ainsi que les mesures relatives aux conditions de fourniture sur les marchés de gros, assurant le maintien de conditions intéressantes pour les opérateurs concurrents (5, 6, et 8).

II. Sur les conditions d'admissibilité de l'opération de concentration

A. Le désinvestissement de l'infrastructure de réseau de Scarlet

Cette mesure corrective est suffisamment inédite et lourde pour que l'on s'y attarde quelques instants. Parmi les atouts ayant permis à Scarlet d'exercer une pression concurrentielle dans le marché de l'accès à l'Internet à haut débit et de la téléphonie fixe, le Conseil avait souligné la détention d'un réseau de fibres de verre optique de 1300 kilomètres présent dans, et connectant, les villes plus importantes de Belgique (Bruxelles, Anvers, Gand, Courtrai, Louvain, Hasselt, Liège, Namur, Charleroi et Mons) ainsi que le réseau de Belgacom. Belgacom, manifestement prête à renoncer à ce réseau, s'était engagée à céder à un tiers l'infrastructure de Scarlet.

Le Conseil estime que l'engagement proposé par Belgacom résout significativement le problème de concurrence

³² La durée pour laquelle Belgacom s'est engagé est confidentielle. L'engagement ne recouvre pas les offres promotionnelles temporaires.

posé par l'opération.³³ A titre liminaire, la décision rappelle que le désinvestissement maintient un certain degré de concurrence inter-réseaux («*networks-based competition*»), généralement jugée plus efficace que la concurrence inter-services («*service-based competition*»).³⁴ Plus fondamentalement, le Conseil paraît apprécier l'*ubiquité* de l'engagement soumis par Belgacom. Il permet en effet de maintenir, voire améliorer, le niveau de concurrence sur l'*ensemble* des marchés sur lesquels Belgacom et Scarlet sont actifs, et sur la *plupart* des marchés sur lesquels Belgacom est actif.

Techniquement, l'acquéreur du réseau de Scarlet disposera des interconnexions avec le réseau de Belgacom et des autres opérateurs, ainsi que des connexions directes au terrain privé des utilisateurs non-résidentiels (la boucle locale ou «*last mile*»).³⁵ En revanche, les engagements ne portent pas sur le «*last mile*» reliant le domicile des utilisateurs résidentiels au répartiteur téléphonique puisque – comme l'indique la décision – le réseau de Scarlet ne recouvre généralement pas la boucle locale résidentielle.³⁶

Le Conseil ne juge pas nécessaire d'appliquer les principes du «*règlement préalable*» («*upfront buyer*») ou de «*d'acquéreur initial*», en demandant à Belgacom de lui présenter un acquéreur approprié avant la clôture de la procédure.³⁷ Le désinvestissement pourra donc avoir lieu

³³ Selon le Conseil, Belgacom a modifié de manière significative les engagements initiaux, jugés insuffisants. Le Conseil considère que Belgacom ne peut pas aller plus loin dans l'offre d'éléments de réseau à désinvestir. Voir décision, p.23, §79(2).

³⁴ Le Conseil indique qu'il suit ainsi la position de plusieurs autorités de concurrence et experts du monde entier. La décision précise que la concurrence inter-réseaux est un objectif optimal vers lequel il faut en principe tendre. Voir décision, p.23, §78(5).

³⁵ Belgacom a aussi prévu des solutions qui doivent éviter que les connexions du client sur son terrain privé deviennent impossibles.

³⁶ Les opérateurs concurrents (et notamment Mobistar) estiment que le contrôle de Belgacom sur la boucle locale est un facteur important de son pouvoir de marché. Il est en effet indispensable de passer par le réseau de Belgacom pour les connexions aux clients résidentiels. Voir <http://www.standaard.be/Artikel/Detail.aspx?artikelId=1123snd4>.

³⁷ Voir Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) no 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) no 802/2004 de la Commission, JOCE C267/1 du 22 octobre 2008, §50: «*outre ces conditions, les engagements prévoient que les parties ne pourront clore l'opération notifiée avant d'avoir conclu un accord contraignant avec un acquéreur pour l'activité, approuvé par la Commission (dit «acquéreur initial»). Troisièmement, les parties identifient un acquéreur pour l'activité et concluent déjà un accord contraignant pendant la procédure de la Commission [mesure corrective de type «règlement préalable»]. La principale différence entre les deux dernières options est que dans le cas d'un acquéreur initial, la Commission ne connaît pas l'i-*

une fois la concentration réalisée. Si la cession ne se produit pas dans une période prédéfinie,³⁸ un mandataire cessionnaire indépendant («*divestiture trustee*») pourra conclure la transaction sans être tenu à un prix minimum.

Le raisonnement du Conseil repose sur une double constatation. Premièrement, dans les délais serrés qu'imposeraient les principes de l'acquéreur initial et du règlement préalable, Belgacom n'aurait pas le temps de déconnecter les clients de Scarlet pour les reconnecter à son réseau. Il est permis, toutefois, de se demander si cela est exact. Ni le principe de l'acquéreur initial, ni le principe du règlement préalable n'imposent la mise en œuvre effective de la cession avant la décision finale, mais simplement l'identification/la présentation au Conseil d'un acquéreur et la conclusion avec lui d'un accord contraignant décrivant les points essentiels de l'achat. Dès lors, il aurait été possible d'appliquer ces principes sans exiger de Belgacom qu'elle déconnecte et reconnecte les clients de Scarlet. Le prétendu lien entre la nécessité de déconnecter les clients de Scarlet et l'impossibilité d'appliquer les principes de l'acquéreur initial et du règlement préalable laisse perplexé.

Deuxièmement, à l'époque de la décision, le Conseil indiquait connaître l'existence de candidats acquéreurs. Néanmoins, la recherche d'un acquéreur pour le réseau a pris environ 8 mois.³⁹ Ceci n'est guère surprenant. A l'exception d'une poignée d'opérateurs du secteur, les candidats potentiels à l'achat d'un simple réseau de communications dépourvu d'actifs commerciaux et notamment de la clientèle (donc, une activité pas nécessairement viable en tant que telle) ne sont pas légion.⁴⁰ Sans doute, donc, une application du principe de l'acquéreur initial ou du règlement préalable aurait été justifiée, comme l'indiquent à l'échelon communautaire les lignes directrices sur les mesures correctives.⁴¹

dentité de l'acquéreur avant d'adopter une décision d'autorisation».

38 Période jugée confidentielle.

39 Voir <http://www.6minutes.be/FR/Artikel.aspx?ArtikelID=15578&RubriekID=19>.

40 Pour éviter un tel problème, plusieurs décisions de la Commission européenne ont dans le passé conditionné la réalisation d'une concentration au désinvestissement d'un réseau ainsi qu'au transfert des contrats avec les clients sur les marchés de détail et de gros. Voir, par exemple, Décision de la Commission du 8 juillet 1998, IV/M.1069 – *World-Com/MCI*.

41 Voir Communication de la Commission concernant les mesures correctives, préc. §57: «La Commission est favorable aux solutions du type «règlement préalable», notamment lorsque l'identité de l'acquéreur est essentielle à l'efficacité de la mesure corrective proposée. Il s'agit de situations dans lesquelles, compte tenu des circonstances, seul un nombre très restreint d'acquéreurs potentiels peuvent être jugés appropriés, eu égard notamment au fait que l'activité cédée

B. La libération des clients de Scarlet sans «restriction contractuelle»

Sur le marché de détail de l'accès à l'Internet à haut débit, Belgacom s'est engagée à libérer les clients de Scarlet des «*restrictions contractuelles*» applicables, et notamment des coûts financiers liés à un changement d'opérateur.⁴² L'engagement permet aux clients de Scarlet – qui deviennent, par le jeu de l'opération, automatiquement clients de Belgacom – de se tourner vers des fournisseurs concurrents sans subir une pénalité financière. Toutefois, puisque l'opération a déjà eu un grand retentissement,⁴³ le Conseil estime qu'une simple publication de ces conditions sur le site Internet de Scarlet est suffisante. Enfin, le Conseil estime qu'il n'est pas nécessaire que les clients de Scarlet se voient donner la faculté d'exprimer – lors de la réalisation de l'opération – leur volonté de devenir clients de Belgacom.⁴⁴

Il est intéressant de constater ici qu'en dehors de l'élimination des restrictions contractuelles applicables, le Conseil fait prévaloir une solution assez peu protectrice des clients de Scarlet. D'abord, ce que le Conseil omet d'indiquer dans sa décision, ce sont les conditions strictes dans lesquelles les clients doivent manifester, spontanément, leur désintérêt pour les services de Belgacom: (i) le client doit réagir dans les trois mois de la conclusion de la transaction; et (ii) respecter un délai de 30 jours suivant la date prochaine de facturation.⁴⁵

De plus, il est permis de se demander en quoi le retentissement entourant l'opération de concentration renseigne, d'une façon ou d'une autre, sur les conditions commerciales appliquées par Belgacom aux anciens clients de Scarlet.

Enfin, plus fondamentalement, les motifs avancés par le Conseil pour juger les engagements suffisants reposent sur une analyse relativement impressionniste des caractéristiques des clients de Scarlet. Selon le Conseil, «on peut

n'est pas viable en tant que telle mais ne pourra l'être que grâce à certains actifs de l'acquéreur, ou dans lesquelles l'acquéreur doit présenter des caractéristiques spécifiques pour que la mesure corrective permette de résoudre les problèmes de concurrence».

42 Puisqu'aucune restriction de cette nature ne s'applique aux services de téléphonie fixe, aucun engagement n'est prévu pour ce marché.

43 Voir décision, p.24, §85: «*vruchtbaarheid*».

44 Voir décision, p.25, §86: «L'engagement n'est pas formulé d'une telle façon qu'en principe, Belgacom abandonne les clients de Scarlet et que seuls les clients de Scarlet en faisant le choix deviennent clients de Belgacom». Traduction libre de «*De verbintenis wordt niet zo geformuleerd dat Belgacom in beginsel afziet van klanten van Scarlet, en dat alleen die Scarlet-klanten klant worden bij Belgacom [...] die daarvoor uitdrukkelijk kiezen*».

45 Voir proposition d'engagements soumise par Belgacom le 5 novembre 2008, p.12.

postuler que les clients de Scarlet ont consciemment opté pour un concept spécifique et qu'ils sont dès lors plus critiques et alertes».46 Le Conseil en déduit donc que «l'inertie d'un consommateur moyen ne peut être présumée pour les clients de Scarlet».47 Dès lors, il serait inutile d'exiger que Belgacom recueille le consentement préalable des clients de Scarlet à une migration vers ses services. Une telle formule, selon le Conseil, «ne produirait pas de résultat différent».48

Si l'on suit bien son raisonnement, les clients de Scarlet constituent ce que les économistes du marketing qualifient de clients «mercenaires» (voire de clients «terroristes»), c'est-à-dire des clients volatiles, à tout moment susceptibles de changer de fournisseur au gré des fluctuations de leur indice de satisfaction.49 Le Conseil postule donc que ces clients, qui avaient volontairement sélectionné les services de Scarlet et rejeté les offres de services concurrents (dont celle de Belgacom), devraient spontanément envisager de faire jouer la faculté de rupture (sans pénalité financière) de leur relation contractuelle avec Belgacom, dans les mois suivant la réalisation de l'opération.

Les propos du Conseil soulèvent quelques interrogations. Son argumentation, plus intuitive qu'empirique, n'est étayée par aucun sondage, entretien, enquête de consommation, etc. De plus, à considérer même que les pénalités financières soient éliminées, rien ne permet de conclure en l'absence d'informations supplémentaires que les anciens clients de Scarlet, une fois passés sous le pavillon de Belgacom, ne soient pas dissuadés de chercher une solution alternative. En effet, en dehors des coûts financiers de changement («financial switching costs»), toute recherche de solution alternative comprend d'autres coûts de changement qui entravent la mobilité des clients sur le marché.50 Ainsi en est-il des coûts procéduraux de chan-

gement, qui recouvrent notamment les coûts d'évaluation d'offres concurrentes, d'apprentissage, d'installation, etc.51 Le taux de «rétention» (ou d'inertie) des clients de Scarlet captés par Belgacom pourrait donc être plus élevé que ce que semble croire le Conseil dans sa décision. Sans compter qu'en l'absence du rachat du réseau de Scarlet, soit une période de 8 mois, le nombre d'offres alternatives de services d'accès à l'Internet à haut débit est demeuré limité.

De manière paradoxale, l'opération, telle qu'approuvée par le Conseil, semble en réalité pénaliser les clients de Scarlet, «critiques et alertes», astreints de nouveau à exprimer leur désintérêt pour les services d'un fournisseur pourtant non sélectionné dans le passé et à s'informer sur les services offerts sur le marché. Face à une opération de concentration exogène qu'ils subissent plus qu'ils choisissent, une solution plus respectueuse du bien-être du consommateur aurait consisté à replacer ces clients dans une situation de libre-choix sur le marché, et non dans une situation de captivité commerciale, même temporaire.52 A la lumière des coûts relativement limités – et non disproportionnés – qu'auraient imposées à Belgacom des mesures additionnelles de publication et/ou de correspondance avec les clients de Scarlet, on peut bien se demander pourquoi le Conseil ne s'est pas engagé sur cette voie.

capacité à choisir cette offre nécessite, premièrement, que les consommateurs soient prêts à y consacrer l'effort ou le temps nécessaire, pour par exemple la recherche d'information et l'analyse des nouvelles offres [...] Elle requiert, deuxièmement, que les offres tarifaires soient jugées suffisamment lisibles par les consommateurs. Elle est liée, troisièmement, à la connaissance suffisante des abonnés de leur propre mode de consommation pour être en mesure d'effectuer un choix éclairé. Quatrièmement enfin, il est essentiel que le niveau des coûts monétaires ou administratifs liés au changement ne dissuade pas les consommateurs de changer d'opérateur pour choisir, le cas échéant, une offre mieux adaptée» (p.10); «L'existence de coûts de changement d'opérateur est une explication possible de la faible mobilité des utilisateurs de mobile. Parmi les coûts de changement d'opérateur, le coût de la résiliation anticipée du contrat est un coût directement monétaire. La perte des points de fidélité peut aussi être assimilée à un coût de changement directement monétaire. D'autres coûts de changement ne sont pas directement monétaires. La réalisation de certaines étapes nécessaires au changement d'opérateur implique tout un ensemble d'efforts de la part des consommateurs, en particulier en termes de temps qui y est consacré. Ainsi, le temps passé, par exemple, à explorer les offres disponibles sur le marché et leurs caractéristiques représente pour les consommateurs un coût d'opportunité, puisque ce temps aurait pu être dédié à une autre activité» (pp.13-14).

46 Voir décision, p.24, §85. Traduction libre de «[...] bij Scarlet klanten, bij wie, door de bank genomen, mag gelden dat zij desbewust voor een bepaald concept hebben gekozen en dus kritisch en alert zijn».

47 Voir décision, p.25, §83(3). Traduction libre de «De inertie die de doorsnee consument (al dan niet van telecommunicatiediensten, overigens) er mogelijks toe brengt bij zijn leverancier te blijven, mag andermaal niet verondersteld worden bij een Scarlet-klant».

48 En termes de défection, vraisemblablement, c'est-à-dire du fait pour les clients de se tourner vers des offres concurrentes.

49 Voir T. JONES and W. EARL SASSER, Jr., «Why Satisfied Customers Defect», *Harvard Business Review*, November-December 1995.

50 L'autorité française de régulation des communications électroniques («ARCEP») vient de publier une étude sur cette question. Voir ARCEP, *Comportement des consommateurs de téléphonie mobile et changement d'opérateur – Une analyse à partir de données d'enquête [2007-2008]*, juillet 2009, disponible à http://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/rapport-chgmt-op-juil09.pdf. L'ARCEP y indique que «La

51 C'est à dire essentiellement des coûts en termes de temps et d'efforts. Voir T. BURNHAM, J. FRELS, V. MAHAJANN, «Consumer Switching Costs: A Typology, Antecedents, and Consequences», *Journal of the Academy of Marketing Science*, Spring 2003, 109-126.

52 En exigeant de Belgacom qu'elle informe expressément les clients de Scarlet de la possibilité de changer de fournisseur de services à l'occasion de l'opération.

III. Sur la procédure

A. Calendrier de la procédure et confidentialité des engagements

La décision du Conseil apporte d'utiles clarifications sur le calendrier de proposition des engagements, en indiquant que la soumission d'une version *confidentielle* des engagements dans les délais suffit à respecter le calendrier de la procédure. En l'espèce, KPN Belgium et Base avaient fait valoir que le Conseil n'avait pas respecté l'article 59, §1, alinéa 2ème LPCE, qui dispose que les entreprises notifiantes peuvent présenter à l'auditeur général des engagements destinés à obtenir une décision d'admissibilité au plus tard vingt jours ouvrables après la date de la décision d'engager la procédure d'instruction complémentaire. Le 4 juin 2008, soit le vingtième jour ouvrable après la décision d'engager l'instruction complémentaire, Belgacom avait présenté des engagements sous une forme confidentielle à l'auditeur général. La version non-confidentielle de ces engagements n'avait été soumise que deux jours plus tard, le 6 juin 2008. KPN Belgium et Base s'interrogeaient donc sur la question de savoir si les engagements avaient été soumis à temps.⁵³ Le Conseil, estimant que la version confidentielle des engagements était celle pertinente au regard du calendrier de la procédure – et donc que les engagements avaient été proposés dans les délais prévus – décida le 7 juillet 2008 de prolonger la procédure jusqu'au 26 septembre 2008 pour faire examen des engagements.⁵⁴

B. L'accès des entreprises tierces au rapport motivé et au dossier d'instruction

Lors de la première phase d'examen, le Conseil avait décidé que KPN Belgium, Base, Colt Telecom, Telenet et Mobistar, entreprises tierces à l'opération, présentaient un intérêt suffisant pour être entendues.⁵⁵ Le Conseil refusait toutefois de leur ouvrir accès au dossier d'instruction et au rapport motivé de première phase, estimant que ces entreprises étaient suffisamment au fait des marchés et des activités concernées pour exprimer leur opinion sur le bilan concurrentiel de l'opération. Lors de la deuxième phase d'examen, les mêmes entreprises s'étaient toutefois vues reconnaître accès au rapport complémentaire de l'auditeur général.⁵⁶

La décision du Conseil est particulièrement floue sur le critère gouvernant l'accès des tiers au dossier d'instruction

⁵³ Et s'il était le cas échéant justifié de prolonger la procédure d'une durée des 20 jours afin de prendre la décision finale.

⁵⁴ Beslissing nr. 2008-C/C-42 van 7 juli 2008, Zaak MEDE-C/C-08/0006, *Belgacom NV/Scarlet NV*, disponible sur le site Internet du Conseil: http://economie.fgov.be/nl/binaries/422008cc06_Belgacom_Scarlet_termijnverlenging_tcm325-35700.pdf.

⁵⁵ Dans deux décisions en date des 19 et 24 avril 2008.

⁵⁶ Dans une décision en date du 11 juillet 2008.

et au rapport motivé. La décision indique, dans ce qui s'apparente à un considérant de principe, que le fait qu'un tiers («qui n'est pas partie à la concentration et ne l'a pas notifiée») présente un intérêt suffisant pour être entendu par le Conseil, n'entraîne pas *ipso jure* un droit d'accès au dossier d'instruction ou au rapport motivé.⁵⁷ Toutefois, elle ajoute, sans autre précision, que le Conseil peut s'estimer compétent pour octroyer à ce tiers, sur demande, accès au dossier d'instruction, au rapport motivé, ou à certaines parties de ces documents.

L'analyse que propose le Conseil des dispositions et arrêts pertinents des droits belge et communautaire de la concurrence n'est guère plus éclairante. En matière de droit belge, le Conseil fait référence à un arrêt du 22 janvier 2008, dans lequel la Cour de Cassation promeut une position restrictive, conditionnant l'accès des tiers au fait que «ces documents soient strictement nécessaires pour permettre à ce tiers de faire utilement connaître son point de vue sur l'opération de concentration notifiée et sur son impact sur la concurrence».⁵⁸ En droit communautaire,⁵⁹ les «bonnes pratiques applicables aux procédures de contrôle des concentrations» indiquent ainsi que, «dans l'intérêt de l'investigation et dans des cas appropriés», la Direction Générale de la concurrence peut, discrétionnairement, fournir aux tiers présentant un intérêt suffisant dans la procédure, une version non confidentielle de la Communication des griefs.⁶⁰

⁵⁷ Voir décision, p.8, §14(3): «Een derde die niet aan de concentratie deelneemt en deze niet heeft aangemeld maar die van een voldoende belang doet blijken om door de kamer van de Raad te worden behoord, heeft geen recht op toegang tot gemotiveerd verslag of onderzoeksdossier».

⁵⁸ Voir Cass. (1e k.) AR H.07.0001.F, 22 janvier 2008 (nous soulignons). Certes, dans cet arrêt, la Cour s'était exprimée sur l'accès au dossier en première phase. Le Conseil a néanmoins estimé que ces principes étaient valables pour la procédure en général. Le Conseil a également examiné la législation belge, sans parvenir à en tirer une quelconque conclusion intéressante. L'article 59, §3 de la LPCE, notamment, qui organise le calendrier de dépôt des observations des personnes intervenant dans la procédure d'examen, ne prévoit pas un droit des tiers à l'accès au rapport motivé et au dossier d'instruction.

⁵⁹ Le Conseil mentionne la Communication de la Commission relative aux règles d'accès au dossier, mais indique qu'elle n'apporte aucune réponse à la question en cause en l'espèce. Cette communication prévoit certes un droit d'accès au profit des parties notifiantes et des «autres parties intéressées» («par exemple le vendeur et l'entreprise qui est la cible de l'opération»), mais ne dit rien des tiers à une opération de concentration. Voir Communication de la Commission relative aux règles d'accès au dossier de la Commission dans les affaires relevant des articles 81 et 82 du Traité CE, des articles 53,54 et 57 de l'accord EEE et du règlement 139/2004 du Conseil, JOCE C325/7 du 22 décembre 2005.

⁶⁰ Voir Best Practices on the conduct of EC merger proceedings, disponible à <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>. Le document fait référence aux

En réalité, la décision semble épouser les principes, stricts, établis par le droit belge. La condition de *stricte nécessité*, prévue par la Cour de Cassation, doit être satisfaite.⁶¹ Se tournant vers les faits, le Conseil estime en l'espèce que l'accès au rapport complémentaire était important pour que les tiers puissent se prononcer d'une manière utile sur l'opération et ses effets sur la concurrence.⁶² En revanche, le Conseil estime qu'il n'était pas justifié de donner aux tiers accès aux pièces supplémentaires du dossier d'instruction, le contenu de ces pièces étant résumé dans le rapport complémentaire.

Conclusion

La décision du Conseil est-elle annonciatrice d'une ère nouvelle? De longue date, la politique jurisprudentielle molle des régulateurs du Royaume vis-à-vis de l'opérateur

historique est critiquée.⁶³ Or, avec quelques mois de recul, il est permis de se demander si les choses ne sont pas en train de changer. Le Conseil vient en effet de rendre, au cours du mois de mai 2009, une nouvelle décision imposant des sujétions particulièrement lourdes à Belgacom. Dans une récente affaire *Base/BMB*, le Conseil a ainsi condamné Belgacom à une amende de €66.300.000 pour abus de position dominante sur le marché belge de la téléphonie mobile.⁶⁴ Prises ensembles, les décisions *Belgacom/Scarlet* et *Base/BMB* pourraient bien siffler la fin de la récréation pour l'opérateur historique de communications électroniques en Belgique.⁶⁵ Il y a sans doute de quoi s'en réjouir.

Reste à voir si les mesures correctives administrées par le Conseil produiront l'effet escompté. A l'aune de développements récents, rien n'est moins sûr. La presse révèle ainsi qu'en date du 1er juillet 2009, le Conseil a approuvé la cession du réseau de Scarlet à Syntigo SA, filiale de la SNCB Holding, l'opérateur historique de l'industrie ferroviaire belge.⁶⁶ Syntigo SA fournit des capacités aux opérateurs alternatifs et aux grandes entreprises situées à proximité de son réseau de fibres optiques de 4000 kilomètres (installé le long des voies ferrées). Or, tandis que la mesure corrective visait à faire émerger un nouvel opérateur indépendant, actif sur l'ensemble des segments du marché des communications électroniques, Syntigo SA n'offre pas de services de communications électroniques sur les marchés de détail affectés par l'opération de concentration. Qui plus est, il est permis de se demander si Syntigo SA contribuera, comme l'avait fait Scarlet, à dynamiser la concurrence par l'offre de services innovants et, le cas échéant, à perturber la position de marché de Belgacom. Syntigo SA est une filiale à 100% de la SCNB

situations dans lesquelles le tiers est mis au courant des griefs: «*In addition, DG Competition may in the interest of the investigation in appropriate cases provide third parties that have shown a sufficient interest in the procedure with an edited version of the SO [Statement of Objections] from which business secrets have been removed, in order to allow them to make their views known on the Commission's preliminary assessment*», §36. Certains auteurs parlent d'accès des tiers au dossier en général, et semblent indiquer que dans la pratique, la Commission peut également octroyer accès à des documents autres que la seule Communication des griefs. Voir E. NAVARRO, A. FONT, J. FOLGUERA and J. BRIONES, *Merger Control in the EU*, 2nd Ed., Oxford University Press, Oxford, New York, 2005, §13-64.

⁶¹ Le Conseil considère – dans ces décisions envers KPN Belgium et Base – que si les principes appliqués par la Commission européenne étaient appliqués en droit de la concurrence belge, les tiers n'auraient pas un droit plein à l'accès au dossier, mais pourraient – dans des «*cas appropriés*» («*in appropriate cases*») – prendre connaissance des griefs élevés envers l'opération consignés dans le rapport complémentaire de l'auditeur général. Dès lors, si la législation européenne servait de lignes directrices interprétatives, l'accès au rapport complémentaire (ou à des parties de ce rapport) pourrait être accordé. Le Conseil ajoute néanmoins que la Cour de Cassation a établi dans l'arrêt précité une norme stricte en disposant que l'accès au dossier devait être «*strictement nécessaire*» pour permettre aux tiers de faire utilement connaître leur point de vue sur l'opération de concentration notifiée et sur son impact sur la concurrence.

⁶² Le Conseil a considéré que les tiers devaient avoir accès à la version non-confidentielle du rapport complémentaire, qu'il communiquera aux tiers le 8 juillet 2008. Les tiers n'avaient pas été en mesure de se prononcer sur l'analyse de l'auditeur général des engagements soumis en deuxième phase, ni de prendre connaissance des opinions des autres tiers au sujet des engagements (reprises dans le rapport complémentaire de l'auditeur général). De plus, le rapport complémentaire contenait aussi une analyse des marchés concernés (qui forme la base des conclusions de l'auditeur général au sujet de l'analyse des engagements proposés) et plus généralement, l'analyse de l'auditeur général sur la question de savoir si l'opération pouvait être déclarée admissible. Le Conseil conclut donc que les tiers devaient pouvoir prendre connaissance de ces analyses de marchés pour s'exprimer de manière utile sur la concentration et sur ses effets sur le marché.

⁶³ Voir notamment Communiqué de presse de la Commission, IP/08/1573, Téléphonie fixe en Belgique: la Commission demande à l'autorité de régulation belge de prendre des mesures pour renforcer la concurrence, Bruxelles, 23 octobre 2008. Voir aussi C. MADERO, «*The Information Highway at the service of sustainable development*», Summary based on the closing speech delivered at the colloquium of 7 May 2008 organised by the Platform Telecom Operators & Service providers; F. RIZZUTTO, «*Competition law enforcement in Belgium: the system remains flawed and uncertain despite recent reform*», 29 Issue 6, *European Competition Law Review*, 2008, p.367.

⁶⁴ Décision n° 2009-P/K-10 du 26 mai 2009, Affaire CONCP/K-05/0065, *Base/BMB*.

⁶⁵ Voir aussi Communiqué de presse de la Commission, IP/08/4, Télécommunications: la Commission européenne soutient les efforts redoublés de l'autorité belge de régulation des télécommunications pour intensifier la concurrence sur le marché du haut débit et préconise une action rapide et efficace, Bruxelles, le 3 janvier 2008, soulignant un manque significatif de concurrence en matière d'Internet à haut débit, et saluant les efforts récents du régulateur sectoriel visant à renforcer la concurrence dans le secteur.

⁶⁶ Voir <http://www.gva.be/nieuws/geldzaken/aid844897/nmbs-neemt-netwerk-scarlet-over.aspx>.

Holding, qui, tout comme Belgacom, est une société anonyme de droit public contrôlée par l'Etat belge. Condition nécessaire du succès d'une mesure corrective structurelle, l'indépendance du vendeur vis-à-vis de l'acquéreur est ici toute relative.