

Cour d'appel de Bruxelles

Grefe civil & fiscal - service des requêtes d'appel (étage 01)

Palais de Justice, Place Poelaert, 1000 Bruxelles

☎ 02 508 66 67

☎ 02 519 84 25

☎ 02 519 81 72

Notification – art. 1056 C.J.

2018/AR/1461, Chambre 18F, 06 septembre 2018 09:00

C.R.C. présidence assuré par l'IBPT

boulevard du Roi Albert II 35
1030 BRUXELLES

—
votre référence/avocat
Me

notre référence 2018/AR/1461
en cause de : BRUTELE S.C./C.R.C.

Bruxelles
29 août 2018

annexe
1

Madame, Monsieur,
Maître,

J'ai l'honneur de vous notifier ci-joint la requête, déposée au greffe de la Cour de ce siège.

Recevez, Madame, Monsieur, Maître, l'assurance de ma considération distinguée.



A. DE CLERCK
Greffier

29-08-2018

Cour d'appel de Bruxelles le greffier
Cour des marchés2018/AR/ 1461**REQUÊTE EN ANNULATION**

Visée à l'article 5, 3^e et 4^e alinéas de l'Accord de coopération du 17 novembre 2006 entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone relatif à la consultation mutuelle lors de l'élaboration d'une législation en matière de réseaux de communications électroniques, lors de l'échange d'informations et lors de l'exercice de compétences en matière de réseaux de communications électroniques par les autorités de régulation en charge des télécommunications ou de la radiodiffusion et de la télévision

À Mesdames et Messieurs les Premier Président, Présidents et Conseillers composant la Cour d'appel de Bruxelles,

Partie demanderesse:

BRUTÉLÉ S.C., dont le siège social est établi à 1050 Bruxelles, rue de Naples 29, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0205.954.655;

Ci-après dénommée **Brutélé** ou **la Requérente**;

Représentée et assistée par Jean Bourtembourg (bourtembourg@bourtembourg.be), avocat au barreau de Bruxelles, dont le cabinet est établi à 1060 Bruxelles, rue de Suisse 24, et par Peter L'Ecluse (plecluse@vbb.com), Valérie Lefever (vlfever@vbb.com) et Eléonore Waterkeyn (ewaterkeyn@vbb.com), avocats au barreau de Bruxelles, dont le cabinet est établi à 1170 Bruxelles, chaussée de La Hulpe 166;

Partie défenderesse:

La Conférence des Régulateurs du secteur des Communications électroniques, organisme d'intérêt public dont la présidence est actuellement assurée par l'IBPT, dont le siège est établi à 1030 Bruxelles, boulevard du Roi Albert II 35 ;

Ci-après dénommée la **CRC**;

Décision faisant l'objet du recours:

La décision de la Conférence des régulateurs du secteur des communications électroniques du 29 juin 2018 portant analyse des marchés du haut débit et de la radiodiffusion télévisuelle (*Pièce 1*);

Ci-après la *Décision Contestée*;

La Décision Contestée a été communiquée à la Requérante le 12 juillet 2018.

Juge du recours:

La 18^{ème} Chambre de la Cour d'appel de Bruxelles, Place Poelaert, 1, 1000 Bruxelles.

Code nature de l'affaire:

I.1.c

Date de comparution:

Le 06/09/2018 à 9 heures.

*

* * *

TABLE DES MATIÈRES

1.	INTRODUCTION	9
2.	À TITRE PRINCIPAL : ANNULATION DE LA DÉCISION CONTESTÉE.....	10
2.1	Premier moyen à titre principal : violation de l'article 40, alinéa 2, des lois coordonnées du 18 juillet 1966 sur l'emploi des langues en matière administrative.....	10
2.2	Deuxième moyen à titre principal : il n'y a pas lieu de réglementer les marchés de la radiodiffusion télévisuelle et du haut débit – violation du test des trois critères et du principe de bonne administration.....	13
2.2.1	Le test des trois critères n'est pas rempli en ce qui concerne le marché de gros pour l'accès central sur le câble (haut débit) et le marché de gros de la radiodiffusion télévisuelle	13
(A)	Le Test des trois critères n'est pas rempli en ce qui concerne le marché de gros de l'accès central sur câble (haut débit).....	14
(i)	Le marché de gros de l'accès central sur câble (haut débit) n'est pas énuméré dans la Recommandation du 9 octobre 2014.....	14
(ii)	Le critère de la structure de marché qui ne présage pas d'évolution vers une situation de concurrence effective n'est pas satisfait (deuxième critère).....	15
(iii)	Le critère du caractère insuffisant du droit de la concurrence n'est pas satisfait (troisième critère).....	17
(iv)	Conclusion concernant le marché de gros de l'accès central.....	20

(B)	Le Test des trois critères n'est pas rempli en ce qui concerne le marché de gros de la radiodiffusion télévisuelle.....	20
(i)	L'appréciation du premier critère (l'existence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée) est affectée d'erreurs factuelles	21
(ii)	Le deuxième critère, relatif à la structure de marché qui ne présage pas d'évolution vers une situation de concurrence effective, n'est pas satisfait	22
(iii)	Le troisième critère du caractère insuffisant du droit de la concurrence n'est pas satisfait	23
(iv)	Conclusion concernant le marché de gros de la radiodiffusion télévisuelle	26
2.2.2	Il n'y a pas lieu de réguler les marchés de gros parce qu'aucun problème concurrentiel n'a été démontré en ce qui concerne les marchés de détail de la radiodiffusion télévisuelle et du haut débit.....	26
(A)	Définition incomplète et incorrecte des marchés géographiques de détail.....	28
(B)	Définition incorrecte des marchés de produits de détail.....	29
(C)	Analyse concurrentielle des marchés de détail de la radiodiffusion télévisuelle et du haut débit résidentiel erronée et insuffisamment prospective.....	30
(D)	Analyse concurrentielle insuffisante et erronée du marché de détail du haut débit non résidentiel, ce qui rend sans base légale le remède applicable à ce marché (l'offre d'accès à Internet en <i>standalone</i>).....	32
2.2.3	Il n'y a pas lieu de réguler les marchés de gros parce qu'aucun problème concurrentiel n'a été démontré en	

ce qui concerne les marchés de gros de la radiodiffusion télévisuelle et de l'accès central (haut débit).....	33
(A) Incohérence de la définition de marchés de gros distincts pour le câble et pour le cuivre	33
(B) Analyse concurrentielle erronée et lacunaire	35
(C) Analyse négligée du marché de l'accès central au câble élargi et du marché de gros de la radiodiffusion télévisuelle élargi	35
2.2.4 Il n'y a pas lieu de réguler la Requérante parce qu'elle a déjà fait des offres commerciales de gros raisonnables et suffisantes	38
2.3 Troisième moyen à titre principal : le Régulateur n'établit pas que la Requérante jouit d'une puissance significative sur un marché, en violation des articles 8 et 16 de la Directive Cadre, de son devoir de motivation formelle et des principes de personnalité juridique, de proportionnalité, de bonne administration et de non-discrimination	39
2.3.1 Le Régulateur enfreint le principe de personnalité juridique, de bonne administration et de motivation formelle en assimilant la Requérante à ses concurrents	40
(A) Les câblo-opérateurs sont examinés ensemble dans l'analyse concurrentielle.....	40
(B) Nethys et Brutélé sont assimilées l'une à l'autre dans l'analyse concurrentielle.....	44
2.3.2 Concernant les deux hypothèses de marché de gros envisagées par le Régulateur : l'analyse du Régulateur est insuffisamment et incorrectement motivée et enfreint le principe de bonne administration ainsi que la procédure de consultation prévue par les articles 6 et 7 de la Directive Cadre	49
(A) Sur le marché de gros limité au réseau des câblo-opérateurs : analyse erronée contraire à l'obligation de motivation formelle et au principe de bonne administration	49

(B)	Sur les hypothèses alternatives d'un marché de gros de l'accès central élargi au câble et d'un marché de gros de la radiodiffusion télévisuelle élargi, incluant à la fois Proximus et les câblo-opérateurs : analyse insuffisante, erronée, contraire au devoir de motivation formelle et au principe de bonne administration.....	50
(i)	Définition des « marchés de gros élargis » ambiguë et insuffisamment motivée.....	50
(ii)	Analyse concurrentielle erronée, insuffisante et non soumise à consultation publique	51
(iii)	Analyse concurrentielle insuffisante et centrée sur Proximus et Telenet au mépris de Nethys et de Brutélé.....	52
2.4	Quatrième moyen à titre principal : l'imposition de mesures correctrices à la Requérante viole l'article 8, §2 et §5, de la Directive Cadre relatif à la nécessité de préserver la concurrence et à la viabilité économique, le principe du raisonnable et le principe de proportionnalité ainsi que le principe d'égalité de traitement et de non-discrimination (articles 10 et 11 de la Constitution)	53
2.4.1	Les mesures correctrices affaiblissent le <i>challenger</i> qu'est la Requérante sur le marché de détail et, partant, violent l'article 8, §2 et §5, de la Directive Cadre	54
2.4.2	Les mesures correctrices inhibent la concurrence sur le marché de gros et, partant, violent l'article 8, §2 et §5, de la Directive Cadre	59
2.4.3	Les mesures correctrices imposées à la Requérante violent le principe du raisonnable et de proportionnalité	62
2.4.4	Les mesures correctrices imposées à la Requérante violent le principe d'égalité de traitement et de non-discrimination (articles 10 et 11 de la Constitution et article 8(5) de la Directive Cadre).....	66

3.	À TITRE SUBSIDIAIRE : ANNULATION PARTIELLE DE LA DÉCISION CONTESTÉE EN CE QUI CONCERNE CERTAINES MESURES CORRECTRICES.....	67
3.1	Premier moyen à titre subsidiaire : Annulation partielle de la décision contestée en ce qui concerne l'obligation d'accorder à des tiers l'accès à Internet en <i>standalone</i> pour violation du principe du raisonnable et de proportionnalité ainsi que du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination (articles 10 et 11 de la Constitution).....	67
3.2	Deuxième moyen à titre subsidiaire : Annulation partielle de la décision contestée en ce qui concerne l'accès de Proximus au réseau de la Requérante pour violation du principe du raisonnable et de proportionnalité, du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination (articles 10 et 11 de la Constitution) et du devoir de minutie et de bonne administration ainsi que pour défaut de motivation formelle	68
3.3	Troisième moyen à titre subsidiaire : Annulation partielle de la décision contestée en ce qui concerne l'obligation de contrôle des prix pour violation de l'article 8, §2 et §5, de la Directive Cadre relatif à la nécessité de préserver la concurrence et à la viabilité économique ainsi que du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination (articles 10 et 11 de la Constitution).....	71
3.4	Quatrième moyen à titre subsidiaire : Annulation partielle de la décision contestée en ce qui concerne l'obligation de comptabilisation des coûts pour violation du principe du raisonnable et de proportionnalité ainsi que du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination (articles 10 et 11 de la Constitution)	72
3.5	Cinquième moyen à titre subsidiaire : Annulation partielle de la décision contestée en ce qui concerne les aspects opérationnels des mesures correctrices imposées pour violation du principe du raisonnable et de proportionnalité ainsi que du principe de prévisibilité réglementaire, de sécurité juridique et de bonne administration.....	72
4.	À TITRE INFINIMENT SUBSIDIAIRE : ANNULATION PARTIELLE DE LA DÉCISION CONCERNÉE EN CE QUI CONCERNE LES TARIFS TRANSITOIRES	73

4.1 Premier moyen à titre infiniment subsidiaire : Le Régulateur ne peut pas, à titre transitoire, reprendre les tarifs préférentiels inclus dans des décisions annulées par la Cour d'appel de Bruxelles 74

4.1.1 Violation de la force de chose jugée des arrêts de la Cour d'appel de Bruxelles du 25 octobre 2017 75

4.1.2 Violation de l'obligation de motivation formelle qui impose que chaque acte administratif soit fondé sur des motifs dont l'existence factuelle est correctement démontrée et qui peuvent être pris en compte comme justification en droit pour cet acte 76

4.2 Deuxième moyen à titre infiniment subsidiaire : Violation du principe du raisonnable et de proportionnalité et de l'article 8, §2 et §5, de la Directive Cadre relatif à la nécessité de préserver la concurrence et à la viabilité économique 77

4.3 Troisième moyen à titre infiniment subsidiaire : Violation des articles 140 et 141 de la loi du 13 juin 2005 ainsi que de l'article 60 de la loi du 5 mai 2017 78

*

* * *

1. INTRODUCTION

1. L'objectif ouvertement recherché par la CRC (ci-après, *Le Régulateur*) en adoptant la Décision Contestée est d'augmenter la concurrence sur les marchés régulés. Il s'agit d'un but incontestable, que ce soit d'un point de vue juridique ou économique.

2. Le problème réside dans la manière de promouvoir la concurrence. Orange Belgium étant le seul opérateur à avoir jamais présenté un réel intérêt pour l'accès au réseau de la Requérante¹, le succès du processus d'ouverture du câble entamé en 2011 dépend entièrement de son bon vouloir.

3. Par conséquent, le Régulateur se voit contraint de privilégier Orange Belgium pour s'assurer du succès de ses démarches réglementaires. Ce souci de favoriser le soi-disant « nouvel entrant » sur les marchés fixes (qui n'est en réalité pas un nouvel entrant mais simplement un opérateur mobile qui ne possède pas de réseau fixe propre) s'opère au détriment d'une série de principes inscrits dans le cadre réglementaire.

4. En effet, le Régulateur semble souhaiter réguler les réseaux de Proximus et de Telenet, considérés dans la Décision Contestée comme les principaux acteurs sur le marché belge. La Requérante n'a pas à se prononcer sur ce choix. Le problème vient du fait que le Régulateur tente d'appliquer un raisonnement concurrentiel visant deux opérateurs de taille nationale à un opérateur local tel que la Requérante (notamment en assimilant de manière quasiment systématique la Requérante à Telenet et à Nethys). Cela entraîne un grand nombre d'incohérences, d'infractions au cadre réglementaire, de problèmes de motivation, de discrimination et de mauvaise administration dans la Décision Contestée. Ce manque de rigueur se manifeste aussi dans les multiples infractions à la législation sur l'emploi des langues que contient la Décision Contestée.

5. Ces problèmes de conception de la Décision Contestée ont notamment pour effet que les mesures prises par le Régulateur nuisent à la concurrence (que le Régulateur cherche pourtant à favoriser) en imposant à la Requérante un poids réglementaire identique à celui d'opérateurs nationaux tels que Telenet ou Proximus alors qu'elle est objectivement dans une situation très différente (en n'ayant qu'un seul réseau fixe et d'ampleur limitée, qu'une base de clients limitée, pas d'accès aux

¹ Proximus a bien fait une demande d'accès au réseau de la Requérante en 2015 mais cette demande ne semble pas se confirmer à ce jour. En outre, Proximus est déjà un opérateur de services fixes (en plus de ses activités mobiles) ; sa demande d'accès ne fait donc pas augmenter le nombre d'opérateurs sur le marché.

capitaux via un groupe international ou le soutien de l'État fédéral, etc.)

6. [CONFIDENTIEL].

7. Ces critiques se traduisent dans les moyens ci-après.

2. À TITRE PRINCIPAL : ANNULATION DE LA DÉCISION CONTESTÉE

2.1 Premier moyen à titre principal : violation de l'article 40, alinéa 2, des lois coordonnées du 18 juillet 1966 sur l'emploi des langues en matière administrative

8. Selon les termes de l'article 40, alinéa 2 des lois coordonnées du 18 juillet 1966 sur l'emploi des langues en matière administrative, « [l]es avis et communications que les services centraux font directement au public sont rédigés en français et en néerlandais ».

9. La Décision Contestée tombe dans le champ d'application de cette disposition.

10. D'une part, bien que la CRC réunisse plusieurs régulateurs régionaux et fédéral, il s'agit d'un organisme à part entière qui bénéficie de la personnalité juridique². C'est bien la CRC qui a adopté la Décision Contestée. L'activité de la CRC s'étend à tout le pays. La CRC est donc bien un « *service central* », au même titre que d'autres régulateurs nationaux tels que la CREG dans le secteur de l'énergie³.

11. D'autre part, la Décision Contestée est bien une mesure concernée par l'article 40, alinéa 2 cité ci-dessus. Elle analyse les marchés de la radiodiffusion télévisuelle et du haut débit et impose des mesures correctrices aux opérateurs considérés comme (soi-disant) puissants.

- Ces mesures concernent directement le consommateur puisque son bien-être est l'objectif affiché par la CRC, selon laquelle « [e]n accordant l'accès aux réseaux de Proximus et des câblo-opérateurs, la CRC crée une dynamique positive : les utilisateurs peuvent choisir entre davantage de fournisseurs et les opérateurs sont incités à se faire concurrence en

² Article 5, alinéa 2 de l'accord de coopération du 17 novembre 2006 entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone relatif à la consultation mutuelle lors de l'élaboration d'une législation en matière de réseaux de communications électroniques, lors de l'échange d'informations et lors de l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques par les autorités de régulation en charge des télécommunications ou de la radiodiffusion et la télévision, M.B. 28 décembre 2006, p. 75371.

³ Arrêt de la Cour de cassation du 19 mai 2016, RG C.13.0256.N.

diminuant les prix, en augmentant la qualité de leurs services et / ou en lançant de nouveaux services »⁴.

- La Décision Contestée est rendue publique et a fait l'objet d'un communiqué de presse de la CRC à l'intention de l'opinion publique.
- La Décision Contestée présente un intérêt pour toute entreprise souhaitant lancer ou développer des activités dans le secteur des télécommunications en Belgique.

12. Il résulte de ce qui précède que la Décision Contestée devait être rédigée en français. Or, de nombreux passages de la Décision Contestée sont en anglais. C'est le cas :

- D'une partie du paragraphe 76, pp. 65-66 de la Décision Contestée ;
- De la quasi-totalité du paragraphe 81, p. 67 de la Décision Contestée ;
- De la moitié du paragraphe 193, p. 105 de la Décision Contestée ;
- De la quasi-totalité du paragraphe 402, pp. 175-176 de la Décision Contestée ;
- De la quasi-totalité du paragraphe 413, p. 178 de la Décision Contestée ;
- De la quasi-totalité du paragraphe 571, p. 217 de la Décision Contestée ;
- De la légende de la figure 73, p. 218 de la Décision Contestée ;
- De la citation au paragraphe 581, p. 220 de la Décision Contestée ;
- D'une partie de la note de bas de page n°371, p. 261 de la Décision Contestée ;
- De la majeure partie du paragraphe 804, p. 295 de la Décision Contestée, en ce compris la figure n°112 ;
- De la majeure partie du paragraphe 825, p. 302 de la Décision Contestée ;
- De la moitié du paragraphe 833, p. 306 de la Décision Contestée ;
- De la majeure partie du paragraphe 835, pp. 306-307 de la Décision Contestée ;
- De la moitié de la page 307 (paragraphe 836) de la Décision Contestée ;
- De la quasi-totalité du paragraphe 866, qui s'étale sur une page et demie (pp. 318-319 de la Décision Contestée) ;

⁴ Communiqué de presse de la CRC du 29 juin 2018, « *Les régulateurs télécom et média adoptent une décision pour plus de concurrence et plus de choix dans le marché du haut débit et de la télévision* » (**Pièce 2**).

- De la quasi-totalité de la page 320 (paragraphe 867) de la Décision Contestée ;
- De la majeure partie du paragraphe 1112, pp. 391-392 de la Décision Contestée ;
- De la quasi-totalité du paragraphe 1113, p. 392 de la Décision Contestée ;
- De la quasi-totalité de la page 618 (paragraphe 1883) de la Décision Contestée ;
- D'une partie de la page 619 (paragraphe 1883) de la Décision Contestée ;
- D'une partie de la page 620 (paragraphe 1891) de la Décision Contestée ;
- D'une partie de la page 621 (paragraphe 1891) de la Décision Contestée ;
- De plus de la moitié de la page 628 (paragraphe 1919) de la Décision Contestée ;
- De plus de la moitié de la page 629 (paragraphe 1919 et 1920) de la Décision Contestée ;
- D'environ la moitié de la page 644 (paragraphe 1979) de la Décision Contestée ;
- De la note de bas de page n°1014, page 644 de la Décision Contestée ;
- De la moitié du paragraphe 1983, p. 645 de la Décision Contestée ;
- De la moitié du paragraphe 1984, p. 645 de la Décision Contestée ;
- Du paragraphe 3282 de la p. 975 de la Décision Contestée ;
- De la note de bas de page n°1428, p. 975 de la Décision Contestée ;
- De la citation dans le paragraphe 3288, pp. 976-977 de la Décision Contestée ;
- De la citation dans le paragraphe 3292, p. 977 de la Décision Contestée ;
- De la note de bas de page n°1434, p. 978 de la Décision Contestée ;
- De la citation dans le paragraphe 3300, p. 979 de la Décision Contestée ;
- De la citation dans le paragraphe 3309, p. 981 de la Décision Contestée ;
- De la citation dans le paragraphe 3336, p. 990 de la Décision Contestée ;
- D'une partie du paragraphe 3428, p. 1018 de la Décision Contestée ;
- De la fin du paragraphe 3428, p. 1019 de la Décision Contestée ;
- D'une partie du paragraphe 3429, p. 1020 de la Décision Contestée.

13. Par conséquent, la Décision Contestée enfreint la législation sur l'emploi des langues en matière administrative. Cette législation est d'ordre public. La Décision Contestée doit donc être annulée.

2.2 Deuxième moyen à titre principal : il n'y a pas lieu de réglementer les marchés de la radiodiffusion télévisuelle et du haut débit – violation du test des trois critères et du principe de bonne administration

14. Indépendamment de son contenu, la Décision Contestée n'avait pas lieu d'être parce que le cadre réglementaire ne permettait pas au Régulateur de réguler les marchés de la radiodiffusion télévisuelle et du haut débit :

- Le test des trois critères, qui détermine si un marché non recensé par la Commission européenne doit être régulé, n'est pas satisfait en ce qui concerne les marchés de gros pour l'accès central sur le câble et pour la radiodiffusion télévisuelle (section 2.2.1) ;
- Le Régulateur n'a pas suffisamment démontré l'existence d'un problème de concurrence sur les marchés de détail de la radiodiffusion télévisuelle et du haut débit, notamment parce que le Régulateur ne prend pas la peine de définir ces marchés et les analyse de manière insuffisante et erronée (section 2.2.2) ;
- Le Régulateur n'a pas correctement défini les marchés de gros de l'accès central sur le câble et de la radiodiffusion télévisuelle et ne peut par conséquent considérer la Requêteurante comme un opérateur puissant sur ces marchés (section 2.2.3) ;
- La Requêteurante a fait des offres commerciales de gros raisonnables et suffisantes au seul opérateur intéressé par l'accès à son réseau, Orange Belgium, ce qui rend non nécessaire l'adoption d'une régulation (section 2.2.4).

Ces points sont abordés tour à tour ci-dessous.

2.2.1 Le test des trois critères n'est pas rempli en ce qui concerne le marché de gros pour l'accès central sur le câble (haut débit) et le marché de gros de la radiodiffusion télévisuelle

15. Les marchés qui figurent dans la Recommandation de la Commission européenne du 9 octobre 2014 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (ci-après, **la Recommandation du 9 octobre 2014**)⁵ doivent être analysés et, au besoin, régulés.

⁵ Recommandation de la Commission européenne du 9 octobre 2014 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive

À l'inverse, et comme le reconnaît le Régulateur lui-même⁶, les marchés qui ne figurent pas dans la Recommandation du 9 octobre 2014 ne peuvent être soumis à une réglementation *ex ante* que si trois critères cumulatifs sont remplis (ce que l'on appelle le **Test des trois critères**) :

- « il existe des barrières élevées et non provisoires à l'entrée, qu'elles soient de nature structurelle, légale ou réglementaire ;
- la structure du marché ne présage pas d'évolution vers une concurrence effective dans un délai déterminé, compte tenu de la situation de la concurrence fondée sur les infrastructures et autres facteurs, indépendamment des barrières à l'entrée ;
- le droit de la concurrence ne permet pas de remédier à lui seul aux défaillances du marché constatées. »⁷

16. Le Régulateur ne peut intervenir sur un marché que si le Test des trois critères est rempli :

« L'application de ces trois critères devrait réduire le nombre de marchés du secteur des communications électroniques sur lesquels des obligations réglementaires ex ante sont imposées et contribuer ainsi à la réalisation de l'un des objectifs du cadre réglementaire, à savoir réduire progressivement la réglementation sectorielle ex ante au fur et à mesure que la concurrence s'intensifie sur les marchés. Le non-respect d'un seul de ces trois critères indique qu'un marché ne doit pas être considéré comme susceptible d'être soumis à une réglementation ex ante. »⁸

17. Les marchés de gros de l'accès central sur câble et de la radiodiffusion télévisuelle ne sont pas inclus dans la Recommandation du 9 octobre 2014. Par conséquent, le Test des trois critères doit être satisfait pour que ces marchés puissent être régulés. Or, ce n'est pas le cas.

- (A) Le Test des trois critères n'est pas rempli en ce qui concerne le marché de gros de l'accès central sur câble (haut débit)
 - (i) Le marché de gros de l'accès central sur câble (haut débit) n'est pas énuméré dans la Recommandation du 9 octobre 2014

2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.* 11 octobre 2014, L 295/79.

⁶ Décision Contestée, paragraphe 727, p. 259.

⁷ Recommandation du 9 octobre 2014, paragraphe 2.

⁸ Recommandation du 9 octobre 2014, considérant n°17 (nous soulignons).

18. Il est fait mention d'un marché 3b dans la Recommandation du 9 octobre 2014. Il s'agit du marché de la fourniture en gros d'accès central en position déterminée pour produits de grande consommation.

19. Or, ce marché 3b vise l'accès central sur cuivre et fibre qui, comme l'écrit le Régulateur lui-même, « *correspond à la définition traditionnelle de ce marché en Belgique* »⁹.

20. Soit l'accès central sur câble n'appartient pas au marché 3b (selon la définition traditionnelle de ce marché), soit il appartient au marché 3b (selon une nouvelle définition décidée par le Régulateur) :

- Si l'accès central sur câble n'appartient pas au marché 3b (définition traditionnelle), le Régulateur doit appliquer le Test des trois critères s'il entend réguler la Requêteur et les autres câblo-opérateurs puisque ceux-ci se situent sur un marché non inclus dans la Recommandation du 9 octobre 2014.
- Si, en revanche, le Régulateur entend étendre la définition traditionnelle de ce marché au réseau de la Requêteur et d'autres câblo-opérateurs (nouvelle définition), alors il convient d'appliquer le Test des trois critères à ce marché, puisque ce marché nouvellement « créé » n'est pas inclus tel quel dans la Recommandation du 9 octobre 2014.

21. En toute hypothèse, le Régulateur devait donc s'assurer que le Test des trois critères était satisfait concernant le marché de gros de l'accès central au câblé. Or, ce Test, dont les critères sont cumulatifs, n'est pas rempli.

- (ii) Le critère de la structure de marché qui ne présage pas d'évolution vers une situation de concurrence effective n'est pas satisfait (deuxième critère)

22. La Requêteur estime que le deuxième critère du Test des trois critères n'est pas rempli. A l'inverse de ce qu'allègue le Régulateur, la structure du marché de l'accès central sur câble (haut débit) présage une évolution vers une concurrence effective.

23. Premièrement, le Régulateur affirme à tort que « *les câblo-opérateurs possèdent chacun sur leur zone de couverture une part de marché de 100% sur le marché de gros de l'accès central* »¹⁰. Pour parvenir à une telle conclusion erronée, il se fonde sur une définition de marché incorrecte et incompatible avec le cadre

⁹ Paragraphe 1744, p. 551 de la Décision Contestée. Notons que cette définition « traditionnelle » est également retenue dans d'autres États membres que la Belgique.

¹⁰ Paragraphe 1756, p. 554 de la Décision Contestée.

réglementaire européen (voir, section 2.2.3 ci-dessous).

24. Deuxièmement, le Régulateur part d'un postulat inexact lorsqu'il affirme que la Requérante « *n'est en principe pas incité[e] à proposer des offres de gros commerciales attractives parce que cela revient à permettre le développement de la concurrence pour ses offres de détail* »¹¹. La Requérante a déjà offert un accès de gros à son réseau à des conditions raisonnables sur une base négociée, et cela avant que le Régulateur adopte la Décision Contestée.

25. En effet, lorsqu'Orange Belgium a demandé à la Requérante de négocier un accès à son réseau le 29 décembre 2017, cette dernière a immédiatement accepté¹². À ce moment, les décisions du Régulateur portant sur les tarifs de gros des câblo-opérateurs du 11 décembre 2013 et du 19 février 2016 avaient été annulées par Votre Cour et les tarifs de la Requérante allaient, dès le 30 avril 2018, être dérégulés. Selon l'hypothèse du Régulateur, la Requérante n'avait donc pas intérêt à faire une offre raisonnable à Orange Belgium. Or, la Requérante a proposé un prix de gros raisonnable. Afin de mener les négociations sur une base la plus objective possible, la Requérante a tout d'abord proposé à Orange Belgium de se baser sur les tarifs de Telenet, puis a offert à Orange Belgium d'utiliser les tarifs « hors phase de lancement » qui lui avaient été imposés par le Régulateur dans les décisions du 19 février 2016 annulées par Votre Cour¹³. La raison pour laquelle ces négociations n'ont pas abouti, est qu'Orange Belgium a décidé d'y mettre fin unilatéralement et sans explications le 28 février 2018¹⁴. De toute évidence, Orange Belgium a estimé qu'il était plus intéressant pour elle d'attendre que le Régulateur régule la Requérante (ce qui démontre à quel point la régulation fausse le jeu de la concurrence entre la Requérante et Orange Belgium – voir également section 3.3 ci-dessous).

26. Selon la logique même du Régulateur, un opérateur agissant sur un marché de gros non concurrentiel n'offrirait pas d'accès à son réseau à un concurrent à un prix raisonnable. Le fait que la Requérante ait offert un accès à Orange Belgium à un prix raisonnable, à un moment où ses tarifs étaient pourtant sur le point d'être dérégulés, démontre, en soi, que la structure du marché évolue vers la concurrence.

27. Troisièmement, le Régulateur estime que le déploiement d'infrastructures alternatives est, à l'heure actuelle, incertain¹⁵. Or, dès la fin de l'année 2017, le gouvernement flamand lançait un appel d'offres pour le déploiement d'un réseau

¹¹ Paragraphe 1760, p. 555 de la Décision Contestée.

¹² Courrier d'Orange Belgium à Brutélé du 29 décembre 2017 (*Pièce 3*) et réponse de Brutélé du 29 décembre 2017 (*Pièce 4*).

¹³ Courrier de Brutélé du 11 avril 2018 (*Pièce 5*).

¹⁴ Courrier d'Orange Belgium du 28 février 2018 (*Pièce 6*).

¹⁵ Paragraphe 1763, p. 555 de la Décision Contestée.

numérique ultrarapide¹⁶. Le Régulateur n'a pas tenu compte de ce réseau dans son analyse alors qu'il en connaissait l'existence. L'argument selon lequel « [a]u moment d'adopter la [...] décision, aucune décision définitive n'a été prise quant à la réalisation de ce projet et, par conséquent, aucun déploiement concret n'a encore eu lieu »¹⁷ ne peut être retenu. Dans le cadre d'une analyse prospective, le Régulateur est tenu de tenir compte des développements prévisibles du marché. C'est particulièrement le cas quand l'appel d'offres a déjà été lancé et clôturé. La décision finale du gouvernement flamand a d'ailleurs été rendue publique le 23 juillet 2017, soit moins d'un mois après l'adoption de la Décision Contestée¹⁸.

28. Quatrièmement, le Régulateur pointe l'absence d'impact suffisant de la part d'une autre forme d'accès central sur le marché de l'accès central sur câble¹⁹. À nouveau ce constat se base sur des faits erronés. Le paragraphe 33 des Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire de l'Union européenne pour les réseaux et les services de communications électroniques (**Lignes Directrices PSM**) implique d'inclure dans un même marché de gros le réseau de la Requérante et celui de Proximus au minimum, puisque, pour définir le marché pertinent de produits ou de services, le Régulateur doit regrouper « *les produits ou services qui sont utilisés à une même fin (utilisation finale) par les consommateurs* »²⁰.

29. Il résulte de ce qui précède que le deuxième critère du Test des trois critères n'est pas rempli. Ce constat suffit à conclure que le Test des trois critères n'est pas satisfait en ce qui concerne le marché de gros de l'accès central sur réseau câblé, puisque les critères de ce test sont cumulatifs.

- (iii) Le critère du caractère insuffisant du droit de la concurrence n'est pas satisfait (troisième critère)

30. Selon le Régulateur, « [l]e droit de la concurrence ne suffit pas parce qu'il ne permet pas aux concurrents d'accéder aux services et à l'infrastructure du réseau câblé »²¹. Le Régulateur estime qu'il est difficile d'établir qu'une infrastructure est une « *facilité essentielle* » et que « *les autorités de concurrence ne seraient pas en*

¹⁶ Voir article du quotidien *De Tijd* du 4 octobre 2017, « 7 vragen over het Vlaamse glasvezelplan » (<https://www.tijd.be/politiek-economie/belgie/vlaanderen/7-vragen-over-het-vlaamse-glasvezelplan/9939148.html>) (**Pièce 7**).

¹⁷ Paragraphe 1040, p. 368 de la Décision Contestée.

¹⁸ Article du quotidien *De Standaard* du 23 juillet 2018, « *Vlaamse regering heeft akkoord met Proximus en Telenet over 'supersnel' netwerk* » (http://www.standaard.be/cnt/dmf20180723_03627482) (**Pièce 8**).

¹⁹ Paragraphe 1766, p. 556 de la Décision Contestée.

²⁰ Paragraphe 33 des Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire de l'Union pour les réseaux et les services de communications électroniques (2018/C 159/01), **J.O.U.E. 7.5.2018**.

²¹ Paragraphe 1770, p. 556 de la Décision Contestée.

mesure de fixer un prix d'accès et de garantir un accès dans les délais »²².

31. Or, le droit de la concurrence est précisément pensé et appliqué de manière à permettre une concurrence effective même lorsqu'une entreprise dispose d'une infrastructure essentielle. Le refus abusif de fourniture prévu par le droit de la concurrence est sanctionné par la Commission européenne dès lors que les conditions suivantes sont réunies :

- *« le refus porte sur un produit ou un service qui est objectivement nécessaire pour pouvoir exercer une concurrence efficace sur un marché en aval,*
- *le refus est susceptible de conduire à l'élimination d'une concurrence effective sur le marché en aval, et*
- *le refus est susceptible de léser le consommateur. »²³*

32. Les problèmes concurrentiels répondant à ces conditions peuvent être résolus par le droit de la concurrence sans qu'il soit besoin d'imposer d'obligations réglementaires.

33. Or, le Régulateur ne démontre pas qu'il existe d'autres cas de figure où un problème concurrentiel se pose et ne peut être appréhendé par le droit de la concurrence. En d'autres termes, à aucun moment le Régulateur n'explique quelles hypothèses ne remplissant pas les trois conditions ci-dessus pourraient justifier l'imposition d'une régulation particulièrement lourde sur un opérateur de taille modeste tel que la Requérante. En effet :

- Le refus d'accès à un réseau qui n'est pas objectivement nécessaire pour être concurrentiel sur le marché en aval ne peut, par définition, pas nuire à la concurrence (condition 1).
- De même, un refus d'accès non susceptible d'éliminer une concurrence effective en aval ne peut être problématique, puisque cela signifie que l'opérateur bénéficiaire n'a pas besoin de cet accès pour être concurrentiel (condition 2).
- Enfin, puisque l'objectif de la régulation est de développer la concurrence pour le bénéfice du consommateur, un refus non susceptible de léser le consommateur ne peut pas être problématique (condition 3).

34. Le Régulateur se contente, dans la Décision Contestée, d'affirmer qu'établir qu'un réseau est une « *facilité essentielle* » est « *extrêmement difficile* », sans jamais

²² Paragraphe 1770, p. 556 de la Décision Contestée.

²³ Paragraphe 81 de la Communication de la Commission « Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes », 2009/C 45/02, J.O.U.E., 24 février 2009.

le démontrer²⁴. S'il n'est pas possible d'établir qu'une infrastructure est essentielle, c'est, en toute logique, parce qu'elle n'est pas essentielle, et que dès lors il n'est pas nécessaire d'en réguler l'accès.

35. Le Régulateur prétend également que le droit de la concurrence ne permet pas de « *garantir un accès dans les délais* »²⁵. Le Régulateur n'indique toutefois pas à quel délai il fait référence. En outre, il ignore le fait que le droit de la concurrence peut faire l'objet d'une application rapide : en effet, il est possible pour toute entreprise s'estimant victime d'entrave à la concurrence de déposer plainte et de demander l'application de mesures provisoires. Ces mesures provisoires visent précisément à « *éviter une situation susceptible de provoquer un préjudice grave, imminent et difficilement réparable aux entreprises dont les intérêts sont affectés par ces pratiques ou de nuire à l'intérêt économique général* »²⁶. Le Code de droit économique prévoit à cet effet une procédure particulièrement rapide. Il arrive fréquemment que l'Autorité belge de la Concurrence impose de telles mesures provisoires afin de sauvegarder les intérêts des parties en présence le temps d'examiner le fond de l'affaire.

36. Enfin, le Régulateur prétend que, sans régulation, « *les câblo-opérateurs arrêteraient de vendre des services de gros à d'autres opérateurs comme Orange, ou qu'ils les vendraient seulement à des conditions techniques et tarifaires défavorables* »²⁷.

37. Tout d'abord, il n'existe à l'heure actuelle pas d'autre opérateur intéressé par l'accès au réseau de la Requérante qu'Orange Belgium et la Requérante lui a déjà fait, dans le passé, une offre commerciale de gros à des tarifs raisonnables alors que les décisions imposant des tarifs de gros avaient été annulées (voir section 2.2.4 ci-dessus)²⁸.

38. Ensuite, comme expliqué ci-dessus, si un opérateur dominant refuse l'accès à une infrastructure essentielle pour qu'Orange Belgium soit concurrentielle sur le marché de détail, cela constitue un refus de fournir interdit par le droit de la concurrence (et le droit de la concurrence suffit donc à régler ce problème). Par ailleurs, si un opérateur dominant offre un accès à son infrastructure essentielle mais l'assortit de conditions ne permettant pas à Orange Belgium d'être concurrentielle sur le marché de détail, cela constitue également une infraction au droit de la

²⁴ Paragraphe 1771, pp. 556-557 de la Décision Contestée.

²⁵ Paragraphe 1770, p. 556 de la Décision Contestée.

²⁶ Article IV.64, §1^{er} du Code de droit économique.

²⁷ Paragraphe 1773, p. 557 de la Décision Contestée.

²⁸ Mis à part Proximus en 2015, mais cette demande n'est pas confirmée à ce jour. Il convient de noter que cette demande de Proximus ne permet pas d'atteindre les objectifs du cadre réglementaire (augmenter la concurrence) puisque Proximus est déjà un opérateur actif au niveau national et convergent (c'est-à-dire que Proximus dispose à la fois d'une infrastructure de réseau fixe et d'un réseau mobile).

concurrence. Il s'agit d'une « compression des marges », ou *margin squeeze* : « au lieu d'opposer un refus de fourniture, une entreprise dominante peut fixer, pour le produit vendu en amont, un prix qui, comparé à celui qu'elle pratique en aval, ne permet pas, même à un concurrent aussi efficace, d'exercer rentablement et durablement des activités sur le marché en aval »²⁹. La Commission et les autorités nationales de concurrence de l'Union européenne (en ce compris l'Autorité belge de la Concurrence) ont eu l'occasion, à de multiples reprises, de sanctionner les compressions de marges pratiquées par des opérateurs dominants³⁰, ce qui prouve que le droit de la concurrence suffit bel et bien à résoudre ce type de problème.

39. Enfin, l'imposition d'obligations réglementaires est soumise au principe de nécessité : le Régulateur ne peut imposer des obligations que si, et dans la mesure où, ces obligations sont strictement nécessaires³¹. Le fait que le droit de la concurrence ne fixe pas de tarifs de gros n'est donc pas problématique en soi, puisque le droit de la concurrence suffit à éviter l'éviction anticoncurrentielle d'entreprises. Dans ce contexte, le montant précis des tarifs de gros peut être négocié entre opérateurs.

40. Par conséquent, le troisième critère du Test des trois critères n'est pas rempli : le droit de la concurrence suffit à lui seul à remédier aux défaillances du marché. Le Test des trois critères n'est donc pas satisfait.

(iv) Conclusion concernant le marché de gros de l'accès central

41. Il résulte de ce qui précède qu'au moins deux des critères du Test des trois critères (en l'occurrence deux) ne sont pas remplis en ce qui concerne le marché de gros de l'accès central sur câble. Les critères de ce test étant cumulatifs, l'absence de l'un de ces critères suffit à ce que le Test échoue. Par conséquent, le marché de gros de l'accès central sur câble ne pouvait pas être régulé et la Décision Contestée doit être annulée.

(B) Le Test des trois critères n'est pas rempli en ce qui concerne le marché de gros de la radiodiffusion télévisuelle

²⁹ Paragraphe 80 de la Communication de la Commission « Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes », 2009/C 45/02, *J.O.U.E.*, 24 février 2009.

³⁰ Voir, par exemple, l'affaire *Deutsche Telekom* (arrêt de la Cour de justice du 14 octobre 2010, affaire C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603) ; l'affaire *TeliaSonera* (arrêt de la Cour de justice du 17 février 2011, affaire C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83) ; l'affaire *Telefónica* (arrêt de la Cour de justice du 10 juillet 2014, affaire C-295/12 P, ECLI:EU:C:2014:2062). Au niveau belge, voir la décision du Conseil de la concurrence 2012-P/K-29 du 26 mai 2009 infligeant à Belgacom une amende de plus de 66 millions d'euros pour compressions de marges (affaire CONC-P/K-05/0065).

³¹ Article 8, §5, f) de la Directive Cadre : le Régulateur doit « n'imposer des obligations de réglementation ex ante que lorsqu'il n'y a pas de concurrence efficace et durable, et suspendre ou supprimer celles-ci dès que cette condition est satisfaite ».

- (i) L'appréciation du premier critère (l'existence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée) est affectée d'erreurs factuelles

42. La Requérante constate que l'analyse du Régulateur sur ce point est truffée d'erreurs factuelles.

43. A titre liminaire, le Régulateur base son raisonnement sur sa propre décision d'analyse de marché de 2011 alors que toute nouvelle analyse de marché doit être de nature prospective. Citant cette décision ancienne de sept ans, le Régulateur écrit que « *les opérateurs qui veulent accéder au marché de la radiodiffusion doivent avoir une solide clientèle et disposer de moyens financiers importants* », et ajoute que « *[l]e fait qu'après un long trajet d'implémentation, Orange soit la seule à être parvenue à obtenir l'accès au réseau câblé de Brutélé prouve a posteriori l'exactitude de cette prévision* »³². Il s'agit d'une présentation inexacte des faits : Orange Belgium est le seul opérateur à utiliser le réseau de la Requérante parce que c'est le seul opérateur à avoir manifesté un intérêt pour l'accès à ce réseau, et non parce que la Requérante aurait soi-disant empêché d'autres opérateurs de parvenir à obtenir cet accès.

44. En outre, le Régulateur avance que « *[l]a possibilité pour Brutélé de vendre des produits de radiodiffusion à son importante clientèle lui donne un avantage structurel par rapport à de nouveaux entrants potentiels sur ce marché* »³³. En résulteraient, selon le Régulateur, des avantages considérables en termes de coûts constitutifs d'une barrière à l'entrée pour tout opérateur alternatif. [CONFIDENTIEL].

45. Par ailleurs, le Régulateur ne tient pas compte de la possibilité pour un opérateur entrant sur le marché d'utiliser le multicast imposé à Proximus via le VULA alors que cela fait l'objet d'un projet de mesure, au motif que ce projet de mesure « *n'a pas encore été adopté au moment de la présente analyse de marché* »³⁴. Or, le Régulateur est tenu d'effectuer une analyse prospective du marché.

46. Enfin, le Régulateur estime que « *les différences technologiques entre le réseau de cuivre (ou de fibre) et le réseau câblé font qu'un bénéficiaire utilisant des services de gros sur l'un de ces réseaux pour proposer des services de détail ne peut pas migrer vers les services de gros sur l'autre réseau* »³⁵. Il s'agit d'un raisonnement trompeur : Orange Belgium a en effet des clients à la fois sur le réseau de cuivre de Proximus et sur le réseau câblé de la Requérante et, comme le Régulateur le sait, aucun autre opérateur qu'Orange Belgium n'a exprimé le moindre

³² Paragraphe 2832, p. 841 de la Décision Contestée.

³³ Paragraphe 2833, p. 841 de la Décision Contestée.

³⁴ Paragraphe 2828, p. 840 de la Décision Contestée.

³⁵ Paragraphe 2829, p. 840 de la Décision Contestée.

intérêt pour l'accès au réseau de la Requérante depuis au moins huit ans (excepté une demande de Proximus qui ne s'est jamais concrétisée et qui portait sur certaines régions rurales où Proximus ne semble pas souhaiter investir dans son propre réseau fixe). Baser la Décision Contestée sur l'hypothèse selon laquelle d'autres opérateurs souhaitent accéder au réseau de la Requérante relève de l'erreur manifeste d'appréciation.

47. Par conséquent, il est inexact d'affirmer qu'il existe des barrières élevées et non provisoires à l'entrée. Le premier critère du Test des trois critères n'est donc pas rempli et le marché de gros de la radiodiffusion télévisuelle ne pouvait pas être régulé.

- (ii) Le deuxième critère, relatif à la structure de marché qui ne présage pas d'évolution vers une situation de concurrence effective, n'est pas satisfait

48. C'est à tort que le Régulateur estime que le marché n'évolue pas vers une situation de concurrence effective.

49. En effet, le Régulateur base cette conclusion sur l'idée que la Requérante « possède une part de marché de 100% sur ce marché de gros pertinent »³⁶. Or, comme expliqué aux sections 2.2.3 et 2.3.2, une définition correcte de ce marché de gros engloberait au minimum le réseau de Proximus, avec pour effet que la Requérante ne peut disposer de 100% de parts de marché.

50. Ensuite, le Régulateur appuie sa conclusion sur « l'avantage conféré par la télévision analogique »³⁷, affirmant que « la télévision analogique reste un produit très prisé »³⁸. Or, le Régulateur ne prouve pas ce fait, et pour cause : les chiffres du Régulateur lui-même démontrent que la télévision analogique ne représente plus qu'une part marginale de la consommation de télévision, et que cette part diminue d'année en année. À l'heure actuelle, pas moins de 92% des raccordements à la télévision sont numériques³⁹. Il est donc insensé de prétendre que la télévision analogique constitue toujours, et continuera de constituer pendant les années à venir, un « avantage compétitif »⁴⁰.

51. En outre, le Régulateur écrit que « [l]e degré de concurrence effective sur le marché de gros de la radiodiffusion dépend [...] fortement de la situation concurrentielle sur le marché de détail de la radiodiffusion »⁴¹. Or, ce marché de

³⁶ Paragraphe 2837, p. 842 de la Décision Contestée.

³⁷ Point 38.2.2.2, p. 842 de la Décision Contestée.

³⁸ Point 2840, p. 842 de la Décision Contestée.

³⁹ IBPT, *Situation du marché des communications électroniques et de la télévision en 2017*, p. 38 (**Pièce 9**).

⁴⁰ Décision Contestée, paragraphe 2682.5, p. 806.

⁴¹ Paragraphe 2844, p. 843 de la Décision Contestée.

détail n'est ni défini, ni correctement et suffisamment analysé (voir section 2.2.2 ci-dessous).

52. Enfin, le Régulateur estime que l'IPTV et les plateformes OTT n'ont pas d'impact concurrentiel suffisant. C'est à nouveau manifestement erroné dans le cadre d'une analyse qui doit être prospective.

53. À titre d'exemple, notons que d'après le Régulateur lui-même, « [p]armi les téléspectateurs, 25% envisageraient de ne plus regarder la télévision que par Internet en cas d'augmentation tarifaire de 10% »⁴². Cela suggère que, s'il était effectué, le test SSNIP⁴³ (qui évalue la substituabilité de produits et services et donc leur inclusion ou non dans un même marché) aboutirait à la conclusion que la radiodiffusion télévisuelle et les services OTT appartiennent au même marché.

54. En effet, la question posée par le test SSNIP est de « *savoir si les clients des parties se tourneraient vers des produits de substitution facilement accessibles ou vers des fournisseurs implantés ailleurs, en cas d'augmentation légère (de 5 à 10 %), mais permanente, des prix relatifs des produits considérés dans les territoires concernés. Si la substitution suffit, en raison du recul des ventes qui en découlerait, à ôter tout intérêt à une augmentation de prix, des produits de substitution et des territoires supplémentaires sont intégrés dans le marché en cause* »⁴⁴. Si un quart des téléspectateurs envisageraient de se servir exclusivement de services OTT en cas d'augmentation de 10%, il est probable qu'une telle hausse de prix ne soit pas rentable pour l'opérateur qui la déciderait. Les services OTT sont donc des substituts aux services de télévision classiques.

55. Par conséquent, le deuxième critère du Test des trois critères n'est pas rempli et le marché de gros de la radiodiffusion télévisuelle ne pouvait donc pas être régulé.

(iii) Le troisième critère du caractère insuffisant du droit de la concurrence n'est pas satisfait

56. Le Régulateur estime que le droit de la concurrence ne suffit pas parce qu'« [i]l peut par exemple déjà s'avérer difficile d'établir qu'il s'agit d'une « facilité essentielle » » selon le droit de la concurrence et que « même s'il était possible d'établir qu'il s'agit d'une facilité essentielle, les autorités de la concurrence ne seraient pas en mesure de fixer un prix d'accès et de garantir un accès dans les

⁴² Paragraphe 411, p. 177 de la Décision Contestée.

⁴³ SSNIP signifie en anglais "small but significant and non transitory increase in price" (c'est-à-dire "augmentation modeste mais significative et non transitoire de prix").

⁴⁴ Communication de la Commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (97/C 372/03), J.O.U.E. 9.12.1997, C 372/5, point 17.

délais »⁴⁵.

57. Comme déjà indiqué ci-dessus en ce qui concerne le marché de gros à l'accès central sur le câble (haut débit) (section (A)(iii)), le Régulateur n'explique ni ne démontre les raisons pour lesquelles le recours au droit de la concurrence serait difficile et/ou insuffisant. En réalité, à l'inverse de ce qu'allègue le Régulateur, le droit de la concurrence sanctionne spécifiquement les refus de fournir un accès à une infrastructure essentielle, et ce afin de permettre à un concurrent d'être actif et concurrentiel sur le marché en aval. Cette infraction propre au droit de la concurrence vise tant les refus d'accès que les « refus constructifs », c'est-à-dire les offres d'accès à des conditions ne permettant pas au concurrent en question d'être concurrentiel sur le marché en aval (ce que l'on appelle également une compression des marges, ou *margin squeeze*). En outre, le Code de droit économique prévoit une procédure accélérée permettant de « *suspendre les pratiques restrictives de concurrence faisant l'objet de l'instruction, s'il est urgent d'éviter une situation susceptible de provoquer un préjudice grave, imminent et difficilement réparable aux entreprises dont les intérêts sont affectés par ces pratiques ou de nuire à l'intérêt économique général* »⁴⁶. Le Régulateur n'explique pas quels cas d'atteinte à la concurrence pourraient échapper au dispositif mis en place par le droit de la concurrence. En d'autres termes, le Régulateur ne démontre pas la nécessité de son intervention.

58. Le Régulateur écrit également que « [p]lusieurs opérateurs alternatifs ont demandé à Brutélé un accès à son infrastructure avant l'analyse de marché précédente de 2011 » et que « Brutélé n'y avait pas donné suite »⁴⁷.

59. Ce faisant, le Régulateur se base sur des événements vieux de huit ans au moins, ce qui est inconcevable dans le cadre d'une analyse qui doit être prospective. En outre, le Régulateur commet des erreurs factuelles. S'il est exact qu'Orange Belgium (appelée Mobistar à l'époque) a demandé l'accès au réseau de la Requêteurante en 2010, cette dernière y a bien donné suite. L'analyse de marché publiée la même année a toutefois mis fin à ces discussions, Orange Belgium préférant profiter de l'accès régulé qui allait bientôt être imposé par le Régulateur (ce qui montre à quel point l'existence d'une régulation empêche la tenue de négociations commerciales).

En outre, fin 2010, la Requêteurante a proposé à l'opérateur mobile Base (acheté depuis lors par Telenet) de lui faire une offre commerciale pour l'accès à son réseau fixe. Base a toutefois décliné cette proposition, préférant demander un accès au réseau de Proximus (pour offrir ce qui deviendra l'offre de services fixes « Snow »,

⁴⁵ Paragraphe 2856, p. 846 de la Décision Contestée.

⁴⁶ Article IV.64, §1 du CDE.

⁴⁷ Paragraphe 2857, p. 846 de la Décision Contestée.

lancée en 2013 par Base).

Le Régulateur passe également sous silence le fait que la Requêteurante a accepté de négocier un accès à son réseau avec Orange Belgium au mois de décembre 2017, soit à un moment où les tarifs de gros applicables jusqu'alors avaient été annulés par Votre Cour dans son arrêt du 25 octobre 2017. Si ces négociations n'ont pas abouti, c'est uniquement parce qu'Orange Belgium a décidé d'y mettre fin de manière unilatérale et sans donner de motifs. La Requêteurante lui avait pourtant fait une offre que le Régulateur ne peut pas juger déraisonnable, puisque après avoir proposé d'appliquer les prix de Telenet, la Requêteurante a proposé de reprendre les tarifs hors phase de lancement imposés par le Régulateur dans les décisions tarifaires du 19 février 2016 annulées par Votre Cour.

60. Enfin, il est faux d'écrire comme le fait le Régulateur que « *le droit de la concurrence ne prévoit [pour la Requêteurante] aucune obligation de réagir à ce type de demande* »⁴⁸ d'accès à son réseau, alors que le droit de la concurrence prévoit spécifiquement qu'il est interdit à un opérateur dominant de refuser l'accès à une infrastructure essentielle (ou de l'accorder à des conditions qui ne permettent pas à l'entreprise demandeuse d'accès d'être concurrentielle sur le marché en aval).

61. En effet, si on part du postulat que le Régulateur a raison d'affirmer que le droit de la concurrence n'oblige pas la Requêteurante de réagir à ce type de demande (*quod non*), c'est que :

- soit le Régulateur suppose que le droit de la concurrence n'appréhende pas cette situation parce que la Requêteurante n'est pas dominante⁴⁹ : dans ce cas, le cadre réglementaire n'autorise pas davantage le Régulateur à imposer des obligations réglementaires à la Requêteurante et la Décision Contestée doit donc être annulée ;
- soit le Régulateur suppose que le droit de la concurrence ne règle pas cette situation parce que la demande ne porte pas sur une infrastructure essentielle, auquel cas le Régulateur ne peut pas non plus réguler cette infrastructure puisqu'elle n'est pas nécessaire au maintien et/ou au développement de la concurrence (et que le Régulateur ne peut imposer d'obligations que dans la mesure où ces dernières sont nécessaires).

Quelle que soit l'hypothèse que le Régulateur vise par cette phrase sibylline, elle suppose nécessairement qu'il ne pouvait pas réguler la Requêteurante. La Décision Contestée doit dès lors être annulée.

⁴⁸ Paragraphe 2857, p. 846 de la Décision Contestée.

⁴⁹ Notons que la notion de puissance sur le marché est équivalente à la notion de dominance retenue par le droit de la concurrence et développée par la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de l'Union européenne (considérant n°25 de la Directive Cadre).

62. À l'inverse, si le postulat est que le Régulateur a tort d'affirmer que le droit de la concurrence ne suffit pas à régler cette situation, c'est, logiquement, que le droit de la concurrence est suffisant, et par conséquent que le troisième critère du Test des trois critères n'est pas rempli. Dans ce cas, la Décision Contestée doit également être annulée.

63. Enfin, le Régulateur estime que, à l'inverse du droit de la concurrence, l'imposition d'une régulation *ex ante* « permet notamment de créer un cadre prévisible susceptible d'encourager les investissements »⁵⁰ et que le Régulateur « dispose d'outils mieux adaptés tels que le contrôle tarifaire *ex ante* »⁵¹. Outre le fait que les changements fréquents de calcul des tarifs (toujours révisés à la baisse) n'encouragent aucunement les investissements et ont donc exactement l'effet inverse sur la Requérante, cette affirmation non étayée ne permet pas d'établir que le droit de la concurrence est insuffisant pour résoudre les problèmes éventuels sur ce marché. Au contraire, la régulation des prix, est justement inutile puisque le droit de la concurrence suffit à régler les éventuels problèmes pouvant se poser sur le marché.

64. Par conséquent, le troisième critère du Test des trois critères n'est pas rempli et le marché de gros de la radiodiffusion télévisuelle ne pouvait pas être régulé.

(iv) Conclusion concernant le marché de gros de la radiodiffusion télévisuelle

65. Il résulte de ce qui précède que les critères du Test des trois critères ne sont pas remplis en ce qui concerne le marché de gros de la radiodiffusion télévisuelle. Les critères de ce test étant cumulatifs, l'absence de l'un de ces critères suffit à ce que le Test échoue. Par conséquent, le marché de gros de la radiodiffusion télévisuelle ne pouvait pas être régulé et la Décision Contestée doit être annulée.

2.2.2 Il n'y a pas lieu de réguler les marchés de gros parce qu'aucun problème concurrentiel n'a été démontré en ce qui concerne les marchés de détail de la radiodiffusion télévisuelle et du haut débit

66. Le cadre réglementaire n'autorise le Régulateur à réguler les marchés de gros que dans le but de régler des problèmes de concurrence qui auraient été détectés sur les marchés de détail correspondants. Comme l'indique la directive 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services

⁵⁰ Paragraphe 2861, p. 847 de la Décision Contestée.

⁵¹ Paragraphe 2862, p. 847 de la Décision Contestée.

de communications électroniques (ci-après, **Directive Cadre**)⁵² :

*« L'objectif ultime de toute intervention en matière de réglementation ex ante est de procurer des avantages à l'utilisateur final en rendant les marchés de détail effectivement concurrentiels de manière durable. »*⁵³

67. Pour ce faire, il convient de « déterminer si les marchés de détail sont effectivement concurrentiels dans une perspective d'avenir en l'absence de réglementation justifiée par la constatation d'une puissance significative sur le marché », en « ten[ant] compte des effets produits par d'autres types de réglementation applicable aux marchés de détail et de gros pertinents au cours de la période considérée »⁵⁴. C'est seulement « [s]i le marché de détail concerné n'est pas effectivement concurrentiel dans une perspective d'avenir en l'absence de réglementation ex ante » que « les marchés de gros correspondants susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à l'article 16 de la directive 2002/21/CE devraient être analysés »⁵⁵.

68. Or, comme le Régulateur le reconnaît lui-même, il n'a effectué qu'un examen superficiel des marchés de détail. En effet, ses propres termes, « l'examen des marchés de détail (y compris de leur dimension géographique) est effectué dans la stricte mesure où il est utile à l'analyse des marchés de gros »⁵⁶. Le cadre réglementaire impose pourtant la démarche inverse : l'analyse des marchés de détail est fondamentale puisque c'est cette analyse qui détermine s'il existe des problèmes de concurrence rendant nécessaire l'analyse des marchés de gros correspondants.

69. Ce point a été récemment confirmé par le Tribunal de l'Union européenne. Le 26 octobre 2017, le Tribunal a annulé la décision de la Commission européenne autorisant Liberty Global à acquérir Ziggo au motif que la Commission a enfreint son devoir de motivation (article 296 TFUE), (1) en ne définissant pas le marché de la fourniture et de l'acquisition en gros des chaînes sportives premium payantes pouvant être affecté par la concentration parce que, soi-disant, « l'appréciation de l'opération envisagée resterait la même »⁵⁷ ; et (2) en n'établissant pas qu'aucune des définitions possibles de ce marché n'aboutirait effectivement au constat d'un problème de concurrence.

⁵² Directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), J.O.U.E. L 108, 24.4.2002, p. 33 (ci-après, **Directive Cadre**).

⁵³ Recommandation du 9 octobre 2014, considérant n°2.

⁵⁴ Recommandation du 9 octobre 2014, considérant n°8.

⁵⁵ Recommandation du 9 octobre 2014, considérant n°10.

⁵⁶ Annexe L à la Décision Contestée, paragraphe 3436.

⁵⁷ Arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 26 octobre 2017, *KPN c. Commission*, aff. T-394/15, ECLI:EU:T:2017:756, point 58.

70. Le Tribunal s'est montré particulièrement critique vis-à-vis de l'usage qu'a fait la Commission de cette possibilité de laisser en suspens une définition de marché. En effet, cette approche « exigeait que la Commission explique, même de manière succincte, les raisons pour lesquelles l'opération envisagée ne soulevait pas de problème de concurrence »⁵⁸. Le Tribunal souligne « [l']importance de la motivation sur ce point », notant que « la définition adéquate du marché en cause est une condition nécessaire et préalable à toute appréciation portée sur l'impact concurrentiel d'une opération de concentration »⁵⁹. Il n'est admis que la Commission laisse ouverte la définition d'un marché de produit que « dans la mesure où aucune des définitions du marché ne permettait de constater l'existence d'une entrave significative à une concurrence effective à la suite de la concentration »⁶⁰.

71. Il résulte de ce qui précède que le Régulateur a enfreint son devoir de motivation, ainsi que le principe de bonne administration, en :

- Choissant de ne définir géographiquement ni le marché de détail du haut débit fixe (qu'il soit résidentiel ou non résidentiel), ni le marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle (section (A) ci-dessous) ;
- Choissant de laisser également ouvertes certaines options concernant le marché de produits de détail du haut débit et en excluant certaines contraintes concurrentielles qui s'exercent sur le marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle (section (B) ci-dessous) ;
- Choissant d'analyser de manière partielle et incorrecte ces marchés de détail (section (C) ci-dessous) ;
- Choissant de ne pas analyser correctement ni complètement le marché de détail du haut débit fixe non résidentiel, ce qui rend sans base légale l'imposition du remède de la large bande fixe en *standalone* à la Requérante (section (D) ci-dessous).

72. Par conséquent, le Régulateur n'a pas établi que la situation concurrentielle sur les marchés de détail mentionnés ci-dessus exigeait la régulation des marchés de gros correspondants.

(A) Définition incomplète et incorrecte des marchés géographiques de détail

73. Le Régulateur décide dans la Décision Contestée de laisser ouverte la

⁵⁸ Arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 26 octobre 2017, *KPN c. Commission*, aff. T-394/15, ECLI:EU:T:2017:756, point 59

⁵⁹ Arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 26 octobre 2017, *KPN c. Commission*, aff. T-394/15, ECLI:EU:T:2017:756, point 60.

⁶⁰ Arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 26 octobre 2017, *KPN c. Commission*, aff. T-394/15, ECLI:EU:T:2017:756, point 60.

définition géographique des marchés de détail du haut débit fixe (résidentiel et non résidentiel) et du marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle. Le Régulateur justifie son choix en expliquant que « *la situation concurrentielle ne diffère pas fondamentalement selon qu'elle est analysée au niveau national ou au niveau de la zone de couverture des câblo-opérateurs* »⁶¹.

74. Cette justification est tout à fait inexacte et aucunement étayée.

75. Selon que le marché géographique est national, régional ou qu'il suit les contours de la zone de couverture de chaque câblo-opérateur, le nombre de concurrents sur ce marché change considérablement. En ce qui concerne la Requérante, cela veut dire que, selon la définition géographique du marché où elle est active, elle se trouve ou non en concurrence directe avec Telenet. Or, Telenet est un opérateur convergent, disposant d'une infrastructure fixe et d'une infrastructure mobile propres et ayant une base de clientèle et des capacités financières (notamment via le groupe Liberty Global) sans commune mesure avec elle. En aucun cas le Régulateur ne peut se contenter de supposer que la situation concurrentielle est la même lorsque Telenet est active sur le même marché et lorsqu'elle ne l'est pas.

76. Le même constat s'applique aux parts de marché, comme le confirment les données présentées par le Régulateur lui-même. [CONFIDENTIEL]⁶².

77. Enfin, selon la définition géographique retenue, l'analyse concurrentielle de l'évolution des prix et des paramètres financiers diffère considérablement : selon que Telenet appartient ou non au même marché que la Requérante, les données relatives aux prix de Telenet et à son appartenance à une multinationale doivent être, ou non, prises en considération.

(B) Définition incorrecte des marchés de produits de détail

78. La définition des marchés de produits de la radiodiffusion télévisuelle et du haut débit est, elle aussi, erronée, ce qui fausse l'analyse concurrentielle de ces marchés (et donc l'analyse de la nécessité ou non d'imposer des obligations réglementaires à la Requérante).

79. Premièrement, le Régulateur inclut la télévision analogique dans le marché de produits alors qu'il reconnaît par ailleurs que « *les consommateurs ayant la télévision numérique ne sont pas prêts à passer à la télévision analogique* ».

⁶¹ Paragraphe 257, p. 121 (pour la large bande fixe) et paragraphe 629, p. 233 (pour la radiodiffusion) de la Décision Contestée.

⁶² Source : données transmises le 10 août 2017 par l'IBPT à la demande de la Requérante dans le cadre de la consultation publique du projet ayant mené à l'adoption de la Décision Contestée.

uniquement »⁶³. Le fait que certaines offres de télévision numérique incluent également la télévision analogique est sans pertinence puisque, de l'aveu même du Régulateur, « la grande majorité des téléspectateurs qui reçoivent à la fois la télévision analogique et la télévision numérique par le câble regardent principalement la télévision numérique »⁶⁴. La seule raison pour laquelle l'offre numérique de la Requérante inclut également la télévision analogique, c'est parce qu'il ne lui est pas possible, sur le plan technique, de dissocier ces deux services. L'offre de télévision analogique ne devrait par ailleurs pas être prise en compte dans le cadre d'une analyse prospective, c'est-à-dire une analyse tournée vers les développements futurs du marché. L'inclusion de l'offre analogique est un anachronisme qui a pour effet de surestimer le poids réel de la Requérante sur le marché.

80. Deuxièmement, le Régulateur exclut les offres *over the top (OTT)* du marché de détail de la télévision numérique alors que le Régulateur indique lui-même qu'« un répondant sur trois regarde la télévision via Internet »⁶⁵. Ces chiffres proviennent d'une étude qui a deux ans, ce qui laisse supposer que ce pourcentage a encore augmenté depuis. Dans le contexte d'une analyse prospective, le Régulateur se doit d'anticiper la croissance de cette contrainte concurrentielle et, par conséquent, de l'intégrer à son analyse du marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle.

81. Troisièmement, s'il est exact que le Régulateur consacre un chapitre de sa Décision Contestée au phénomène des offres groupées (également appelées *bundles* ou *multiple plays*)⁶⁶, cette analyse est isolée du reste de la Décision Contestée. Or, s'il n'existe pas de marché à part n'incluant que les offres groupées, celles-ci doivent être analysées conjointement avec les offres *standalone* dans le cadre de l'analyse concurrentielle des marchés de détail, particulièrement lorsque le Régulateur analyse l'évolution des prix. En effet, le principal avantage des offres groupées du point de vue de l'utilisateur final est la réduction de prix dont il bénéficie à l'achat de tels produits groupés en comparaison avec les produits *standalone*⁶⁷. Cet aspect est particulièrement important quand on sait que l'immense majorité des produits de large bande fixe et de radiodiffusion télévisuelle sont achetés dans le contexte d'une offre groupée (73% en ce qui concerne la télévision⁶⁸ et jusqu'à 84% en ce qui concerne le haut débit fixe⁶⁹). Cette erreur fondamentale de conception de la Décision Contestée affecte non seulement l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle mais également celui du haut débit.

(C) Analyse concurrentielle des marchés de détail de la radiodiffusion

⁶³ Paragraphe 460, p. 192 de la Décision Contestée.

⁶⁴ Paragraphe 455, p. 190 de la Décision Contestée.

⁶⁵ Paragraphe 543, p. 211 de la Décision Contestée.

⁶⁶ Chapitre 10 de la Décision Contestée.

⁶⁷ Paragraphe 3291 de la Décision Contestée.

⁶⁸ Paragraphe 714, p. 256 de la Décision Contestée.

⁶⁹ Paragraphe 347, p. 162 de la Décision Contestée.

télévisuelle et du haut débit résidentiel erronée et insuffisamment prospective

82. L'analyse concurrentielle des marchés de détail est tout à fait lacunaire. Non seulement elle repose sur des définitions de marché incomplètes et incorrectes, mais elle souffre elle-même de déficiences graves.

83. En effet, le Régulateur concentre son analyse des paramètres financiers et des barrières à l'entrée sur Proximus et Telenet et généralise ensuite ses conclusions à la Requérante et à Nethys, sans inclure ces dernières dans l'analyse⁷⁰. Le Régulateur reste par exemple en défaut d'apporter la moindre information sur la marge EBITDA de la Requérante mais lui applique toutes les conclusions qu'il tire de la marge bénéficiaire de Proximus et Telenet⁷¹.

84. En outre, l'analyse n'est pas prospective, alors que le cadre réglementaire applicable l'exige. Selon le point 13 des Lignes Directrices PSM, il faut que les régulateurs « *procèdent à une évaluation structurelle prospective du marché en cause au cours de la période considérée* »⁷².

85. Ce n'est manifestement pas le cas. À titre d'exemple, le Régulateur considère toujours, en 2018, que la télévision analogique constitue un « *avantage compétitif* »⁷³ alors que 92% des raccordements à la télévision sont numériques⁷⁴, un pourcentage en hausse constante depuis des années, et que les consommateurs qui passent au numérique ne retournent pas vers la télévision analogique. Le Régulateur reconnaît d'ailleurs cette disparition progressive de la télévision analogique « *à court ou moyen terme* », ce qui rend son inclusion dans une analyse prospective d'autant plus incompréhensible⁷⁵. Le Régulateur affirme en outre que le soi-disant « *avantage compétitif* » de la télévision analogique réside dans la « *disponibilité d'une base de clientèle à migrer vers la télévision numérique et dans la plus grande facilité à vendre des services aux utilisateurs qui ont plusieurs téléviseurs* », sans démontrer que les utilisateurs de la télévision analogique qui décident de passer au numérique vont forcément rester chez le même opérateur plutôt que de comparer les offres disponibles⁷⁶.

86. Par ailleurs, les données présentées dans la Décision Contestée sont analysées de manière statique et non dynamique, les tendances montrées dans les graphiques étant systématiquement ignorées quand elles révèlent l'absence de

⁷⁰ Voir, par exemple, paragraphe 675 de la Décision Contestée.

⁷¹ Paragraphes 328 et suivants de la Décision Contestée.

⁷² Paragraphe 13 des Lignes directrices PSM.

⁷³ Décision Contestée, paragraphe 2682.5, p. 806.

⁷⁴ IBPT, *Situation du marché des communications électroniques et de la télévision en 2017*, p. 38.

⁷⁵ Décision Contestée, paragraphe 2934, p. 865.

⁷⁶ Décision Contestée, paragraphe 2682.5, p. 806.

puissance de la Requérante. Il ressort par exemple très clairement des données du Régulateur que les parts de marché de la Requérante chutent de manière constante depuis plusieurs années sur le marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle (incluant la télévision numérique et analogique) alors que celles de Proximus augmentent et dépasseront très bientôt celles de la Requérante (si ce n'est déjà le cas). Considérer que la part de marché de la Requérante est supérieure à celle de Proximus est donc très incomplet, voire trompeur, dans le cadre d'une analyse prospective.

87. [CONFIDENTIEL].

88. Par ailleurs, l'analyse des barrières à l'entrée omet de prendre en compte les effets positifs que l'on peut attendre du programme Easy Switch, pourtant en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2017. Les pleins effets de ce programme devraient se faire sentir dès cette année, ce que le Régulateur aurait pu, et aurait dû, prendre en considération.

89. Enfin, l'analyse concurrentielle ignore les effets de levier dont peuvent bénéficier des opérateurs tels qu'Orange Belgium : pour le Régulateur, les offres groupées sont un obstacle concurrentiel alors qu'elles peuvent être une opportunité pour un opérateur tel qu'Orange Belgium, qui était bien implanté sur le marché des services de téléphonie mobile et dont la marque est très connue auprès du public. Orange Belgium a du reste très clairement expliqué que sa stratégie initiale pour développer sa clientèle fixe consistait à faire migrer ses clients mobiles vers ses offres de services fixes.

(D) Analyse concurrentielle insuffisante et erronée du marché de détail du haut débit non résidentiel, ce qui rend sans base légale le remède applicable à ce marché (l'offre d'accès à Internet en *standalone*)

90. Le Régulateur a décidé d'imposer à la Requérante d'offrir un accès à Internet en *standalone* afin de remédier aux problèmes de concurrence qui se posent sur le marché de détail de l'accès au haut débit fixe non résidentiel. Or, ce marché n'est pas défini puisqu'il est présenté comme le « *marché de détail du haut débit sur réseau fixe pour les clients non résidentiels (éventuellement élargi aux entreprises de 10 personnes et plus), sans distinction de technologies ni de débits* »⁷⁷. En outre, le Régulateur ne démontre pas que la situation concurrentielle reste la même quelle que soit la définition de ce marché⁷⁸.

91. En outre, l'analyse du marché non résidentiel (dont les contours restent donc

⁷⁷ Paragraphe 259.2, p. 121 de la Décision Contestée.

⁷⁸ Arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 26 octobre 2017, *KPN c. Commission*, affaire T-394/15, ECLI:EU:T:2017:756.

fous) est confondue avec l'analyse du marché résidentiel et la Requérante est, dans le cadre de cette analyse, incluse sous l'appellation générique « câble »⁷⁹. De cette façon, le Régulateur assimile la Requérante à Telenet, un câblo-opérateur bien plus important et étendu qu'elle. Dans d'autres cas, la Requérante est assimilée, de manière totalement aléatoire, à Nethys, voire à d'autres opérateurs non nommés sous la catégorie « autre », alors que le Régulateur considère par ailleurs qu'il s'agit d'opérateurs actifs sur des marchés distincts⁸⁰. Il est impossible pour le Régulateur, dans de telles conditions, d'analyser correctement les parts de marché de chaque opérateur et la dynamique concurrentielle entre eux.

92. Par conséquent, le Régulateur n'a pas analysé le marché de détail du haut débit fixe non résidentiel de manière à justifier la nécessité de son intervention et l'imposition d'obligations réglementaires visant à résoudre les problèmes de concurrence qu'il postule (sans toutefois les démontrer).

2.2.3 Il n'y a pas lieu de réguler les marchés de gros parce qu'aucun problème concurrentiel n'a été démontré en ce qui concerne les marchés de gros de la radiodiffusion télévisuelle et de l'accès central (haut débit)

93. Selon les termes de la Directive Cadre, « [i]l est essentiel que les obligations réglementaires ex ante ne soient imposées qu'en l'absence de concurrence effective c'est-à-dire sur les marchés où opèrent une ou plusieurs entreprises disposant d'une puissance significative sur le marché et lorsque les recours fondés sur le droit national ou le droit communautaire de la concurrence ne suffisent pas à résoudre le problème »⁸¹.

94. Or, pour déterminer l'existence ou non d'une concurrence effective, il convient de définir correctement le marché analysé, ce que le Régulateur n'a pas fait.

(A) Incohérence de la définition de marchés de gros distincts pour le câble et pour le cuivre

95. La définition des marchés de gros est erronée. Le réseau de cuivre et les réseaux câblés font partie d'un seul et même marché de dimension géographique nationale. Cette conclusion est soutenue notamment par le fait que les produits sur lesquels se joue la concurrence aujourd'hui sont des offres groupées offertes par des opérateurs nationaux.

⁷⁹ Figures 22, 23, 24 et 25 par exemple. Voir également les Figures 33 et 34.

⁸⁰ Figure 28, par exemple.

⁸¹ Directive Cadre, considérant n°27.

96. Le Régulateur prétend que les services de gros câble ou cuivre ne sont pas substituables du côté de la demande en raison des coûts de migration d'une infrastructure vers l'autre. Ce raisonnement est erroné. Ainsi, si le Régulateur se place dans la situation d'un nouvel opérateur sur le marché, il est incontestable que celui-ci a tout à fait un choix égal entre une infrastructure ou l'autre, sans qu'il soit question de coûts de migration. En outre, le seul opérateur intéressé par les services de gros de la Requérante, Orange Belgium, utilise déjà les deux types d'infrastructure et peut au cas par cas décider de connecter son client sur l'infrastructure de Proximus ou celle d'un câblo-opérateur. Ceci indique que les produits de gros sont substituables et appartiennent donc au même marché de gros.

97. L'affirmation du Régulateur selon laquelle « *le test de substituabilité ne peut pas être construit autour de la situation d'un opérateur en particulier* »⁸², c'est-à-dire Orange Belgium, est artificielle et erronée. Artificielle parce que ne pas tenir compte du fait qu'Orange Belgium est le seul opérateur intéressé par l'accès aux réseaux câblés serait un déni de la réalité. Et erronée parce que le Régulateur lui-même tient compte du fait que sa Décision Contestée n'a pour objectif réel que de bénéficier à Orange Belgium dans d'autres passages de la Décision Contestée, par exemple quand il écrit que ses conclusions relatives aux coûts de migration sont « *confirmées par les déclarations d'Orange, seul opérateur à avoir accompli cette migration en Belgique* »⁸³.

98. En outre, le paragraphe 33 des Lignes Directrices sur la PSM indique très clairement :

*« Pour définir le marché pertinent de produits ou de services, les ARN doivent donc commencer par regrouper les produits ou services qui sont utilisés à une même fin (utilisation finale) par les consommateurs. »*⁸⁴

Or, en séparant dans des marchés de gros distincts des infrastructures servant à fournir des produits concurrents sur le marché de détail, le Régulateur fait exactement l'inverse de ce que prévoit le cadre réglementaire, avec pour corollaire la violation du principe de neutralité technologique⁸⁵.

99. En définissant des marchés de gros distincts pour le câble et pour le cuivre, et en définissant des marchés géographiques séparés correspondant à la zone de chaque câblo-opérateur, la Requérante ne peut forcément être que le seul fournisseur d'accès sur son marché distinct et avoir dès lors 100% de parts de

⁸² Paragraphe 1586, p. 509 de la Décision Contestée.

⁸³ Paragraphe 1588, p. 510 de la Décision Contestée.

⁸⁴ Paragraphe 33 des Lignes Directrices PSM.

⁸⁵ Article 8, §1 de la Directive Cadre.

marché. Cela fausse l'analyse et donne l'impression que même un opérateur de taille modeste tel que la Requêteur est puissant. Par conséquent, la Requêteur se voit imposer des obligations réglementaires identiques à celles de Telenet ou de Proximus [CONFIDENTIEL]⁸⁶. Une telle approche nuit gravement à la concurrence que le Régulateur est supposé promouvoir, selon le cadre réglementaire en vigueur⁸⁷.

100. Selon ce raisonnement, un opérateur ne disposant que d'une infrastructure minuscule couvrant seulement deux rues doit être considéré comme ayant 100% de parts de marché, alors qu'il est en concurrence avec des opérateurs bien plus grands que lui, et se voir imposer des obligations réglementaires aussi lourdes que celles imposées aux opérateurs nationaux convergents que sont Proximus et Telenet. Ce raisonnement n'a pas de sens au regard des objectifs de promotion de la concurrence et d'encouragement du développement des infrastructures inscrits dans le cadre réglementaire. Cela crée en outre une discrimination flagrante, puisque des opérateurs se trouvant dans des situations manifestement différentes subissent le même traitement.

(B) Analyse concurrentielle erronée et lacunaire

101. Le Régulateur ayant défini de manière erronée le marché de gros, l'analyse concurrentielle sur ce marché est également erronée. C'est particulièrement le cas en ce que le Régulateur suppose que tout opérateur disposant d'un réseau, quelle que soit la taille de cet opérateur sur le marché de détail ou l'ampleur de ce réseau, est forcément puissant.

102. En outre, le Régulateur n'analyse les contraintes indirectes sur ce marché que dans le seul but de réguler à la fois les infrastructures de Proximus et des câblo-opérateurs. Ce faisant, le Régulateur fausse son analyse.

(C) Analyse négligée du marché de l'accès central au câble élargi et du marché de gros de la radiodiffusion télévisuelle élargi

103. Le Régulateur, probablement confronté aux déficiences de sa définition du marché de gros de l'accès central, a inclus dans la Décision Contestée une « hypothèse alternative », qui « consiste à envisager que l'accès central aux réseaux cuivre et fibre et l'accès central au réseau câble relèveraient [...] d'un seul et même

⁸⁶

[CONFIDENTIEL].

⁸⁷

Voir, entre autres, le considérant n°27 et l'article 8 de la Directive Cadre et article 1^{er} de la directive du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès »), J.O.U.E. L 108, 24.4.2002, p. 7 (ci-après, **Directive Accès**).

marché de produits pertinent »⁸⁸.

104. De même, concernant le marché de gros de la radiodiffusion télévisuelle, le Régulateur émet « *l'hypothèse d'un marché de gros de la radiodiffusion élargi, en particulier élargi à la principale plate-forme alternative qui est l'IPTV* »⁸⁹.

105. Or, l'analyse de ces « hypothèses » est bâclée.

106. Concernant l'hypothèse du marché de gros de la radiodiffusion télévisuelle élargi, il n'est même pas possible de comprendre clairement à quelle définition le Régulateur fait référence : il se contente d'écrire que cette hypothèse inclut « *en particulier* » l'IPTV de Proximus, sans indiquer si les câblo-opérateurs se concurrencent l'un l'autre ou se trouvent dans des marchés distincts. Cette hypothèse de marché élargi étant présentée comme « *improbable* », le Régulateur refuse de l'examiner sérieusement... tout en lui consacrant tout de même plusieurs pages, ce qui montre que cette hypothèse n'est pas si invraisemblable que cela.

Plus étrange encore, le Régulateur glisse, au détour d'une note de bas de page, qu'« [i] serait plus improbable encore de considérer un élargissement du marché de gros à des plateformes telles que la télévision par satellite ou la télévision over the top, qui n'ont pas été considérées substituables sur le marché de détail avec la télévision linéaire sur les réseaux câblés »⁹⁰. Que signifie « *plus improbable* » : impossible ? Si c'est impossible, pourquoi le mentionner ? Si le Régulateur l'écrit, c'est donc que c'est une possibilité à envisager. Or, le Régulateur se contente de cette affirmation : aucune analyse ni aucun élément n'étaye ses propos.

107. Même lorsqu'il fournit un peu plus d'informations, le Régulateur reste extrêmement flou dans ses développements, ce qui semble dissimuler certaines incohérences.

108. Par exemple, la définition du marché de gros élargi de l'accès central au câble souffre au minimum d'un défaut flagrant de motivation. Entre autres imprécisions, le Régulateur n'explique pas et ne justifie pas à suffisance de droit l'hypothèse qu'il retient pour le marché de gros de l'accès central au câble élargi, à savoir « *qu'il existe différents marchés géographiques, correspondant chacun à la zone de couverture d'un câblo-opérateur (Brutélé, Nethys, Telenet)* »⁹¹. Pourquoi nécessairement retenir comme point de départ de ce marché la définition géographique la plus étroite (à savoir la définition retenue pour le marché de gros de l'accès central sur câble par opposition à la définition nationale du marché de gros de l'accès central sur cuivre et fibre) ? C'est particulièrement incompréhensible lorsque

⁸⁸ Paragraphe 1787, p. 566 de la Décision Contestée.

⁸⁹ Paragraphe 2693, p. 808 de la Décision Contestée.

⁹⁰ Note de bas de page 1243, p. 808 de la Décision Contestée.

⁹¹ Paragraphe 1821, p. 585 de la Décision Contestée.

l'on compare l'impact de Proximus sur le marché par rapport à celui d'un opérateur de petite taille tel que la Requêteurante.

109. Pour reprendre l'exemple déjà utilisé ci-dessus, si l'on suivait le raisonnement du Régulateur, cela signifierait que, si un opérateur décide de déployer un réseau couvrant seulement deux rues, le marché de gros serait défini comme n'englobant que ces deux rues, malgré la présence d'un opérateur national tel que Telenet ou Proximus sur ce marché. En outre, cette définition de marché omet l'existence d'une régulation ouvrant le réseau de Proximus à la concurrence. Enfin, le Régulateur ignore la possibilité d'obtenir l'accès à un réseau sur une base commerciale partout en Belgique (sous peine pour l'opérateur verticalement intégré, s'il s'agit d'une infrastructure essentielle pour être concurrentiel sur le marché de détail, d'enfreindre le droit de la concurrence).

110. En outre, le Régulateur ignore complètement la concurrence que la Requêteurante porte à Proximus. Cette concurrence se manifeste pourtant dans la politique de prix agressifs de la Requêteurante sur le marché de détail : selon les chiffres du Régulateur lui-même, l'évolution des prix de la Requêteurante est restée sous l'indice des prix à la consommation, à la différence de ceux de Proximus et de Telenet⁹². L'existence de cette concurrence dément toute possibilité d'une dominance conjointe avec Proximus.

111. Plus globalement, le Régulateur postule une dominance conjointe entre la Requêteurante et Proximus alors qu'il s'agit d'opérateurs dans des situations très différentes. À la différence de Proximus, la Requêteurante ne bénéficie ni de vastes économies d'échelle, ni de moyens financiers considérables, ni d'une structure de coûts comparable, ni d'un réseau mobile propre, ni d'une présence importante sur le territoire national, etc. D'un point de vue dynamique (qui doit être pris en compte dans le cadre d'une analyse prospective), la Requêteurante perd des parts de marché alors que Proximus en gagne. Il n'existe donc entre la Requêteurante et Proximus aucune symétrie ni stabilité ni stratégie commerciale comparable ni position commune pouvant donner lieu à une situation de concurrence conjointe. C'est particulièrement vrai sur un marché en pleine évolution sur le plan technologique et marqué par le succès d'Orange Belgium [CONFIDENTIEL]. Le Régulateur n'a pas non plus établi l'existence du moindre mécanisme de rétorsion entre Proximus et la Requêteurante permettant d'assurer une stabilité de la situation de dominance (la concurrence qu'elles se portent ne pouvant être qualifiée de mesure de rétorsion).

⁹² Décision Contestée, Annexe A, paragraphes 3206 (p. 933), 3218 (p. 940) et 3228 (p. 945).

112. Enfin, la conclusion du Régulateur selon laquelle « *dans l'hypothèse où un marché de gros de la radiodiffusion élargi aurait été défini, il existe des indices suffisamment probants pour conclure à l'existence vraisemblable d'une dominance conjointe de Proximus et des câblo-opérateurs* » repose sur des considérations tout à fait générales, telles que des structures de coûts caractérisées par une forte proportion de coûts fixes, un secteur d'activité (les communications électroniques) caractérisés par l'innovation technique ou le développement des offres groupées⁹³.

La Requérante estime que de tels éléments sont davantage des caractéristiques du secteur d'activité que des indices d'une dominance conjointe. Si de tels éléments suffisaient à établir une dominance conjointe, on pourrait alors considérer qu'Orange Belgium est, elle aussi, conjointement dominante (même si on ne sait pas très bien avec qui, vu le manque de précision des hypothèses soulevées par le Régulateur).

Il résulte de ce qui précède que les développements que le Régulateur consacre à ses hypothèses de marché de gros de l'accès central au câble élargi et de marché de gros de la radiodiffusion télévisuelle élargi ne suffisent pas à établir que ces marchés souffrent d'un problème de concurrence nécessitant l'imposition d'une réglementation.

2.2.4 Il n'y a pas lieu de réguler la Requérante parce qu'elle a déjà fait des offres commerciales de gros raisonnables et suffisantes

113. Le cadre réglementaire prévoit que le Régulateur ne peut réguler un marché que lorsque c'est nécessaire et uniquement dans la mesure où c'est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi⁹⁴.

114. L'objectif affiché par le Régulateur lorsqu'il a adopté la Décision Contestée est d'« *aviver encore davantage la concurrence* » sur les marchés de la radiodiffusion télévisuelle et du haut débit⁹⁵. En adoptant la Décision Contestée, le Régulateur affirme avoir « *ouvert la voie vers plus de concurrence sur les marchés de l'Internet haut débit et de la radiodiffusion* »⁹⁶.

115. Cet objectif est, selon le Régulateur, atteint par la possibilité pour les opérateurs alternatifs d'obtenir un accès à des conditions raisonnables aux

⁹³ Paragraphe 687, p. 215 de la Décision Contestée.

⁹⁴ Article 8, §5, f) de la Directive Cadre : le Régulateur doit « *n'imposer des obligations de réglementation ex ante que lorsqu'il n'y a pas de concurrence efficace et durable, et suspendre ou supprimer celles-ci dès que cette condition est satisfaite* ».

⁹⁵ Communiqué de presse de la CRC du 29 juin 2018, « *Les régulateurs télécom et média adoptent une décision pour plus de concurrence et plus de choix dans le marché du haut débit et de la radiodiffusion* » (**Pièce 2**).

⁹⁶ Communiqué de presse de la CRC du 29 juin 2018, « *Les régulateurs télécom et média adoptent une décision pour plus de concurrence et plus de choix dans le marché du haut débit et de la radiodiffusion* » (**Pièce 2**).

infrastructures essentielles pour pouvoir être concurrentiel sur le marché en aval. Or, c'est exactement ce que la Requêteurante a proposé au seul opérateur ayant manifesté un intérêt pour l'accès à son réseau, à savoir Orange Belgium.

116. En effet, le 29 décembre 2017, Orange Belgium a pris contact avec la Requêteurante pour lui demander de débiter des négociations en vue d'établir des tarifs de gros pour l'accès au réseau de la Requêteurante sur une base commerciale⁹⁷. La Requêteurante a manifesté sa volonté de négocier avec Orange Belgium par courrier daté du même jour⁹⁸.

117. Le 28 février 2018, Orange Belgium a pris la décision unilatérale de mettre fin aux négociations avec la Requêteurante⁹⁹. Or, la Requêteurante et Orange Belgium s'étaient rencontrées à deux reprises, le 7 et le 12 février 2018 et avaient eu à ces occasions un dialogue constructif.

118. Concernant les tarifs de gros, la Requêteurante avait proposé à Orange Belgium de lui facturer des tarifs correspondant aux tarifs de gros imposés à Telenet dans les décisions tarifaires de 2013 et de 2016. La Requêteurante a ensuite proposé à Orange Belgium de reprendre les tarifs de la Requêteurante (hors phase de lancement) tels qu'ils ont été imposés par le Régulateur en 2016¹⁰⁰. La Requêteurante était bien évidemment au courant de l'annulation par Votre Cour des décisions de 2016 imposant ces tarifs mais souhaitait que la négociation se fonde sur une base objective et raisonnable et les tarifs décidés par le Régulateur ne pouvaient être ensuite qualifiés par celui-ci de déraisonnables, puisqu'ils ont été établis par le Régulateur de manière à inclure une marge bénéficiaire raisonnable pour Orange Belgium.

119. Par conséquent, la Requêteurante a fait une offre commerciale de gros raisonnable et suffisante à Orange Belgium. L'existence de cette offre aurait dû être prise en compte par le Régulateur mais cela n'a pas été le cas : le Régulateur a ignoré l'existence de cette offre et a, par conséquent, régulé le réseau de la Requêteurante alors que ce n'était pas nécessaire.

2.3 Troisième moyen à titre principal : le Régulateur n'établit pas que la Requêteurante jouit d'une puissance significative sur un marché, en violation des articles 8 et 16 de la Directive Cadre, de son devoir de

⁹⁷ Courrier d'Orange Belgium du 29 décembre 2017 (*Pièce 3*).

⁹⁸ Courrier de la Requêteurante du 29 décembre 2017 (*Pièce 4*).

⁹⁹ Courrier d'Orange Belgium du 28 février 2018 (*Pièce 6*).

¹⁰⁰ La phase de lancement est une période de deux ans pendant laquelle les tarifs de gros régulés imposés à la Requêteurante (et annulés par Votre Cour) étaient particulièrement bas afin d'aider financièrement Orange Belgium à atteindre les 100.000 clients fixes. Orange Belgium ayant atteint cet objectif et la période de deux ans parvenant en toute hypothèse à son terme, négocier sur la base des tarifs hors phase de lancement était une démarche beaucoup plus logique.

motivation formelle et des principes de personnalité juridique, de proportionnalité, de bonne administration et de non-discrimination

2.3.1 Le Régulateur enfreint le principe de personnalité juridique, de bonne administration et de motivation formelle en assimilant la Requêteur à ses concurrents

(A) Les câblo-opérateurs sont examinés ensemble dans l'analyse concurrentielle

120. Dans la Décision Contestée, le Régulateur assimile les câblo-opérateurs entre eux, comme s'il s'agissait d'un seul opérateur. Cette présentation est trompeuse puisque le qualificatif de câblo-opérateur recouvre en fait trois opérateurs distincts (Telenet, Nethys et la Requêteur) qui, selon le Régulateur, opèrent sur des marchés distincts.

121. Cette assimilation n'est pas anodine : en créant cette confusion, les câblo-opérateurs les plus petits (dont la Requêteur) sont assimilés au câblo-opérateur le plus grand (Telenet), ce qui permet au Régulateur de traiter tous les câblo-opérateurs comme s'ils étaient dans des situations comparables et tous trois puissants alors que ce n'est pas le cas.

122. Les exemples de cette assimilation erronée sont nombreux. En voici quelques-uns :

- Paragraphe 136, p. 90 de la Décision Contestée : « *Proximus, les câblo-opérateurs, Orange et M7 sont les seuls opérateurs qui proposent des produits groupés reprenant à la fois une composante de radiodiffusion et une composante Internet large bande* ». Les câblo-opérateurs sont présentés comme un seul opérateur au lieu de trois.
- Paragraphe 271, p. 125 de la Décision Contestée : les câblo-opérateurs sont présentés comme un seul opérateur faisant face à Proximus alors qu'il n'est pas question du type d'infrastructure concerné mais des additions nettes sur le marché de la large bande fixe résidentiel. La Figure 19 est parlante :

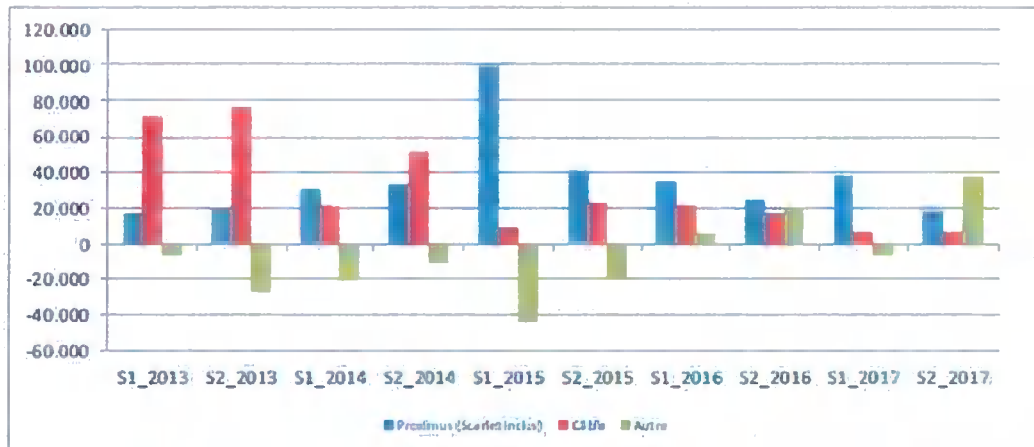


Figure 19 : Additions nettes sur le marché large bande fixe résidentiel (Source : IBPT)

- L'analyse des parts de marché qui suit la Figure 19 fait aussi état de « câblo-opérateurs, qui perdent 1% de parts de marché », comme s'il s'agissait d'un opérateur et non de trois : paragraphe 272, p. 125 de la Décision Contestée et Figure 20 ci-dessous :

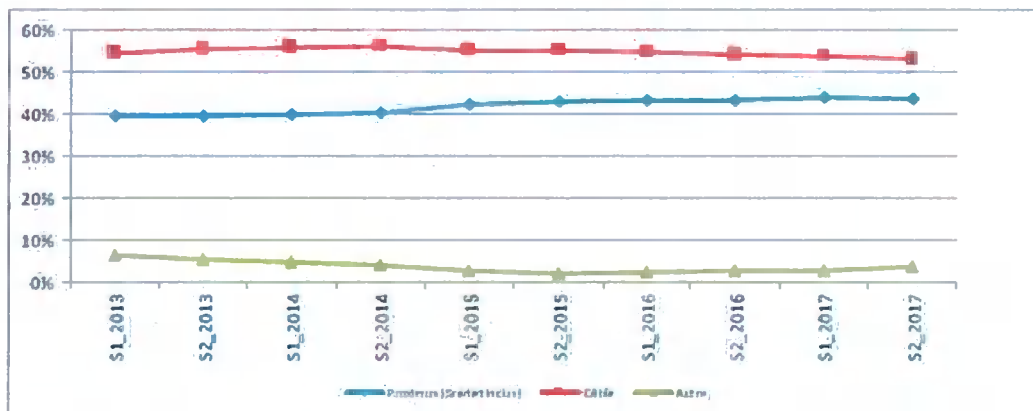


Figure 20 : Parts de marché sur le marché large bande fixe résidentiel (Source : IBPT)

- *Idem* en ce qui concerne les additions nettes et les parts de marché de la large bande fixe non résidentielle : paragraphe 273 est suivants, p. 126 et suivantes de la Décision Contestée, en ce compris les Figures 22 et 23 :

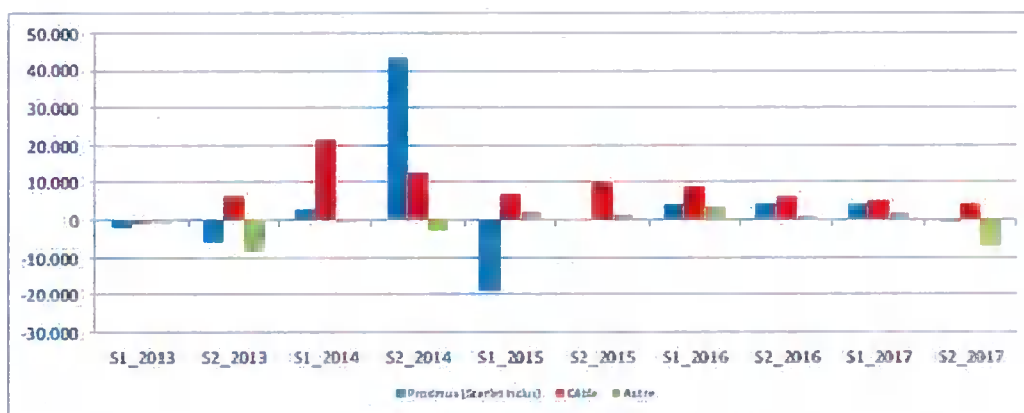


Figure 22 : Additions nettes sur le marché large bande fixe non résidentiel, par opérateur (Source : IBPT)

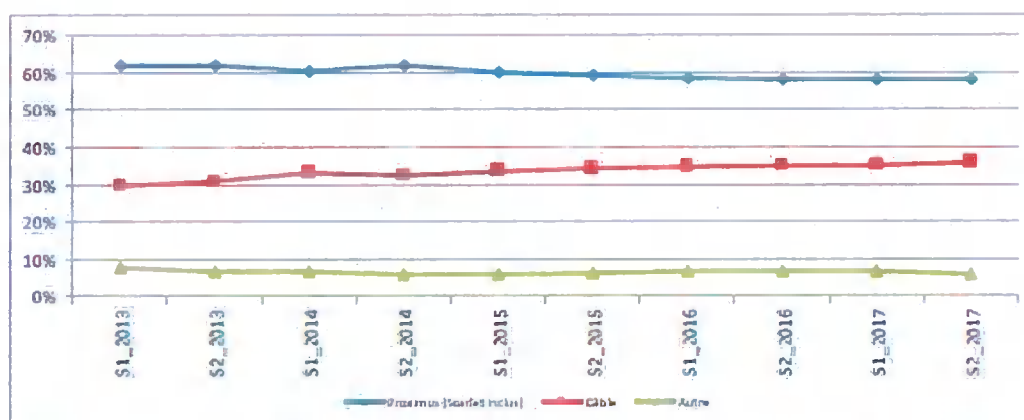


Figure 23 : Parts de marché sur le marché large bande fixe non résidentiel, par opérateur (Source : IBPT)

- *Idem* en ce qui concerne les différentes définitions du marché de la large bande fixe non résidentiel : paras 276 et 277, pp. 127-128 de la Décision Contestée, en ce compris les Figures 24 et 25 :

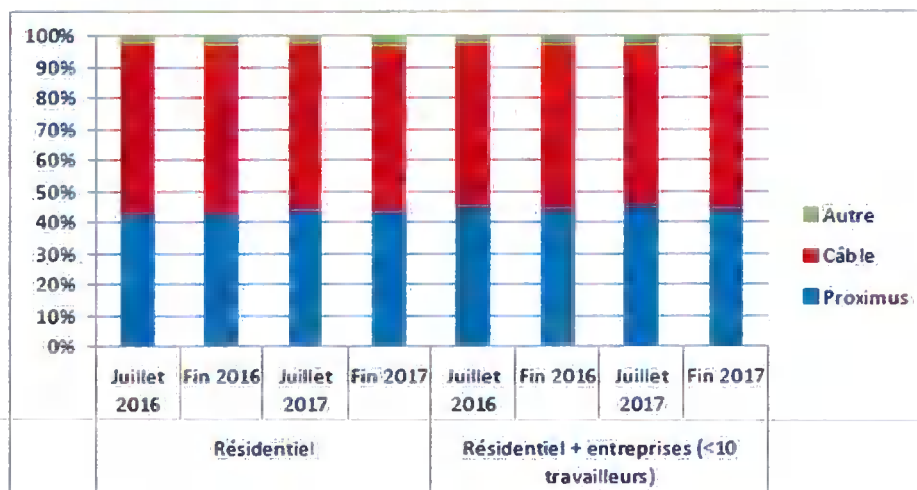


Figure 24 : Parts de marché sur le marché résidentiel (ménages) et sur le « mass market » (ménages + entreprises < 10 travailleurs) (Source : IBPT)

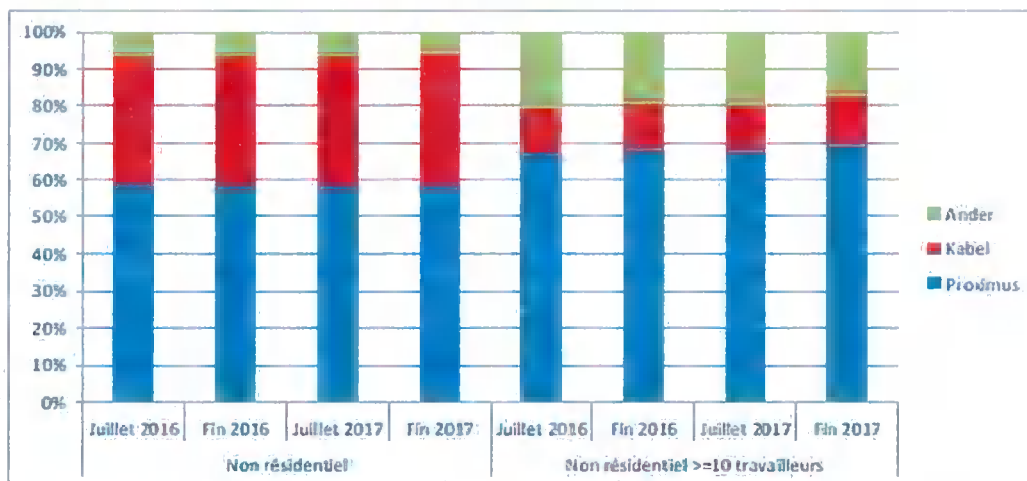


Figure 25 : Parts de marché sur le marché non résidentiel (avec et sans les entreprises >= 10 travailleurs) (Source : IBPT)

- Paragraphe 284, p. 132 de la Décision Contestée : le Régulateur estime que le « marché de détail résidentiel NGA se divise principalement entre Proximus et les câblo-opérateurs », la part de marché de ces derniers étant additionnée sans raison pour la comparer à celle de Proximus (alors que la légende de la Figure 32 ci-dessous précise qu'il s'agit de parts de marché « par opérateur ») :

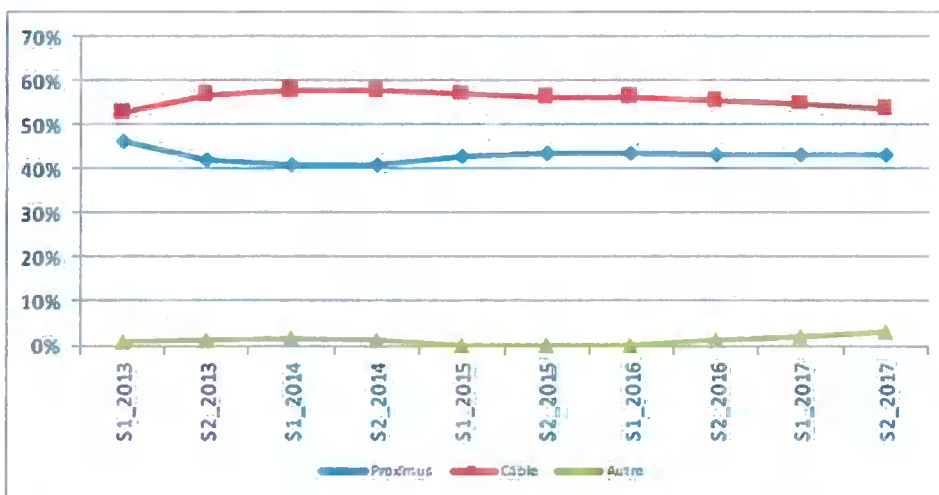


Figure 32 : Parts de marché sur le marché NGA résidentiel, par opérateur. (Source : IBPT)

- Paragraphe 1702, p. 542 de la Décision Contestée : « Proximus, Telenet et Nethys font partie d'un groupe puissant, plus grand, tandis que Brutélé est associée au groupe Nethys pour la fourniture de services de télécommunications. Les possibilités financières des opérateurs et l'accès

facile aux marchés des capitaux peuvent indiquer que les entreprises sont dans une certaine mesure capables d'agir indépendamment des autres concurrents, clients et consommateurs ». La Requérante est assimilée à ses concurrentes (et en particulier à Nethys) alors qu'elle ne fait absolument pas partie d'une multinationale telle que Liberty Global (dont fait partie Telenet) et n'est pas détenue majoritairement par l'État fédéral (tel que Proximus). Contrairement à ce que suggère le Régulateur, sa conclusion concernant l'accès à des capitaux et la possibilité d'agir de manière indépendante ne peut dès lors pas s'appliquer à la Requérante.

123. Dans ce contexte de confusion entre câblo-opérateurs et d'assimilation injustifiée de la Requérante à Telenet, il n'est pas étonnant que le Régulateur parvienne à des conclusions erronées telles que, par exemple, parler de « *la position dominante des câblo-opérateurs* » (paragraphe 334, p. 156 de la Décision Contestée), ou de parler des « *économies d'échelle des câblo-opérateurs et de Proximus* » alors qu'il est évident que l'échelle à laquelle opère la Requérante est sans comparaison avec celle de Proximus ou de Telenet (paragraphe 341, p. 160 de la Décision Contestée).

(B) Nethys et Brutélé sont assimilées l'une à l'autre dans l'analyse concurrentielle

124. La Requérante note qu'à maintes reprises, le Régulateur ignore sa personnalité juridique propre en l'assimilant de manière injustifiée à Nethys afin d'établir l'existence d'une puissance de marché dans son chef.

125. Voici une liste non-exhaustive des instances où le Régulateur assimile de manière injustifiée la Requérante à Nethys, alors que le Régulateur estime par ailleurs que la Requérante et Nethys sont actives sur des marchés distincts :

- Figure 11, p. 88 de la Décision Contestée (IBPT) : cette figure présente Nethys et Brutélé comme un seul opérateur (en rose) alors qu'elle est supposée représenter la « *[c]ouverture des réseaux des câblo-opérateurs* » :

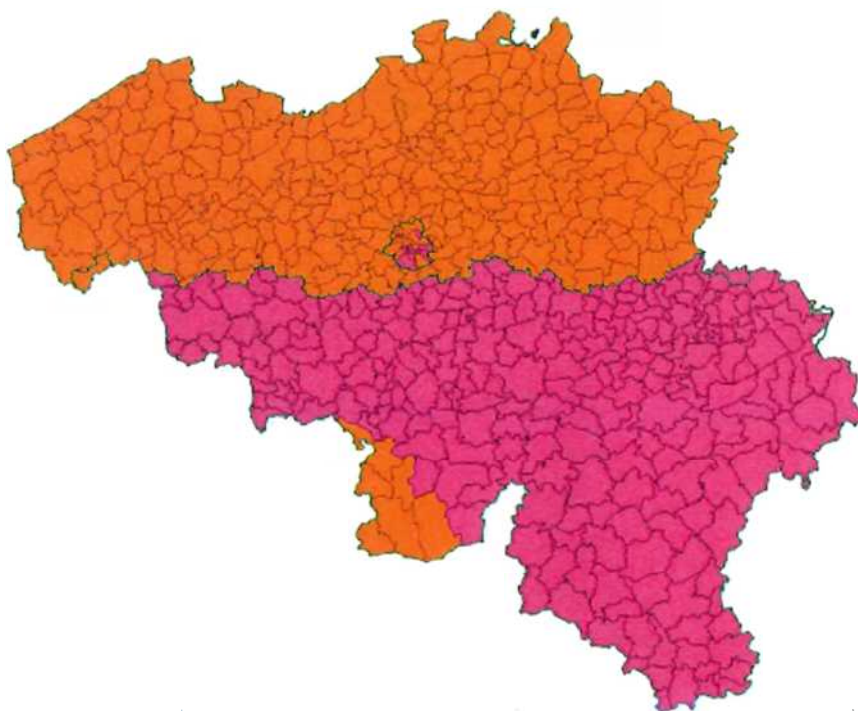


Figure 11 : Couverture des réseaux des câblo-opérateurs (Source : BIPT)

- Paragraphe 158, p. 97 de la Décision Contestée : le Tableau 3 indique à deux reprises « VOO » dans la colonne « opérateur », au même titre que Proximus, Telenet, SFR ou Scarlet (notons que ce tableau n'est, par ailleurs, pas à jour puisqu'il mentionne SFR indépendamment de Telenet) ;
- Même remarque en ce qui concerne le Tableau 4, sous le paragraphe 207 (pp. 108-109 de la Décision Contestée) ;
- VOO est présenté comme un opérateur d'accès haut débit fixe (alors que ce n'est pas un opérateur, mais deux opérateurs distincts) au paragraphe 220, p. 113 de la Décision Contestée ;
- Le Tableau 5 (p. 115 de la Décision Contestée) liste à nouveau VOO dans la colonne « opérateur », aux côtés de Telenet de Proximus (alors qu'il s'agit de deux opérateurs distincts) ;
- Quand le Régulateur détermine les parts de marché des différents opérateurs concernant la large bande fixe résidentielle, il additionne ceux de la Requérante et de Nethys comme s'il s'agissait d'un seul opérateur et non de deux (Figure 27, p. 129 de la Décision Contestée) :

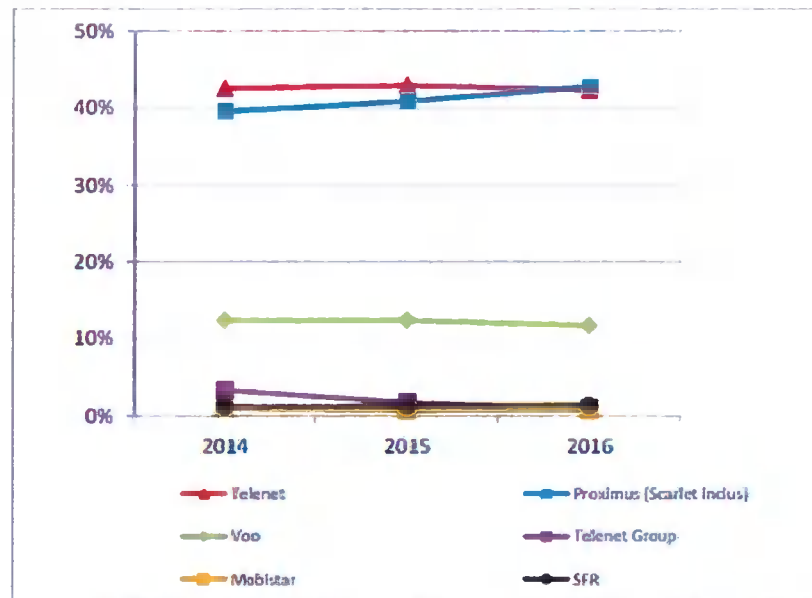


Figure 27 : Parts de marché en chiffre d'affaires de détail généré par la large bande fixe résidentielle (Source : IBPT)

- L'assimilation faite par le Régulateur de la Requérante à Nethys quand il détermine les parts de marché des différents opérateurs concernant la large bande fixe résidentielle apparaît également dans le texte de la Décision Contestée, par exemple au paragraphe 312 (p. 146 de la Décision Contestée) : « *Proximus, Telenet et VOO disposent en effet d'une part de marché suffisamment grande pour représenter le marché belge de la large bande* ».
- En ce qui concerne la radiodiffusion télévisuelle, les Tableaux 10 et 11 citent à nouveau VOO comme un opérateur, donnant l'impression qu'il n'existe que deux câblo-opérateurs en Belgique (p. 167 et p. 168 de la Décision Contestée).
- La Requérante et Nethys sont également considérées comme un seul opérateur dans le cadre de l'analyse du marché de la téléphonie mobile (paragraphe 735, p. 260 de la Décision Contestée).
- Le Tableau 20, concernant les produits *multiple play*, traite à nouveau la Requérante et Nethys comme un seul opérateur « VOO » (p. 262 de la Décision Contestée), ce qui donne l'impression erronée qu'un opérateur tel que la Requérante est de taille comparable à des opérateurs nationaux tels que Proximus ou Telenet.
- Le Régulateur gonfle les parts de marché de la Requérante en leur additionnant celles de Nethys en matière de *double play* large bande fixe et télévision (Figure 92, p. 270 de la Décision Contestée) :

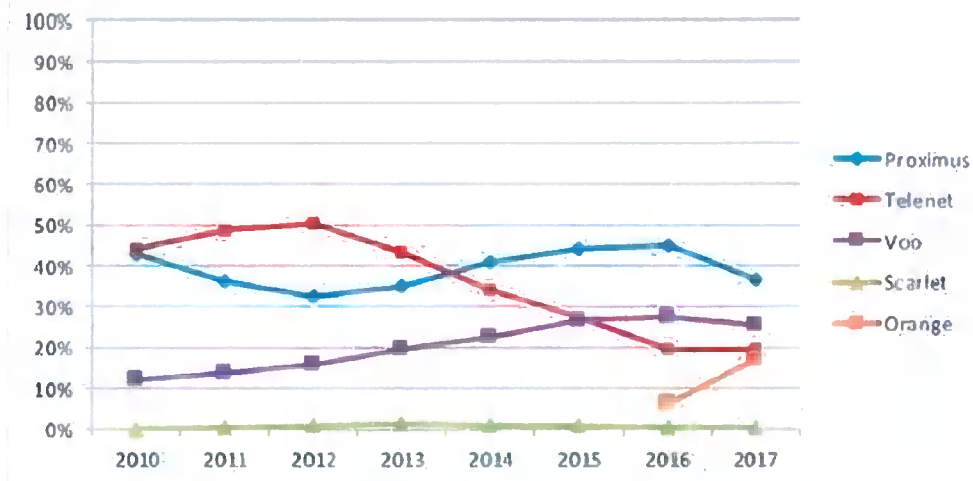


Figure 92 : Parts de marché sur le marché du double play large bande fixe et télévision, avec et sans une composante mobile (Source : IBPT)

- Idem en ce qui concerne le triple play large bande fixe, télévision et téléphonie fixe (Figure 98, pp. 272-273 de la Décision Contestée) :



Figure 98 : Parts de marché sur le marché du triple play large bande fixe, télévision et téléphonie fixe (Source : IBPT)

- Même les paragraphes qui suivent ces graphiques et qui sont supposés présenter les parts de marché des opérateurs par zone de couverture de chaque câblo-opérateur parlent encore de VOO comme d'un opérateur : « Telenet et VOO fournissent le double play dans différentes zones de couverture » (paragraphe 757, p. 270 de la Décision Contestée); « [i]/ convient de noter que Telenet, VOO et SFR fournissent le triple play dans différentes zones de couverture » (paragraphe 762, p. 273 de la Décision Contestée)
- Le Régulateur se base sur des opinions d'analystes financiers qui ne font aucune différence entre la Requêteur et Nethys (alors que le Régulateur estime qu'il s'agit d'opérateurs distincts) : paragraphe 866, pp. 318-319 de la

Décision Contestée.

- Tableau 32, pp. 593-594 de la Décision Contestée : la Requérante et Nethys sont à nouveau traitées comme un seul opérateur dans l'analyse des offres de détail.
- Paragraphe 2682.1, p. 805 de la Décision Contestée : la Requérante est assimilée à Nethys lorsqu'il s'agit d'appliquer le test SSNIP permettant de définir le marché de gros.
- L'analyse des prix est systématiquement effectuée en se basant sur les produits VOO : il n'y a donc aucune distinction dans l'analyse selon qu'on parle d'un marché où la Requérante se situe et un marché où Nethys est active. Le Régulateur suppose que ces marchés sont identiques, sans jamais le démontrer (et s'ils sont identiques, il est incohérent de considérer comme il le fait que la Requérante et Nethys sont actives sont des marchés distincts)¹⁰¹.

126. Cette assimilation est à la fois contraire au droit des sociétés, à la définition du marché retenue par le Régulateur lui-même et à la jurisprudence de votre Cour.

127. Premièrement, comme le sait le Régulateur, Nethys et Brutélé sont deux sociétés distinctes, avec un numéro d'entreprise distinct, une structure de gestion différente et un actionnariat différent. Nethys ne détient aucune part dans Brutélé et Brutélé ne détient qu'une part minime des actions de Nethys. Il s'agit bien de deux entreprises distinctes collaborant sur le plan commercial via la marque VOO. L'existence d'un groupement d'intérêt économique entre Nethys et Brutélé démontre bien que ces entreprises sont distinctes (sinon la création de ce groupement en 2006 ne se justifierait pas).

128. Deuxièmement, le Régulateur a estimé dans la Décision Contestée que Nethys et Brutélé étaient actives sur des marchés de gros distincts (il n'est pas possible de déterminer quelle a été la conclusion du Régulateur sur les marchés de détail puisque le Régulateur n'a pas cru nécessaire de définir ces marchés – voir section 2.2.2).

129. Troisièmement, en assimilant Nethys à Brutélé, le Régulateur a manqué de respect à la force de chose jugée de l'arrêt prononcé le 25 octobre 2017 par Votre Cour. Cet arrêt établit qu' « *il ne peut être admis que dans le cadre de plusieurs décisions interdépendantes les parties considérées comme faisant partie du groupe PUBLIFIN-BRUTELE-NETHYS sont considérées comme étant des entités distinctes dans le cadre d'une des décisions, tandis que dans d'autres décisions – qui reposent sur les décisions qui en avaient décidé autrement – ces entités sont considérées*

¹⁰¹

Voir, notamment, l'Annexe A à la Décision Contestée.

comme un seul opérateur »¹⁰². S'il n'est pas admis que le Régulateur traite la Requérante et Nethys conjointement dans une décision et indépendamment dans une autre, c'est *a fortiori* inadmissible lorsque ces deux hypothèses contradictoires sont réunies dans la même décision, comme c'est le cas dans la Décision Contestée.

2.3.2 Concernant les deux hypothèses de marché de gros envisagées par le Régulateur : l'analyse du Régulateur est insuffisamment et incorrectement motivée et enfreint le principe de bonne administration ainsi que la procédure de consultation prévue par les articles 6 et 7 de la Directive Cadre

(A) Sur le marché de gros limité au réseau des câblo-opérateurs : analyse erronée contraire à l'obligation de motivation formelle et au principe de bonne administration

130. La définition des marchés de gros est erronée. Le réseau de cuivre et les réseaux câblés font partie d'un seul et même marché de dimension géographique nationale. Cette conclusion est soutenue notamment par le fait que :

- Les produits sur lesquels se joue la concurrence aujourd'hui sont des offres groupées offertes par des opérateurs nationaux : 73% des services de télévision et 84% des services de haut débit sont vendus dans le cadre d'offres groupées.
- Le Régulateur surestime et donne trop d'importance aux coûts de migration d'une infrastructure vers l'autre :
 - Un nouvel entrant sur le marché a un choix égal entre une infrastructure ou l'autre, sans qu'il soit question de coûts de migration.
 - Orange Belgium, utilise déjà les deux types d'infrastructure et peut au cas par cas décider de connecter son client sur l'infrastructure de Proximus ou celle d'un câblo-opérateur, ce qui montre la substituabilité de ces produits de gros.
- Le paragraphe 33 des Lignes Directrices sur la PSM indique très clairement que « [p]our définir le marché pertinent de produits ou de services, les ARN doivent donc commencer par regrouper les produits ou services qui sont utilisés à une même fin (utilisation finale) par les consommateurs »¹⁰³, ce qui implique que les réseaux de Proximus et des câblo-opérateurs sont dans le même marché de gros¹⁰⁴.

131. Ces points sont également abordés à la section 2.2.3 ci-dessus.

¹⁰² Arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 25 octobre 2017, 2014/AR/330, 2014/AR/425, 2014/AR/649 et 2016/AR/750, répertoire 2017/8295, p. 37.

¹⁰³ Paragraphe 33 des Lignes Directrices PSM.

¹⁰⁴ Article 8, §1 de la Directive Cadre.

- (B) Sur les hypothèses alternatives d'un marché de gros de l'accès central élargi au câble et d'un marché de gros de la radiodiffusion télévisuelle élargi, incluant à la fois Proximus et les câblo-opérateurs : analyse insuffisante, erronée, contraire au devoir de motivation formelle et au principe de bonne administration
- (i) Définition des « marchés de gros élargis » ambiguë et insuffisamment motivée

132. Le Régulateur envisage l'hypothèse d'un marché de gros élargi tant en ce qui concerne la radiodiffusion télévisuelle que le haut débit (marché de gros de l'accès central au câble). Ces hypothèses sont toutefois très peu claires et insuffisamment développées.

133. En effet, concernant le marché de gros de la radiodiffusion élargi, le Régulateur commence par affirmer le « [c]aractère improbable de cette hypothèse »¹⁰⁵. Pourtant, cette hypothèse est ensuite analysée. Pourquoi analyser une hypothèse improbable, à moins qu'elle ne le soit pas tant que cela ? Cette hypothèse est incompatible avec le reste du raisonnement du Régulateur concernant le marché de gros : quelles parties de la Décision Contestée sont exactes et quelles parties ne le sont pas ?

134. Le Régulateur ajoute même qu'« [i]l serait plus improbable encore de considérer un élargissement du marché de gros à des plateformes telles que la télévision par satellite ou la télévision over the top, qui n'ont pas été considérées substituables sur le marché de détail avec la télévision linéaire sur les réseaux câblés »¹⁰⁶ : pourquoi est-ce improbable ? Est-ce réellement improbable si le Régulateur se sent obligé de le mentionner ? Sur quoi se base cette affirmation ?

135. Notons au passage que cette hypothèse de marché de gros de la radiodiffusion élargi est tellement peu développée qu'il n'est pas clair s'il s'agit d'une hypothèse englobant tous les câblo-opérateurs et Proximus en un seul marché de gros ou si le Régulateur envisage trois marchés de gros dans lesquels se trouveraient, selon le marché concerné, la Requérante et Proximus, Nethys et Proximus, ou Telenet et Proximus. Ou s'il s'agit d'une tout autre définition : le Régulateur parle de « marché de gros de la radiodiffusion élargi, en particulier élargi à la principale plate-forme alternative qui est l'IPTV »¹⁰⁷. L'utilisation des termes « en particulier » suggère que ces marchés pourraient s'élargir à d'autres éléments, sans que ceux-ci soient nommés.

¹⁰⁵ Section 34.3.1., p. 808 de la Décision Contestée.

¹⁰⁶ Note de bas de page 1243, p. 808 de la Décision Contestée.

¹⁰⁷ Paragraphe 666, p. 211 de la Décision Contestée.

136. Enfin, il ne ressort pas clairement de la Décision Contestée en quoi le marché de gros de la radiodiffusion télévisuelle élargi est distinct du marché de gros de l'accès central au câble élargi. Ce flou est d'autant plus présent que, dans ses explications relatives au marché de gros de la radiodiffusion télévisuelle élargi, le Régulateur renvoie pour davantage d'informations au raisonnement qu'il a tenu concernant le marché de gros de l'accès central élargi. Si, comme l'écrit le Régulateur, ces deux marchés possèdent « *un grand nombre de caractéristiques communes* »¹⁰⁸, au point que le raisonnement applicable à l'un s'applique également à l'autre, s'agit-il réellement de marchés distincts ?

137. Pour toutes ces raisons, l'analyse des deux hypothèses de marché de gros élargi est insuffisante, erronée, enfreint le devoir de motivation formelle du Régulateur et est contraire au principe de bonne administration.

- (ii) Analyse concurrentielle erronée, insuffisante et non soumise à consultation publique

138. Les articles 6 et 7 de la Directive Cadre imposent au Régulateur d'organiser une consultation publique lorsqu'il a « *l'intention [...] de prendre des mesures, ou entend[...] prévoir des restrictions [...] ayant des incidences importantes sur le marché pertinent* ». Cette procédure de consultation doit donner aux parties intéressées « *la possibilité de présenter leurs observations sur le projet de mesures dans un délai raisonnable* »¹⁰⁹.

139. Or, postérieurement à la consultation publique, le Régulateur a inséré dans la Décision Contestée l'ensemble de son analyse des hypothèses « alternatives » qui consistent :

- À « *envisager que l'accès central aux réseaux cuivre et fibre et l'accès central au réseau câble relèveraient [...] d'un seul et même marché de produits pertinent* »¹¹⁰ ; et
- À examiner « *l'hypothèse d'un marché de gros de la radiodiffusion élargi, en particulier à la principale plate-forme alternative qui est l'IPTV* »¹¹¹.

L'analyse de ces hypothèses alternatives n'a donc pas fait l'objet d'une consultation publique.

140. Il s'agit pourtant de parties essentielles de la Décision Contestée. D'une part, les hypothèses initialement envisagées, à savoir celle de marchés de gros distincts par infrastructure, sont contraires aux Lignes Directrices SMP, à la réalité du marché

¹⁰⁸ Paragraphe 2701, p. 810 de la Décision Contestée.

¹⁰⁹ Article 6 de la Directive Cadre.

¹¹⁰ Paragraphe 1787, p. 566 de la Décision Contestée.

¹¹¹ Paragraphe 2693, p. 808 de la Décision Contestée.

et à la logique même (voir, notamment, la section 2.2.3). D'autre part, les parties ajoutées à la Décision Contestée ne concernent pas des points accessoires mais bien la question cruciale de la définition des marchés de gros. Or, la définition de ces marchés détermine l'analyse concurrentielle de ces marchés et donc l'imposition ou non d'obligations réglementaires à la Requérante.

141. Par conséquent, le Régulateur était tenu d'organiser une consultation publique visant à permettre aux opérateurs affectés par les mesures réglementaires envisagées de se prononcer sur le raisonnement menant à celles-ci.

- (iii) Analyse concurrentielle insuffisante et centrée sur Proximus et Telenet au mépris de Nethys et de Brutélé

142. Dans ces analyses de marchés de gros élargis, l'assimilation des câblo-opérateurs entre eux est omniprésente. Ce n'est pas sans conséquences : l'analyse que fait le Régulateur du marché de gros de l'accès central élargi et du marché de gros de la radiodiffusion élargi repose essentiellement sur la situation de Telenet et de Proximus. La Requérante est à peine mentionnée dans l'analyse. Elle est en revanche bel et bien incluse dans la conclusion selon laquelle chaque câblo-opérateur est conjointement dominant avec Proximus.

143. Le Régulateur lui-même semble se rendre compte que son raisonnement se base essentiellement sur la comparaison entre Telenet et Proximus, puisqu'il écrit, concernant le marché de l'accès central au câble élargi :

« Du fait de parts de marché inférieures pour l'accès haut débit et de performances financières souvent inférieures à celles de Proximus ou de Telenet, il pourrait être argumenté que Brutélé et Nethys ne se trouvent pas, dans leurs zones de couverture, dans une situation similaire à celle de Proximus. »¹¹²

144. Le Régulateur reconnaît également une différence de rentabilité et de stratégie de lancement entre la Requérante et Proximus, la Requérante ayant, à la différence de Proximus, essuyé des pertes pendant plusieurs années¹¹³.

Le Régulateur conclut pourtant que l'« on peut considérer que Brutélé et Nethys sont dans une situation suffisamment similaire à celle de Proximus, et en tout cas qu'elles le seront à l'horizon de la présente analyse, pour partager le même intérêt pour le maintien du niveau des prix »¹¹⁴, sans expliquer ce qui motive cette conclusion.

¹¹² Paragraphe 1867, p. 613 de la Décision Contestée.

¹¹³ Paragraphe 1868, p. 613 de la Décision Contestée.

¹¹⁴ Paragraphe 1869, p. 614 de la Décision Contestée.

Le fait que la Requêteurante est parvenue à ne plus faire de pertes n'est pas une raison suffisante pour conclure à une dominance conjointe avec Proximus.

Par ailleurs, contrairement à ce qu'affirme le Régulateur, la Requêteurante n'utilise pas le réseau de Proximus pour offrir ses services. En toute hypothèse, cela ne suffirait pas à conclure à une dominance conjointe ; dans le cas contraire, il faudrait alors considérer qu'Orange Belgium détient elle aussi une position de dominance conjointe, puisqu'elle utilise le réseau de la Requêteurante, celui des autres câblo-opérateurs et celui de Proximus.

145. De plus, les déclarations publiques relatives aux prix incluses dans la Décision Contestée concernent Proximus et Telenet : comme l'indique le Régulateur¹¹⁵, la Requêteurante mène une politique de prix agressive puisqu'à la différence de Proximus et de Telenet, l'évolution de ses prix reste sous le niveau de l'indice des prix à la consommation.

146. Il est intéressant aussi de noter que la conclusion du Régulateur selon laquelle « *dans l'hypothèse où un marché de gros de la radiodiffusion élargi aurait été défini, il existe des indices suffisamment probants pour conclure à l'existence vraisemblable d'une dominance conjointe de Proximus et des câblo-opérateurs* » repose sur des considérations tout à fait générales, telles que des structures de coûts caractérisées par une forte proportion de coûts fixes, un secteur d'activité (les communications électroniques) caractérisés par l'innovation technique et le développement des offres groupées¹¹⁶.

La Requêteurante estime que de tels éléments sont davantage des caractéristiques du secteur d'activité que des indices d'une dominance conjointe. Tout opérateur actif dans le secteur des communications électroniques répond à ces caractéristiques mais n'est pas pour autant nécessairement dominant (ou conjointement dominant).

147. Enfin, et comme c'est le cas à plusieurs reprises dans la Décision Contestée, le Régulateur passe sous silence le fait que la Requêteurante est prête à offrir un accès de gros à son réseau sur une base commerciale plutôt que réglementaire. Le seul obstacle à cette offre est l'existence d'une régulation, qui ôte à Orange Belgium tout intérêt à négocier avec la Requêteurante (voir section 2.4.2 ci-dessous).

148. Il résulte de ce qui précède que le Régulateur n'a pas démontré que la Requêteurante disposait d'une puissance significative sur un marché. La Requêteurante ne peut par conséquent pas être soumise à des obligations réglementaires.

2.4 Quatrième moyen à titre principal : l'imposition de mesures correctrices

¹¹⁵ Paragraphe 323, p. 150 de la Décision Contestée.

¹¹⁶ Paragraphe 687, p. 215 de la Décision Contestée.

à la Requêteurante viole l'article 8, §2 et §5, de la Directive Cadre relatif à la nécessité de préserver la concurrence et à la viabilité économique, le principe du raisonnable et le principe de proportionnalité ainsi que le principe d'égalité de traitement et de non-discrimination (articles 10 et 11 de la Constitution)

2.4.1 Les mesures correctrices affaiblissent le *challenger* qu'est la Requêteurante sur le marché de détail et, partant, violent l'article 8, §2 et §5, de la Directive Cadre

149. La Décision Contestée impose à la Requêteurante un arsenal de mesures correctrices dont l'objectif annoncé par le Régulateur est de remédier aux soi-disant problèmes concurrentiels identifiés par ce dernier sur les marchés de détail du haut débit et de la radiodiffusion télévisuelle.

150. Ce faisant, la Décision Contestée manque complètement son objectif – promouvoir la concurrence – et réduit, en réalité, la concurrence qui existe actuellement sur les marchés de détail concernés grâce au *challenger* qu'est la Requêteurante. En effet, la Requêteurante est un opérateur de taille modeste qui, grâce à son infrastructure câblée et sa stratégie tarifaire agressive, stimule la concurrence face aux opérateurs nationaux et financièrement puissants que sont Proximus, Orange Belgium et Telenet.

151. Les données présentées par le Régulateur dans la Décision Contestée montrent effectivement qu'à l'inverse de Proximus et Telenet, la Requêteurante n'est pas puissante ni même dominante, mais bien un *challenger* dans le secteur des communications électroniques.

152. Les parts de marché de détail de la Requêteurante sont tout bonnement négligeables à l'échelle nationale, que ce soit en matière de radiodiffusion télévisuelle [CONFIDENTIEL] ou de haut débit [CONFIDENTIEL]¹¹⁷. Ainsi que le montre la Décision Contestée, ces parts de marché sont en déclin constant depuis des années au profit du *leader* du marché, Proximus¹¹⁸. Ce déclin continu est caractéristique d'une absence de dominance.

153. Le statut de *challenger* de la Requêteurante se manifeste également dans son attitude agressive en matière de prix : les prix de cet opérateur (qui commercialise ses produits conjointement avec Nethys sous la marque VOO) sont plus bas que

¹¹⁷ Source : données transmises le 10 août 2017 par l'IBPT à la demande de la Requêteurante dans le cadre de la consultation publique du projet ayant mené à l'adoption de la Décision Contestée.

¹¹⁸ Décision Contestée, paragraphes 294 et suivants et paragraphe 652. Voir aussi les données transmises le 10 août 2017 par l'IBPT à la demande de la Requêteurante dans le cadre de la consultation publique du projet ayant mené à l'adoption de la Décision Contestée.

ceux de ses concurrents et, comme le constate le Régulateur lui-même, l'évolution des prix de la Requérante se situe en-dessous du cours de l'indice des prix à la consommation¹¹⁹.

154. En chargeant la Requérante de lourdes obligations tant en termes financiers qu'organisationnels, la Décision Contestée affaiblit la pression concurrentielle exercée par ce *challenger* de taille modeste sur l'opérateur historique, Proximus.

La position de *leader* de Proximus s'en voit renforcée, comme en attestent les données recueillies par le Régulateur :

- « *Au cours de l'année 2017, la croissance nette de Proximus dépasse celle des câblo-opérateurs [le marché du haut débit fixe résidentiel]. En 2016 et 2015 également, les additions nettes sont plus nombreuses chez Proximus* »¹²⁰ ;
- « *En termes de parts de marché, l'évolution des ajouts nets sur le marché [du haut débit fixe] résidentiel se reflète dans la croissance de la part de marché de Proximus (de [40-50]% début 2015 à [40-50]% fin 2017) au détriment des câblo-opérateurs, qui perdent 1% de part de marché* »¹²¹ ; et
- « *La part de marché de Brutélé dans sa zone de couverture [pour la télévision analogique et la télévision numérique prises ensemble] diminue au cours de la période allant de 2010 à 2017 de [70-80] % à [50-60] %, alors que la part de marché de Proximus augmente de [20-30] % à [40-50] %. Pour la télévision numérique, la part de marché de Brutélé diminue de 5 points de pourcentage pour atteindre [40-50] %, alors que la part de marché de Proximus augmente de [40-50] % à [50-60] %* »¹²² .

155. Proximus elle-même constate ne pas être atteinte par la concurrence d'Orange Belgium, comme s'en félicite dans la presse sa CEO, Mme Dominique Leroy :

¹¹⁹ Décision Contestée, figure 55 (p. 149), para. 323 (pp. 150-151), figure 103 (p. 276) et figure 104 (p. 279)..

¹²⁰ Décision Contestée, paragraphe 271.

¹²¹ Décision Contestée, paragraphe 272.

¹²² Décision Contestée, paragraphe 653.

« Nous ne voyons pas d'impact marqué de l'arrivée d'Orange dans nos chiffres. Il n'y a pas de montée énorme des transferts de clients vers Orange. Pour le moment, nous sommes plutôt à l'abri. »¹²³

Mme Leroy confirme en outre que la dynamique engendrée par la régulation nuit effectivement aux concurrents plus modestes tels que la Requérante :

« D'après nos chiffres, Voo a perdu des clients au profit d'Orange et de Proximus au premier trimestre, précise la CEO. Je pense que c'est lié à la dynamique du marché plutôt qu'aux problèmes politiques de Nethys. Le fait qu'Orange soit sur le câble facilite aussi les transferts depuis Voo et Telenet. Il n'y a pas besoin d'intervention d'un technicien et le client peut garder le même modem. »¹²⁴

156. L'analyse du marché des communications électroniques réalisée par l'IBPT en 2018 va dans le même sens :

- Sur le marché de la radiodiffusion télévisuelle, *« Proximus et Orange enregistrent une croissance au détriment des câblo-opérateurs qui perdent ensemble 3,1 points de pourcentage »¹²⁵* ;
- *« D'un point de vue national, Proximus continue d'attirer des clients sur sa plateforme TV : l'année 2017 se clôture avec un peu plus de 69 000 ajouts nets et une part de marché de [30-40]% pour la télévision. [...] Le câblo-opérateur VOO perd [...] légèrement du terrain : -1,3% »¹²⁶* ;
- *« À Bruxelles, le leader du marché [de la radiodiffusion télévisuelle] Proximus détient 33 points de pourcentage de parts de marché de plus que Telenet, qui bénéficie d'une nette augmentation suite au rachat de SFR (+14 %). En Wallonie, VOO [...] perd globalement 4,8 % de parts de marché au profit de ses concurrents »¹²⁷* ;
- Sur le marché du haut débit fixe, *« [e]n Wallonie (+0,3 %), Proximus renforce sa position de leader : +0,3 %. C'est également le cas à Bruxelles (+1,2*

¹²³ Article du 6 mai 2017 de La Libre, « Dominique Leroy, CEO de Proximus : « On nous empêche d'investir à Bruxelles » » (*Pièce 10*).

¹²⁴ Article du 6 mai 2017 de La Libre, « Dominique Leroy, CEO de Proximus : « On nous empêche d'investir à Bruxelles » » (*Pièce 10*).

¹²⁵ IBPT, *Situation du marché des communications électroniques et de la télévision en 2017*, p. 3 (*Pièce 9*).

¹²⁶ IBPT, *Situation du marché des communications électroniques et de la télévision en 2017*, p. 39 (*Pièce 9*).

¹²⁷ IBPT, *Situation du marché des communications électroniques et de la télévision en 2017*, p. 39 (*Pièce 9*).

%)»¹²⁸. En résulte une part de marché pour Proximus de [60-70]% tant en Wallonie qu'à Bruxelles¹²⁹; et

- « *Proximus comptabilise le plus grand nombre d'offres groupées en 2017* »¹³⁰.

157. Le déséquilibre entre la Requêteur et Proximus est d'autant plus fort que la Requêteur est désormais contrainte d'accorder à Proximus l'accès à son infrastructure dans les zones couvertes par sa seule infrastructure (zones dites « grises »). Permettre à Proximus d'utiliser le câble de la Requêteur dans les zones où elle n'offre pas actuellement 30 Mbps nuit considérablement à la concurrence : Proximus se contentera d'utiliser les infrastructures de la Requêteur dans les zones les moins rentables et concentrera ses investissements dans la fibre sur les zones les plus rentables. Ce faisant, la concurrence sur le marché sera fortement déstabilisée et la Requêteur verra sa capacité à concurrencer Proximus considérablement réduite.

158. Loin de favoriser la concurrence sur les marchés de détail du haut débit et de la radiodiffusion télévisuelle, les mesures correctrices imposées à la Requêteur fragilisent sa position de *challenger*. [CONFIDENTIEL]

159. Cet acharnement du Régulateur se place en porte-à-faux par rapport aux politiques européennes et régionales de développement des infrastructures. Il est en outre tout à fait paradoxal au regard du fait que de nombreux autres pays ne bénéficient même pas de la double infrastructure dont est dotée la Belgique.

160. Le Régulateur semble en effet oublier l'atout précieux que représente la concurrence actuelle entre les infrastructures en Belgique puisqu'il minimise la concurrence entre Proximus et chacun des câblo-opérateurs pour se focaliser sur l'entrée hypothétique sur le marché d'opérateurs alternatifs.

161. Le problème, c'est qu'en se concentrant sur une hypothétique concurrence potentielle (le marché belge n'étant, par sa taille, le nombre des langues qui y sont parlées et la complexité de ses institutions, par très attractif de nature pour les opérateurs qui envisageraient de s'y lancer), le Régulateur étouffe la concurrence existante.

[CONFIDENTIEL]

¹²⁸ IBPT, *Situation du marché des communications électroniques et de la télévision en 2017*, p. 19 (*Pièce 9*).

¹²⁹ IBPT, *Situation du marché des communications électroniques et de la télévision en 2017*, p. 20 (*Pièce 9*).

¹³⁰ IBPT, *Situation du marché des communications électroniques et de la télévision en 2017*, p. 4 (*Pièce 9*).

162. Fragiliser les *challengers* sur les marchés de détail du haut débit et de la radiodiffusion télévisuelle va à contrecourant du cadre réglementaire. La Requérante ne jouissant pas d'une position dominante sur les marchés de détail du haut débit et de la radiodiffusion télévisuelle, il est tout à fait contreproductif de lui imposer des obligations d'accès affectant sa capacité à concurrencer le *leader* sur le marché.

Tel est notamment le cas de l'obligation faite à la Requérante d'accorder à des tiers l'accès à Internet indépendamment de l'accès à l'offre de télévision, c'est-à-dire de proposer une offre d'Internet haut débit en *standalone*¹³¹. Cette obligation a, selon le Régulateur, pour objectif de pallier des problèmes concurrentiels identifiés sur les marchés de détail du haut débit sur réseau fixe pour les clients résidentiels et non résidentiels. La Requérante ne détient pourtant, au niveau national, que [CONFIDENTIEL] de parts de marché sur le marché de détail du haut débit sur réseau fixe pour les clients résidentiels et [CONFIDENTIEL] de parts de marché sur le marché de détail du haut débit sur réseau fixe pour les clients non résidentiels. Sur sa zone câblée, la Requérante ne détient en outre que [15-20]% de parts de marché sur le marché de détail du haut débit sur réseau fixe pour les clients non résidentiels, Proximus détenant plus de 80% des parts de marché¹³². L'imposition d'une telle mesure d'accès lui cause donc un préjudice disproportionné.

Tel est également le cas de l'obligation qui lui est faite d'accorder à des tiers l'accès à EuroPacketCable (Multimedia) et aux mécanismes QoS dans le protocole EuroDOCSIS pour proposer la téléphonie fixe¹³³ quand bien même la Requérante détient moins de 10% de parts de marché sur ce marché (la Requérante fait partie de la catégorie « *Autre* » qui englobe également d'autres opérateurs)¹³⁴.

¹³¹ Décision Contestée, section 31.2.2.

¹³² Décision Contestée, figure 47, p. 140.

¹³³ Décision Contestée, section 31.2.4.

¹³⁴ IBPT, *Situation du marché des communications électroniques et de la télévision en 2017*, p. 13.

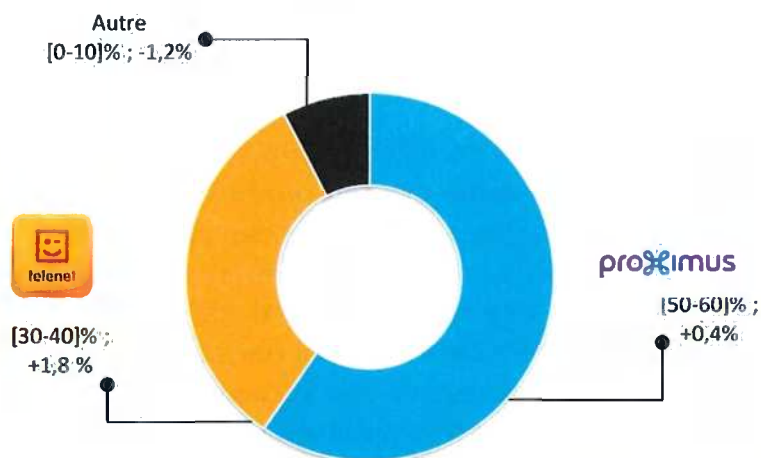


Figure 16 Parts de marché de l'accès au réseau de téléphonie fixe en termes de volume (Source : IBPT)

163. Loin de contribuer à la réalisation de l'objectif de la réglementation *ex ante* (c'est-à-dire « procurer des avantages aux consommateurs finals en rendant les marchés de détail concurrentiels de façon durable »), les obligations imposées à la Requérante l'étoufferont progressivement. Un tel affaiblissement des opérateurs *challengers* a pour unique résultat de renforcer la puissance des *leaders* sur le marché, Telenet et Proximus, ce qui est tout à fait contraire tant au cadre réglementaire européen (article 8, §2 et §5 de la Directive Cadre) qu'à la réglementation belge (articles 6 et 8/1 de la Loi relative aux communications électroniques).

2.4.2 Les mesures correctrices inhibent la concurrence sur le marché de gros et, partant, violent l'article 8, §2 et §5, de la Directive Cadre

164. Alors que, « conformément aux principes réglementaires [...], la conclusion d'accords commerciaux équilibrés entre les opérateurs devrait être privilégiée »¹³⁵, la Décision Contestée part du postulat que, « en l'absence de régulation, un opérateur verticalement intégré disposant d'une infrastructure ne sera en principe pas incité à proposer des offres de gros commerciales parce que cela revient à permettre le développement de la concurrence pour ses offres de détail »¹³⁶. A cette obligation d'accès, la Décision Contestée ajoute une obligation de contrôle des prix, soit une obligation que le Régulateur considère « indispensable pour éviter que l'opérateur puissant ne pratique des prix excessifs pour l'accès de gros à son réseau »¹³⁷.

165. Cette crainte du Régulateur n'est pourtant que pure spéculation. Dès le

¹³⁵ Décision Contestée, paragraphe 1055.

¹³⁶ Décision Contestée, paragraphe 686.

¹³⁷ Décision Contestée, paragraphes 2561 et 3120.

départ, concomitamment à l'obligation d'accès, le Régulateur a imposé l'obligation de contrôle des prix. Le Régulateur ignore donc les conditions tarifaires commerciales qui prévaudraient en l'absence d'obligation de contrôle des prix.

166. Cette approche du Régulateur belge diffère de l'approche adoptée par le régulateur irlandais en 2005. Celui-ci, après avoir déterminé que des obligations devaient être imposées aux opérateurs disposant d'une puissance significative sur le marché, a, dans un premier temps, laissé à ces opérateurs la possibilité de respecter leurs obligations d'accès et de non-discrimination par le biais de négociations commerciales. Il n'a prévu d'imposer des obligations relatives au contrôle des prix et à l'orientation des coûts que dans l'hypothèse où ces mesures échoueraient¹³⁸. Le Régulateur belge n'a visiblement pas eu une telle patience.

167. La conclusion d'un accord commercial de gros équitable n'est toutefois possible qu'en l'absence de régulation. En effet, dans un contexte régulé, la négociation ne peut être équilibrée puisque l'opérateur alternatif n'a intérêt à discuter que s'il peut obtenir des prix encore plus bas que l'offre régulée. En l'absence d'accord, l'opérateur alternatif demandeur d'accès sait qu'il peut se reporter sur l'offre régulée. Les négociations sont donc biaisées et vouées à l'échec par l'existence même de tarifs régulés : il est très difficile, voire impossible pour l'opérateur régulé de proposer des prix inférieurs à des tarifs régulés, puisque ceux-ci sont déjà très bas afin de favoriser la concurrence.

168. En imputant à la Requérante et aux autres câblo-opérateurs l'échec des négociations commerciales qui ont eu lieu pour la fourniture des services de gros¹³⁹, le Régulateur tire des conclusions hâtives et néglige la part de responsabilité des opérateurs alternatifs. Orange Belgium, seul opérateur alternatif à avoir jamais demandé l'accès au câble de la Requérante¹⁴⁰, n'a pourtant eu cesse d'instrumentaliser la régulation et le Régulateur pour son gain personnel. Les deux exemples ci-dessous sont particulièrement éloquentes.

- Peu après l'adoption des décisions tarifaires du 11 décembre 2013, Orange Belgium a sollicité l'accès au câble de la Requérante. Vraisemblablement satisfaite de ces décisions et des tarifs de gros y énoncés, elle affirmait dans la presse pouvoir arriver « à des baisses de prix [de détail] supérieures à 30% » grâce à ces tarifs¹⁴¹.

¹³⁸ Commission européenne, affaire *Vodafone 02 Meteor*, décision du 22 février 2005 (concernant l'Irlande).

¹³⁹ Décision Contestée, paragraphe 843.

¹⁴⁰ Proximus a effectué une demande d'accès au réseau de la Requérante en 2015, mais cette demande n'est pas confirmée à ce jour. En toute hypothèse, on ne peut pas parler d'« opérateur alternatif » puisque Proximus est le *leader* du secteur des télécommunications et dispose à la fois de son propre réseau fixe et de son propre réseau mobile.

¹⁴¹ Interview de Jean-Marc Harion dans "La Libre" du 17 décembre 2013 (*Pièce 12*).

Réalisant que son statut de seul opérateur intéressé par l'ouverture du câble lui permettait de mettre le Régulateur sous pression et, partant, d'obtenir des tarifs de gros maximisant ses profits aux dépens de ses concurrents directs, Orange Belgium est revenue sur ses affirmations et a conditionné son entrée effective sur le marché (et donc suspendu toute négociation avec la Requêteurante) à l'adoption de tarifs plus avantageux.

Le Régulateur, dos au mur, a cédé aux demandes d'Orange Belgium et a adopté de nouveaux tarifs de gros le 19 février 2016. Ces tarifs constituaient une réduction de 21 à 27% par rapport aux tarifs calculés dans les décisions de 2013. Souhaitant s'assurer qu'Orange Belgium bénéficie rapidement d'économies d'échelle grâce à une croissance rapide, le Régulateur a également imposé à la Requêteurante d'offrir à Orange Belgium des tarifs préférentiels durant une phase de lancement de deux années (soit jusqu'au 1^{er} mai 2018). L'octroi de cet avantage à Orange Belgium a occasionné une diminution des tarifs de gros de 35 à 40% par rapport aux tarifs de gros établis en 2013. Ces tarifs de « phase de lancement » n'étaient donc pas rentables pour la Requêteurante (ce qu'elle n'a eu cesse d'expliquer). A l'inverse, Orange Belgium était enchantée par ces nouveaux tarifs et a lancé son offre fixe sur cette base quelques jours à peine après leur entrée en vigueur le 1^{er} mai 2016.

- Par son arrêt du 25 octobre 2017, Votre Cour a annulé les décisions tarifaires du 11 décembre 2013 et du 19 février 2016 avec effet rétroactif au 30 avril 2018.

La Requêteurante n'étant donc plus, depuis le 1^{er} mai 2018, tenue par les tarifs édictés dans ces décisions, elle a, avec Orange Belgium, mené des négociations commerciales relatives aux prix de gros durant les deux premiers mois de l'année 2018. Soucieuse de présenter des solutions profitables de part et d'autre, la Requêteurante a d'abord suggéré d'appliquer des tarifs de Telenet, puis a proposé d'utiliser les tarifs « hors phase de lancement » de la Requêteurante, tels que déterminés dans les décisions tarifaires (annulées) du 19 février 2016. Ces solutions semblaient équitables dès lors que ces prix avaient été définis par le Régulateur et appliqués sur le marché. En outre, adopter les anciens tarifs régulés de Telenet permettait de ne pas défavoriser la Requêteurante par rapport à cette dernière¹⁴². Orange Belgium ambitionnait néanmoins de bénéficier de tarifs encore plus bas que les tarifs préférentiels décidés par le Régulateur en 2016, ce qui ne couvrirait même pas les coûts d'infrastructure de la Requêteurante. Orange Belgium est

¹⁴²

La position du Régulateur selon laquelle cette prise de position illustrerait le risque que la Requêteurante pratique « des prix dissuasifs » ou non-attractifs est donc parfaitement biaisée et perd pied avec la réalité (voir la Décision Contestée, paragraphes 1762, 2566 et 3127)

restée sur cette position et n'a donc pas souhaité faire un pas vers la Requérante, anticipant une nouvelle baisse des tarifs régulés. Sa conviction de voir les tarifs régulés diminuer était d'autant plus forte que la Décision Contestée était en cours d'adoption par le Régulateur et qu'il y était prévu que les tarifs de phase de lancement de la Requérante, inférieurs aux tarifs de Telenet, persistent jusqu'à l'adoption de nouveaux tarifs fondés sur les coûts¹⁴³. Orange Belgium a donc mis un terme aux négociations avec la Requérante le 28 février 2018 et a refusé toute proposition de la part de la Requérante qui ne portait pas sur des tarifs encore plus bas que les tarifs déjà préférentiels de la « phase de lancement ».

169. L'assurance dont jouissent les opérateurs alternatifs (en pratique, Orange Belgium) grâce à la régulation, et particulièrement grâce à l'obligation de contrôle des prix – et la position de force qui en découle pour ces opérateurs – rend toute négociation commerciale équitable impossible dans le cadre actuel. Ce faisant, les mesures correctrices imposées à la Requérante inhibent la concurrence sur le marché de gros et, partant, violent l'article 8, §2 et §5, de la Directive Cadre relatif à la nécessité de préserver la concurrence et à la viabilité économique.

2.4.3 Les mesures correctrices imposées à la Requérante violent le principe du raisonnable et de proportionnalité

170. L'article 8 de la Directive Cadre requiert que les mesures correctrices imposées par les autorités réglementaires soient proportionnelles aux objectifs poursuivis par la réglementation. En conséquence, les moyens mis en œuvre par ces autorités pour atteindre un objectif donné doivent se limiter à ce qui est nécessaire et suffisant pour atteindre cet objectif. Autrement dit, les moyens utilisés doivent correspondre au minimum nécessaire pour atteindre ce but¹⁴⁴.

171. Pour ce faire, il est donc nécessaire que les moyens adoptés par les autorités réglementaires soient adéquats, c'est-à-dire qu'ils permettent la réalisation de l'objectif recherché par les autorités réglementaires. Ainsi, pour « *procurer des avantages aux consommateurs finals en rendant les marchés de détail concurrentiels de façon durable* »¹⁴⁵ sans excéder le minimum nécessaire, le cadre réglementaire doit se concentrer sur les opérateurs réellement puissants, soit ceux dont l'influence s'exerce sur une majorité de consommateurs finals.

172. La Requérante n'est pas un tel opérateur puissant. Elle ne représente que [CONFIDENTIEL] du marché de détail national du haut débit et [CONFIDENTIEL] du

¹⁴³ Décision Contestée, paragraphes 2554, 2588-2597, 2599, 3114 et 3141-3153.

¹⁴⁴ Lignes Directrices PSM, points 117 et 118.

¹⁴⁵ Traduction libre de "*the objective of ex ante regulatory intervention is to produce benefits for end users by making retail markets competitive on a sustainable basis*" (Note explicative 2014, p. 5).

marché de détail national de la radiodiffusion télévisuelle. Il est dès lors parfaitement injustifié et disproportionné de lui imposer la moindre obligation réglementaire sur cette base. Une telle intervention réglementaire manque du reste de pertinence et d'efficacité puisqu'elle n'affecte qu'une infime part du marché. Seuls [CONFIDENTIEL] des ménages belges pour l'Internet et [CONFIDENTIEL] des ménages belges pour la télévision sont affectés par une réglementation *ex ante* du réseau câblé de la Requérante.

National							
	Haut débit résidentiel	Haut débit mass-market	2P haut débit TV	3P haut débit TV	Haut débit entreprises (toutes)	Haut débit entreprises (>10 pers.)	Radio-diffusion
Proximus	[40-50]%	[40-50]%	[40-50]%	[40-50]%	[50-60]%	[50-60]%	[30-40]%
Nethys	[CONFIDENTIEL]	[CONFIDENTIEL]	[CONFIDENTIEL]	[CONFIDENTIEL]	[CONFIDENTIEL]	[CONFIDENTIEL]	[CONFIDENTIEL]
Brutélé	[CONFIDENTIEL]	[CONFIDENTIEL]	[CONFIDENTIEL]	[CONFIDENTIEL]	[CONFIDENTIEL]	[CONFIDENTIEL]	[CONFIDENTIEL]
Câble (autres)¹⁴⁶	[40-50]%	[40-50]%	[20-30]%	[40-50]%	[30-40]%	[10-20]%	[40-50]%
Autres	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%

Parts de marché au niveau national (2016)¹⁴⁷

A l'inverse, Proximus et Telenet atteignent chacune entre 40% et 50% de parts de marché haut débit. Proximus atteint en outre près de 40% de parts de marché en matière de télévision. La part de marché de Telenet sur ce dernier marché est encore plus conséquente et varie entre 40 et 50%. Les mesures correctrices éventuellement imposées par le Régulateur devraient donc s'appliquer non pas à la Requérante, mais uniquement à Proximus et, éventuellement, à Telenet. Réguler les réseaux de Proximus et Telenet aurait nécessairement plus d'impact sur les marchés de détail du haut débit et de la radiodiffusion télévisuelle puisqu'une telle régulation aurait le potentiel d'affecter approximativement 85% des utilisateurs finals.

Nul doute qu'une telle réglementation *ex ante* serait bien plus efficace qu'une réglementation applicable à des opérateurs de petite taille comme la Requérante.

¹⁴⁶ Vu que l'acquisition de SFR par Telenet a été approuvée par l'Autorité belge de la Concurrence le 12 juin 2017, la catégorie « Câble (autres) » ne se réfère plus qu'à Telenet (Décision BMA-2017-C/C-23 du 12 juin 2017 relative à l'acquisition de SFR par Telenet).

¹⁴⁷ Source : données transmises le 10 août 2017 par l'IBPT à la demande de la Requérante dans le cadre de la consultation publique du projet ayant mené à l'adoption de la Décision Contestée.

173. En outre, à l'inverse du réseau de la Requêteurante qui ne couvre qu'une infime partie du territoire belge, le réseau de Proximus en couvre la totalité. Une intervention réglementaire appliquée à Proximus uniquement permettrait donc d'atteindre l'ensemble du territoire belge. En procédant de la sorte, le Régulateur simplifierait considérablement les démarches d'un nouvel entrant sur le marché, celui-ci ayant la possibilité de s'adresser à un seul interlocuteur – au lieu de trois – pour desservir l'ensemble de la Belgique. Une telle simplification serait la bienvenue. En attestent les difficultés rencontrées par Orange Belgium pour accéder au réseau de SFR¹⁴⁸ et son souhait d'avoir des conditions harmonisées pour l'ensemble de la Belgique, notamment en ce qui concerne les tarifs.

174. Le réseau de Proximus, parce qu'il offre l'avantage d'une solution nationale, permet d'affecter substantiellement le marché de détail et ainsi rencontrer l'objectif de toute intervention réglementaire *ex ante*, c'est-à-dire procurer des avantages aux consommateurs finals en rendant les marchés de détail concurrentiels de façon durable¹⁴⁹.

175. L'indisponibilité de la télévision en *standalone* sur le réseau de Proximus ne constitue pas, à elle seule, une raison suffisante pour imposer des obligations d'accès sur le réseau de la Requêteurante.

En effet, vu « l'importance croissante des offres groupées avec une composante de radiodiffusion et la nécessité qui en découle de pouvoir proposer des produits groupés au client final pour être effectivement concurrentiel sur le marché de la radiodiffusion en question »¹⁵⁰, il n'est nullement indispensable pour les opérateurs alternatifs d'être en mesure d'offrir la télévision en *standalone*. Aujourd'hui, 73% des consommateurs ont accès à la télévision dans le cadre d'une offre conjointe¹⁵¹ et ceux-ci « ne sont pas disposés à "dégrouper" l'offre groupée »¹⁵².

Vu cette tendance du marché, les opérateurs ne proposant pas la télévision en *standalone* ne sont nullement affectés. Orange Belgium a d'ailleurs choisi de ne pas

¹⁴⁸ L'accès d'Orange Belgium au réseau câblé de SFR est désormais garanti par les engagements pris par Telenet dans le cadre de son acquisition de SFR (Décision BMA-2017-C/C-23 du 12 juin 2017 relative à l'acquisition de SFR par Telenet).

¹⁴⁹ Note explicative accompagnant la recommandation de la Commission concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (Nom original en anglais: "Explanatory note accompanying the Commission Recommendation on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to *ex ante* regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services"), SWD(2014)298, 9 octobre 2014 (la **Note explicative 2014**), p. 5.

¹⁵⁰ Décision Contestée, paragraphe 2887.

¹⁵¹ Décision Contestée, paragraphes 156, 353 et 713.

¹⁵² Décision Contestée, Annexe E, paragraphe 3294.

offrir la télévision en *standalone* sur le marché de détail quand bien même elle dispose d'une telle possibilité. Le développement fulgurant de Proximus sur le marché de la radiodiffusion télévisuelle est parlant lui aussi : Proximus détient près de 40% des parts de marché au niveau national sans offrir la télévision en *standalone*.

176. Ce même constat vaut également en ce qui concerne le soi-disant avantage concurrentiel que constituerait la télévision analogique pour les consommateurs finals possédant plusieurs postes¹⁵³. Premièrement, Proximus permet l'utilisation de deux postes de télévision¹⁵⁴ de sorte qu'un tel avantage présenterait uniquement un intérêt pour les consommateurs disposant de plus de deux postes, soit un nombre restreint de consommateurs finals. Deuxièmement, la télévision analogique est vouée à disparaître, ce qu'admet le Régulateur en des termes clairs : « *il convient également de tenir compte de la diminution, voire même de l'extinction à terme, de la télévision analogique* »¹⁵⁵.

177. Pourtant, imposer des mesures correctrices à la Requérante à la seule fin de permettre aux opérateurs alternatifs d'offrir la télévision en *standalone* et la télévision analogique enfreint manifestement le principe de proportionnalité au sens strict : la charge supportée par la Requérante qui en résulte est hors de proportion avec l'objectif recherché et atteint.

178. Enfin, comme cela a été expliqué ci-dessus, il est manifestement disproportionné d'imposer des obligations à la Requérante vu que cela entraîne une diminution significative de la pression concurrentielle que ce petit opérateur peut exercer sur le *leader* du marché Proximus (voir les paragraphes 149 à 163 ci-dessus).

179. Outre la nécessité que les moyens mis en œuvre par les autorités réglementaires soient adéquats pour atteindre l'objectif recherché, il est aussi essentiel que la réglementation soit ciblée et équilibrée. Une charge réglementaire excessive sur les opérateurs étouffe les investissements et l'innovation¹⁵⁶. Or, ceux-ci sont indispensables au développement du marché intérieur des communications électroniques.

Dans l'exercice de leurs compétences, les autorités réglementaires nationales se doivent donc de choisir, « *parmi toute la panoplie des obligations réglementaires définies dans les directives, celles qui conviennent pour résoudre un problème donné* »

¹⁵³ Décision Contestée, paragraphes 2775, 2789 et 2840.

¹⁵⁴ Décision Contestée, note de bas de page 363.

¹⁵⁵ Décision Contestée, paragraphe 2897.

¹⁵⁶ Note explicative 2014, p. 8

sur un marché non soumis à une concurrence effective »¹⁵⁷.

180. Or, en l'espèce, le Régulateur impose la quasi-totalité de ces obligations réglementaires à la Requérante. Un tel arsenal de mesures correctrices ne se justifie aucunement au regard des parts de marché détenues par la Requérante sur le marché de détail du haut débit [CONFIDENTIEL] et le marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle [CONFIDENTIEL] et est donc parfaitement disproportionné.

2.4.4 Les mesures correctrices imposées à la Requérante violent le principe d'égalité de traitement et de non-discrimination (articles 10 et 11 de la Constitution et article 8(5) de la Directive Cadre)

181. L'article 8(5) de la Directive Cadre ainsi que les articles 10 et 11 de la Constitution belge imposent au Régulateur de respecter le principe de non-discrimination. Selon une jurisprudence constante, tant l'application de règles différentes à des situations comparables que l'application de la même règle à des situations différentes constituent une discrimination interdite par ces dispositions¹⁵⁸.

182. Il en résulte qu'appliquer des mesures correctrices identiques à des opérateurs ayant une position concurrentielle sur le marché diamétralement opposée enfreint le principe de non-discrimination.

183. Or tel que rappelé ci-avant, la Requérante ne représente que [CONFIDENTIEL] du marché national du haut débit et [CONFIDENTIEL] du marché national de la radiodiffusion télévisuelle. Ces parts de marché diffèrent radicalement des parts de marché détenues par Proximus et Telenet sur ces mêmes marchés (entre 40 et 50%).

184. Face à des positions concurrentielles à ce point opposées, il est évident que l'assujettissement de la Requérante et des *leaders* sur le marché national aux mêmes obligations réglementaires pèse proportionnellement plus lourd sur la Requérante que sur les autres opérateurs et, partant, l'affaiblit considérablement.

185. Lorsqu'il détermine les mesures correctrices éventuelles à imposer, le Régulateur doit tenir compte de la situation de chaque opérateur. Or, en imposant à des opérateurs locaux tels que la Requérante les mêmes obligations qu'à un grand opérateur, alors que, comme le démontre le deuxième moyen du présent recours, la Requérante n'est pas puissante, et donc en traitant de manière identiques des opérateurs dans des situations différentes, le Régulateur opère une discrimination à

¹⁵⁷

Point 116 des Lignes Directrices PSM.

¹⁵⁸

Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 27 octobre 1998, *Boyle e.a.*, affaire C-411/96, Rec. p. I-6401, point 39.

l'encontre de la Requérante qui l'empêche de dégager des marges suffisantes pour investir dans son infrastructure et ses services et réduit donc son potentiel concurrentiel.

3. À TITRE SUBSIDIAIRE : ANNULATION PARTIELLE DE LA DÉCISION CONTESTÉE EN CE QUI CONCERNE CERTAINES MESURES CORRECTRICES

3.1 Premier moyen à titre subsidiaire : Annulation partielle de la décision contestée en ce qui concerne l'obligation d'accorder à des tiers l'accès à Internet en *standalone* pour violation du principe du raisonnable et de proportionnalité ainsi que du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination (articles 10 et 11 de la Constitution)

186. L'obligation faite à la Requérante d'offrir un accès régulé à Internet en *standalone* tant sur le marché résidentiel que non résidentiel est particulièrement lourde pour elle et tout à fait disproportionnée à plusieurs égards.

187. Pour rappel, la part de marché de la Requérante sur le marché de détail national du haut débit atteint seulement [CONFIDENTIEL] sur le marché résidentiel et [CONFIDENTIEL] sur le marché non résidentiel (voir le paragraphe 172 ci-avant). Une telle part de marché est à ce point dérisoire et sans aucune mesure avec les parts de marché détenues par Proximus et Telenet sur ces mêmes marchés, que la Décision Contestée ne nomme même pas la Requérante dans son analyse de ces marchés : elle relègue simplement la Requérante dans la catégorie « autre ». Ainsi, selon les termes de la Décision Contestée, « [s]ur le marché résidentiel, Proximus et Telenet ont une part de marché similaire en termes de chiffre d'affaires (entre 40 et 50 %). Les autres acteurs possèdent une part de marché individuelle se situant entre 0 et 15 % » (nous soulignons).¹⁵⁹ Ce constat ne se cantonne pas uniquement au marché résidentiel : « [s]ur le marché du haut débit fixe non résidentiel, Proximus domine le marché avec une part de marché en chiffre d'affaires d'un peu plus de 50 %. Telenet suit, avec une part de marché nationale inférieure à 30 %. Les autres acteurs possèdent une part de marché individuelle nationale se situant entre 0 et 10 % » (nous soulignons)¹⁶⁰.

En ce qui concerne plus particulièrement la zone de couverture de la Requérante, le constat est sans appel également : « Alors que sur le marché résidentiel, Brutélé perd des parts de marché au bénéfice de Proximus, Brutélé en a gagné sur le segment non résidentiel total au cours des années 2015 et 2016, pour ensuite en perdre en 2017. La part de marché de Proximus reste toutefois très élevée ([70-80]

¹⁵⁹ Décision Contestée, paragraphe 279.

¹⁶⁰ Décision Contestée, paragraphe 280 (nous soulignons).

%) »¹⁶¹.

188. Vu la présence discrète de la Requérante sur le marché de détail du haut débit, il est tout à fait disproportionné (et inefficace) de lui imposer l'obligation d'accorder à des tiers l'accès à Internet en *standalone* (c'est-à-dire, vendu séparément de l'accès à la télévision).

189. En réalité, vu que « [l]e marché [du haut débit] est dominé par 2 opérateurs (Proximus et Telenet) dont la part de marché combinée atteint 85,1% »¹⁶², une régulation de ces deux opérateurs suffit.

190. [CONFIDENTIEL].

En ce qui concerne le marché du haut débit résidentiel, l'accès de gros à Internet est disponible par le biais d'une offre groupée avec la télévision. C'est sur cette base qu'Orange Belgium bénéficie actuellement de l'accès à Internet de la Requérante. Une telle offre groupée de gros suffit amplement sachant que, parmi les consommateurs, 89% ont aujourd'hui accès à Internet dans le cadre d'une offre conjointe¹⁶³.

191. Il n'est dès lors ni opportun ni nécessaire de réguler l'accès à Internet en *standalone* sur le réseau de la Requérante. Une telle mesure fragilise inutilement la Requérante et, partant, la pression concurrentielle qu'elle exerce sur le *leader* du marché, Proximus.

3.2 Deuxième moyen à titre subsidiaire : Annulation partielle de la décision contestée en ce qui concerne l'accès de Proximus au réseau de la Requérante pour violation du principe du raisonnable et de proportionnalité, du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination (articles 10 et 11 de la Constitution) et du devoir de minutie et de bonne administration ainsi que pour défaut de motivation formelle

192. Imposer à la Requérante l'obligation d'offrir à Proximus l'accès à son réseau câblé est tout à fait démesuré et est contraire à l'objectif de l'article 8, §2 et §5, de la Directive Cadre, relatif à la nécessité de préserver la concurrence et à la viabilité économique.

¹⁶¹ Décision Contestée, paragraphe 296.

¹⁶² IBPT, *Situation du marché des communications électroniques et de la télévision en 2017*, p. 18.

¹⁶³ Décision Contestée, paragraphes 747 et 748.

193. Proximus étant le *leader* sur les marchés de détail du haut débit et de la radiodiffusion télévisuelle, il est déraisonnable d'imposer à la Requêteurante de lui offrir l'accès à son réseau dans les zones où Proximus n'offre pas 30 Mbps. Une telle obligation est manifestement disproportionnée et discriminatoire : alors que l'octroi d'un tel accès fait peser une charge considérable (économique et technique) sur la Requêteurante, il avantage injustement Proximus qui peut utiliser l'infrastructure de la Requêteurante dans les zones moins rentables et concentrer ses investissements (notamment dans la fibre) dans les zones plus rentables. Ce faisant, la réglementation érode la concurrence que la Requêteurante exerce sur Proximus.

194. La Décision Contestée manque également au devoir de minutie et à l'obligation de motivation formelle qui lui impose de fonder chaque décision administrative en fait et en droit. De fait, l'analyse que le Régulateur fait des motifs ayant conduit la Requêteurante à refuser l'accès à Proximus est lacunaire et erronée¹⁶⁴.

195. Premièrement, le Régulateur n'analyse pas le caractère raisonnable de la demande d'accès de Proximus en tant que telle. Il se contente d'indiquer, sans nullement motiver sa position, qu' « *il semble raisonnable pour Proximus de demander l'accès au réseau où elle ne peut proposer elle-même 30 Mbps* »¹⁶⁵.

Il n'est pourtant aucunement nécessaire, pour rester concurrentiel sur le marché national des communications électroniques, d'offrir simultanément, comme le demande Proximus, un service Internet de 10Mb et trois canaux de télévision (c'est-à-dire trois canaux en direct en simultané, ce qui signifie trois décodeurs en simultané ou un direct et deux enregistrements en simultané) dans les zones moins bien équipées et moins rentables. Il n'est pas courant pour un ménage d'utiliser de manière simultanée trois chaînes de télévision et 10Mb d'Internet.

196. Deuxièmement, en ce qui concerne le premier critère énoncé à l'article 61, paragraphe 2, de la loi du 13 juin 2005 relatif à la viabilité technique et économique de l'utilisation ou de la mise en place par Proximus de ressources concurrentes, le raisonnement du Régulateur est tout à fait insuffisant.

Celui-ci se contente d'affirmer que les lignes de Proximus de 1.000 mètres de long ne permettent pas d'atteindre une vitesse de 30 Mbps et qu'il n'est pas économiquement viable pour Proximus d'installer une seconde cabine de rue (ROP)¹⁶⁶.

Or d'autres options s'offrent à Proximus pour diminuer ses besoins en bande passante et dès lors la vitesse nécessaire pour offrir des services de qualité, options

¹⁶⁴ Décision Contestée, Annexe O, paragraphes 3737 et suivants.

¹⁶⁵ Décision Contestée, Annexe O, paragraphe 3736.

¹⁶⁶ Décision Contestée, Annexe O, paragraphe 3741 *juncto* Décision Contestée, paragraphe 137.

que le Régulateur n'envisage pas sérieusement :

- Proximus a la possibilité technique de diviser par deux les besoins en bande passante en migrant vers le standard vidéo « H265 » ; et
- Les technologies G.Fast, VDSL Boost Boxe, VDSL 2 et la densification des ROPs et la technologie Tessares permettent d'augmenter la bande passante (ce que le Régulateur sait pertinemment bien)¹⁶⁷.

197. Troisièmement, le Régulateur fait sciemment abstraction des nombreux investissements opérés par la Requêteurante après la libéralisation du marché de la radiodiffusion télévisuelle pour conclure à l'inapplicabilité du troisième critère de l'article 61, paragraphe 2, de la loi du 13 juin 2005 relatif aux investissements initiaux réalisés par le propriétaire des ressources¹⁶⁸. [CONFIDENTIEL].

Ces importants investissements ne sont pas des « *investissements historiques réalisés à l'époque des intercommunales [de sorte qu'ils] ont donc été en majeure partie réalisés dans une situation de quasi-monopole* »¹⁶⁹. Il est dès lors crucial qu'ils soient pris en compte par le Régulateur pour analyser le caractère raisonnable du refus de la Requêteurante d'offrir l'accès à Proximus.

198. Eu égard aux nombreuses lacunes développées ci-avant et à la distorsion de concurrence occasionnée par l'obligation faite à la Requêteurante d'offrir à Proximus l'accès à son réseau, la Décision Contestée viole le devoir de minutie et l'obligation de motivation formelle ainsi que le principe du raisonnable et de proportionnalité, du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination.

199. Enfin, l'obligation faite à la Requêteurante d'offrir à Proximus l'accès à son réseau câblé dans les zones où Proximus n'offre pas 30 Mbps est sans objet vu que Proximus offre 30 Mbps sur l'ensemble du territoire de la région de Bruxelles-Capitale. À supposer même que le réseau de Proximus soit de qualité légèrement inférieure dans l'un ou l'autre quartier de Bruxelles (*quod non*), Proximus aurait toujours la possibilité d'investir dans son réseau pour améliorer la situation. Il n'est donc pas justifié d'octroyer au *leader* du marché qu'est Proximus un accès au réseau de la Requêteurante.

200. Vu que les motifs factuels invoqués par le Régulateur à l'appui de cette obligation n'existent pas, l'obligation d'accorder l'accès à Proximus dans les zones où cette dernière n'offre pas 30 Mbps doit être annulée pour défaut de motivation formelle.

¹⁶⁷ Décision Contestée, Annexe O, paragraphe 3769.

¹⁶⁸ Décision Contestée, Annexe O, paragraphe 3762.

¹⁶⁹ Décision Contestée, Annexe O, paragraphe 3762.

3.3 Troisième moyen à titre subsidiaire : Annulation partielle de la décision contestée en ce qui concerne l'obligation de contrôle des prix pour violation de l'article 8, §2 et §5, de la Directive Cadre relatif à la nécessité de préserver la concurrence et à la viabilité économique ainsi que du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination (articles 10 et 11 de la Constitution)

201. Selon le Régulateur, une obligation de contrôle des prix est « *indispensable pour éviter que l'opérateur puissant ne pratique des prix excessifs pour l'accès de gros à son réseau* » et ne mette ainsi à néant l'obligation d'accès¹⁷⁰. Or, ayant, dès l'origine, simultanément imposé l'obligation d'accès et l'obligation de contrôle de prix, le Régulateur ignore les conditions tarifaires commerciales qui prévaudraient en l'absence d'obligation de contrôle des prix. Rien ne permet de déduire que ces conditions tarifaires seraient excessives.

202. En effet, si les négociations commerciales tarifaires fondées sur l'obligation d'accès ont échoué par le passé¹⁷¹, c'est parce qu'une obligation de contrôle des prix était déjà en place. L'opérateur alternatif demandeur d'accès savait donc qu'il pouvait se reporter sur les prix bradés de l'offre régulée en cas d'échec des négociations. Ce faisant, l'opérateur alternatif ne cherchait pas à s'accorder sur des conditions tarifaires équitables mais à obtenir des prix plus attrayants encore (voir les paragraphes 167 à 169 ci-avant).

Tel fut le cas à deux reprises au moins:

- Alors qu'Orange Belgium avait sollicité l'accès au câble de la Requérante sur la base des tarifs de gros fixés par les décisions tarifaires du 11 décembre 2013 (tarifs qui étaient à ce point avantageux qu'ils devaient, selon ses propres dire, mener « *à des baisses de prix [de détail] supérieures à 30%* »¹⁷²), elle a soudainement réalisé que le succès de l'ouverture du câble décidée par le Régulateur dépendait du succès de son entrée sur les marchés du haut débit et de la radiodiffusion télévisuelle. Elle a alors suspendu toutes négociations avec la Requérante et a monnayé son statut de seul opérateur alternatif intéressé par l'ouverture du câble pour obtenir des tarifs régulés plus avantageux de la part du Régulateur (ce qu'elle a obtenu le 19 février 2016).
- Suite à l'annulation des tarifs fixés par les décisions tarifaires des 11 décembre 2013 et 19 février 2016 par Votre Cour le 25 octobre 2017, la Requérante et Orange Belgium ont tenté de s'entendre sur des tarifs de gros

¹⁷⁰ Décision Contestée, paragraphe 2561 et 3120.

¹⁷¹ Décision Contestée, paragraphe 843.

¹⁷² Interview de Jean-Marc Harion dans "La Libre" du 17 décembre 2013 (*Pièce 12*).

en l'attente de l'adoption de la Décision Contestée. Ayant eu vent de ce que le Régulateur entendait prolonger les tarifs de « phase de lancement » prescrits dans les décisions du 19 février 2016 en l'attente du modèle de coûts, Orange Belgium a refusé de s'entendre sur des tarifs s'écartant de ces conditions particulièrement avantageuses¹⁷³.

203. L'obligation de contrôle de prix fausse donc manifestement le jeu concurrentiel sur les marchés de gros et de détail du haut débit et de la radiodiffusion télévisuelle, et partant viole l'article 8, §2 et §5, de la Directive Cadre relatif à la nécessité de préserver la concurrence et à la viabilité économique et le principe d'égalité de traitement et de non-discrimination.

3.4 Quatrième moyen à titre subsidiaire : Annulation partielle de la décision contestée en ce qui concerne l'obligation de comptabilisation des coûts pour violation du principe du raisonnable et de proportionnalité ainsi que du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination (articles 10 et 11 de la Constitution)

204. L'obligation imposée à la Requérante de mettre en place un système de comptabilisation des coûts est tout à fait disproportionnée eu égard à la taille de la Requérante ainsi qu'à la complexité de l'exercice requis.

205. L'organisation comptable de la Requérante diffère significativement des exigences de la Décision Contestée. En conséquence, les modifications requises par la Décision Contestée sont particulièrement lourdes pour la Requérante.

[CONFIDENTIEL]

206. C'est pourquoi, loin de contribuer à la réalisation de l'objectif de la réglementation *ex ante* (soit, « *procurer des avantages aux consommateurs finals en rendant les marchés de détail concurrentiels de façon durable* »), cette obligation étouffera progressivement la Requérante. Un tel affaiblissement d'un opérateur *challenger* aura pour unique résultat de renforcer la puissance de Telenet et Proximus.

207. Il en résulte que l'obligation de comptabilisation des coûts imposée à la Requérante n'est ni proportionnelle ni raisonnable.

3.5 Cinquième moyen à titre subsidiaire : Annulation partielle de la décision contestée en ce qui concerne les aspects opérationnels des mesures correctrices imposées pour violation du principe du raisonnable et de proportionnalité ainsi que du principe de prévisibilité réglementaire, de

¹⁷³

Courrier d'Orange Belgium du 15 mai 2018 (*Pièce 13*).

sécurité juridique et de bonne administration

208. La Décision Contestée attribue au bénéficiaire de l'offre d'accès de gros de la Requérante la nouvelle responsabilité d'effectuer l'ensemble du processus d'installation et de réparation en gestion propre.

209. Une telle mesure n'est pas proportionnelle et est incohérente avec les demandes et besoins des opérateurs alternatifs. Les procédures d'installation et de réparation en place chez la Requérante sont efficaces. Aucun élément ne justifie donc de les modifier, d'autant que les procédures actuelles (*single visit* atténué de certaines exceptions) ont été adoptées récemment sur la base de demandes spécifiques d'Orange Belgium, le seul opérateur alternatif présent sur le câble de la Requérante. Orange Belgium a notamment requis une exception au *signe visit* pour les nouveaux raccordements car elle ne souhaitait pas se charger de l'installation du *drop cable* et du *network interface unit (NIU)*.

210. En outre, ce changement réglementaire imposé par la Décision Contestée est contraire au principe de droit européen de prévisibilité réglementaire et au principe de droit belge de sécurité juridique et de bonne administration. La mise en œuvre de cette nouvelle mesure sera la quatrième procédure d'installation développée par la Requérante à la demande, soit de l'opérateur alternatif Orange Belgium, soit du Régulateur, depuis la mise à disposition de son service de gros à Orange Belgium au mois de juillet 2014. Ceci est manifestement excessif.

211. De tels changements ne sont pas nécessaires pour atteindre l'objectif poursuivi par le Régulateur, les procédures actuellement en place étant efficaces et satisfaisantes. Outre le problème manifeste de manque de sécurité juridique que ces changements créent, ils sont déraisonnables et disproportionnés.

4. À TITRE INFINIMENT SUBSIDIAIRE : ANNULATION PARTIELLE DE LA DÉCISION CONCERNÉE EN CE QUI CONCERNE LES TARIFS TRANSITOIRES

212. La Décision Contestée impose à la Requérante une obligation de pratiquer des prix équitables pour l'accès central au réseau câblé et les services d'accès de gros à la radiodiffusion¹⁷⁴. Le respect de cette obligation doit être vérifié à l'aide d'un modèle de coût de type *bottom-up LRIC* reflétant les coûts d'un opérateur efficace¹⁷⁵. Ce modèle n'a toutefois pas pu être développé avant l'adoption de la Décision Contestée. Refusant catégoriquement de laisser aux opérateurs l'opportunité de négocier commercialement les tarifs de gros dans l'attente de la confection de ce

¹⁷⁴ Décision Contestée, paragraphes 2550 et 3110.

¹⁷⁵ Décision Contestée, paragraphes 2553 et 3113.

modèle de coût, le Régulateur a déterminé des tarifs de gros applicables durant cette période de transition. Ces tarifs sont la prolongation des tarifs de gros appliqués par la Requérante pendant le premier trimestre de l'année 2018, soit les tarifs préférentiels imposés par les décisions tarifaires du 19 février 2016 durant la phase de lancement de deux années.

4.1 Premier moyen à titre infiniment subsidiaire : Le Régulateur ne peut pas, à titre transitoire, reprendre les tarifs préférentiels inclus dans des décisions annulées par la Cour d'appel de Bruxelles

213. Pour appréhender ce moyen de la Requérante, il est nécessaire de revenir brièvement sur le cadre réglementaire qui était en vigueur avant l'adoption de la Décision Contestée.

214. Le 1^{er} juillet 2011, le Régulateur a, au terme d'une analyse des marchés du haut débit et de la radiodiffusion télévisuelle, imposé à la Requérante d'ouvrir son réseau aux opérateurs alternatifs au moyen d'une offre de revente de son offre de télévision analogique, d'un accès à sa plate-forme de télévision numérique et d'une offre de revente de l'internet large bande.

215. Le 11 décembre 2013, le Régulateur a déterminé les tarifs de gros pour les services d'accès au réseau câblé de la Requérante sur la base de la méthodologie *retail minus*. Cette méthodologie – décidée lors de l'analyse de marché de 2011 – consiste à fixer un écart entre le prix d'un service au détail et le prix d'un service de gros correspondant en retranchant du prix de détail certains coûts qualifiés comme n'étant pas pertinents.

216. Le 19 février 2016, bien que la réglementation tarifaire contenue dans les décisions tarifaires du 11 décembre 2013 n'avait jamais été appliquée et, partant, testée dans un environnement concurrentiel, le Régulateur a, à la demande d'Orange Belgium, revu le mode de calcul des tarifs d'accès, toujours sur la base de la méthodologie *retail minus*. Les tarifs de gros résultant de cette révision présentaient une réduction de 21 à 27% par rapport aux tarifs précédemment adoptés.

Mû par la crainte que, malgré ces tarifs significativement revus à la baisse, le développement des nouveaux entrants sur les marchés du haut débit et de la radiodiffusion télévisuelle ne soit pas suffisamment rapide, le Régulateur a introduit une phase de lancement permettant aux nouveaux entrants de bénéficier de tarifs plus avantageux encore deux années durant (ces tarifs impliquant une réduction de de 35 à 40% par rapport aux tarifs de gros établis en 2013).

217. Le 25 octobre 2017, Votre Cour a annulé les décisions tarifaires des 11 décembre 2013 et 19 février 2016 avec effet rétroactif au 30 avril 2018. Ce faisant, les tarifs prévus par ces décisions ont également été annulés.

4.1.1 Violation de la force de chose jugée des arrêts de la Cour d'appel de Bruxelles du 25 octobre 2017

218. En application de l'article 1044 du Code judiciaire, le Régulateur a acquiescé aux arrêts de la Cour d'appel de Bruxelles du 25 octobre 2017 le 14 décembre 2017. Ce faisant, ces arrêts ont force de chose jugée.

219. C'est donc au mépris de la force de chose jugée des arrêts du 25 octobre 2017 de la Cour d'appel de Bruxelles que le Régulateur prolonge à présent l'application des tarifs préférentiels de « phase de lancement » de la Requérante – pourtant annulés par ces arrêts – pendant une durée transitoire indéterminée.

220. Votre Cour ne se laissera pas duper par l'affirmation trompeuse du Régulateur selon laquelle ces tarifs sont fixés « *hors du cadre d'une quelconque méthodologie retail minus mais bien sur le fait que sur la base des tarifs observés notamment en France, les tarifs de Brutélé pour le profil large bande de 125 Mbps et incluant la télévision peuvent être considérés comme étant équitables* »¹⁷⁶. La soi-disant analyse du caractère raisonnable de ces tarifs n'est qu'un écran de fumée créé de toutes pièces afin de dissimuler la violation, par le Régulateur, de la force de chose jugée des arrêts de la Cour d'appel de Bruxelles du 25 octobre 2017.

221. Les points de comparaison sélectionnés par le Régulateur pour évaluer le caractère raisonnable des tarifs de « phase de lancement » de la Requérante ont manifestement été choisis au terme d'une sélection partielle et, partant, sont très clairement intéressés.

222. Premièrement, l'utilisation de points de comparaison nationaux est dénuée de sens vu que les tarifs de gros appliqués en Belgique pris en considération par le Régulateur sont les tarifs de « phase de lancement » imposés par ce dernier dans les décisions tarifaires du 19 février 2016. Ils sont donc la résultante de la seule volonté du Régulateur.

223. Deuxièmement, la Décision Contestée s'appuie sur un unique point de comparaison international (européen) pour déterminer si les tarifs de « phase de lancement » de la Requérante sont raisonnables : SFR/Numéricable (France). Cependant, il ne suffit pas de trouver un autre réseau câblé pour pouvoir établir une comparaison objective des prix de gros qui s'y appliquent. D'autres critères doivent nécessairement être pris en compte pour opérer une comparaison objective, tels que le degré de couverture du réseau ainsi que la qualité et la vitesse offertes par ce réseau.

Or, les services de gros offerts par SFR/Numéricable (France) sont nettement

¹⁷⁶ Décision Contestée, paragraphes 2595 et 3150.

inférieurs, tant en termes de qualité que de vitesse, aux services offerts par la Requérante.

En effet, selon les données récoltées par la Commission européenne, la France se classe 23^{ème} sur 28 en termes de connectivité tandis que la Belgique se situe à la 5^{ème} place¹⁷⁷. Ce mauvais résultat de la France est « notamment [dû à] un faible taux de couverture [...] du haut débit rapide et ultra-rapide »¹⁷⁸. A l'inverse, la Belgique est félicitée pour ses « taux de couverture et d'adoption du haut débit (fixe et mobile) et de couverture NGA [...] élevés »¹⁷⁹. Une telle différence de qualité entre ces deux pays légitime parfaitement une différence de prix. La France est d'ailleurs le pays membre de l'Union européenne où les prix de détail pour le haut débit sont les plus bas¹⁸⁰. Un tel extrême (tant en matière de prix que de qualité) ne peut évidemment pas constituer un point de comparaison approprié.

En outre, une comparaison de prix doit prendre en compte l'ensemble des conditions de prix de gros de la solution mise en place et pas uniquement le prix mensuel d'une ligne.

224. Il résulte de ce qui précède que le point de comparaison international sur lequel s'appuie la Décision Contestée pour affirmer, sans autre vérification, que les tarifs en « phase de lancement » de la Requérante sont raisonnables est inadéquat. En réalité, ce raisonnement boiteux du Régulateur (manifestement développé *a posteriori* pour les besoins de la cause) a pour unique objectif de dissimuler le réel processus qui a conduit à la détermination des tarifs applicables durant la phase transitoire : une prolongation pure et simple des tarifs de « phase de lancement » imposés dans les décisions tarifaires du 19 février 2016, en parfaite violation de la force de chose jugée des arrêts de Votre Cour du 25 octobre 2017.

4.1.2 Violation de l'obligation de motivation formelle qui impose que chaque acte administratif soit fondé sur des motifs dont l'existence factuelle est correctement démontrée et qui peuvent être pris en compte comme justification en droit pour cet acte

225. Comme expliqué dans la section précédente, les tarifs applicables durant la phase transitoire ne sont que la prolongation des tarifs de « phase de lancement »

¹⁷⁷ Indice relatif à l'économie et à la société numériques 2018 – Rapport par pays : Belgique, p. 4 (*Pièce 14*) et Indice relatif à l'économie et à la société numériques 2018 – Rapport par pays : France, p. 4 (*Pièce 15*).

¹⁷⁸ Indice relatif à l'économie et à la société numériques 2018 – Rapport par pays : France, p. 2 (*Pièce 15*).

¹⁷⁹ Indice relatif à l'économie et à la société numériques 2018 – Rapport par pays : Belgique, p. 2 (*Pièce 14*).

¹⁸⁰ Indice relatif à l'économie et à la société numériques 2018 – Rapport par pays : France, p. 4 (*Pièce 15*) : La France obtient le meilleur score (la note de 1) pour la catégorie « indice de prix du haut débit ».

de la Requérante, soit des tarifs qui ont été annulés par les arrêts de Votre Cour du 25 octobre 2017. Ce faisant, les considérations de droit et de fait qui sous-tendent l'adoption de ces tarifs transitoires sont illégales et, partant, la motivation inadéquate.

226. Même si, par impossible, Votre Cour devait considérer que la motivation sous-jacente à l'adoption se trouve non pas dans la prolongation des tarifs de gros annulés mais dans le caractère équitable des tarifs de gros de « phase de lancement » de la Requérante suite à la réalisation d'un benchmark international, cette motivation demeure néanmoins inadéquate.

Le Régulateur ne s'est fondé que sur un seul point de comparaison, qui plus est inadapté eu égard aux différences qualitatives significatives existant entre la France et la Belgique. Il ne démontre donc pas suffisamment que les tarifs de « phase de lancement » de la Requérante sont effectivement équitables et raisonnables. Ce faisant, il ne motive pas suffisamment sa décision en droit comme en fait.

4.2 Deuxième moyen à titre infiniment subsidiaire : Violation du principe du raisonnable et de proportionnalité et de l'article 8, §2 et §5, de la Directive Cadre relatif à la nécessité de préserver la concurrence et à la viabilité économique

227. La Décision Contestée calque les tarifs applicables durant la phase de transition sur les tarifs de « phase de lancement » de la Requérante. De tels tarifs sont pourtant manifestement déraisonnables puisqu'ils ne laissent pas suffisamment de moyens à la Requérante pour investir dans l'ensemble de son réseau, et en particulier dans les zones moins denses. Un tel résultat est contraire à l'objectif de promotion des investissements dans les réseaux et porte préjudice aux intérêts des consommateurs finaux, en particulier en Wallonie où les besoins d'extension de la couverture du haut débit sont importants. En outre, la Requérante a informé à plusieurs reprises le Régulateur et Orange Belgium du fait que les tarifs de phase de lancement étaient beaucoup trop bas et ne correspondaient pas aux coûts de l'infrastructure de la Requérante.

228. Ces tarifs sont d'autant moins raisonnables qu'ils avaient pour vocation initiale de constituer une aide temporaire au bénéfice des nouveaux entrants pour leur permettre d'atteindre au plus vite une taille de 100.000 utilisateurs, soit un volume permettant d'atteindre des économies d'échelle suffisantes¹⁸¹. L'opérateur alternatif Orange Belgium a dépassé la barre des 100.000 utilisateurs au quatrième trimestre de l'année 2017 (soit, en une année et demie seulement). Au mois de juin 2018, sa clientèle était composée de 136.000 clients convergents. Les motifs et

¹⁸¹ Décision de la CRC du 19 février 2016 concernant la révision des tarifs de gros pour les services d'accès aux réseaux câblés sur le territoire de la Région bilingue de Bruxelles-Capitale, paragraphes 174 à 176 (*Pièce 16*).

objectifs ayant conduit le Régulateur à instaurer des prix préférentiels pendant une phase de lancement de deux années étant désormais rencontrés, il est parfaitement injustifié de prolonger ces tarifs agressifs.

229. L'étude comparative réalisée par le Régulateur confirme du reste le caractère disproportionné de ces tarifs, ceux-ci étant jugés raisonnables car proches des prix les plus bas de toute l'Union européenne, qui plus est relatifs à des services de gros d'une qualité nettement inférieure.

4.3 Troisième moyen à titre infiniment subsidiaire : Violation des articles 140 et 141 de la loi du 13 juin 2005 ainsi que de l'article 60 de la loi du 5 mai 2017

230. Les articles 140 et 141 de la loi du 13 juin 2005¹⁸² ainsi que l'article 60 de la loi du 5 mai 2017¹⁸³ imposent au Régulateur d'organiser une consultation publique « pour autant qu'un projet de décision de l'IBPT soit susceptible d'avoir des incidences importantes sur un marché pertinent », en ce compris lorsque le projet de décision tend à « imposer ou modifier des obligations à un opérateur disposant d'une puissance significative sur un marché pertinent ».

231. Or, les tarifs applicables durant la période transitoire n'ont pas été soumis à la consultation publique. En effet, si la méthodologie utilisée (la détermination du prix sur la base d'un benchmark national éventuellement complétée par des points de comparaison à l'étranger) a effectivement été assujettie à la consultation publique de l'été 2017, les modalités pratiques ne l'ont, elles, jamais été. Ainsi, jusqu'à l'adoption de la Décision Contestée le 29 juin 2018, la Requérante ignorait (i) les tarifs nationaux pris en considération ; (ii) le nombre de points de comparaison internationaux analysés ; (iii) l'identité de ces points de comparaison et (iv) l'issue du procédé.

232. A l'instar des autres opérateurs intéressés, la Requérante n'a donc pas pu exprimer son avis quant à la pertinence des critères pris en considération par le Régulateur dans cet exercice. Or, tel qu'il ressort des développements ci-avant, le benchmark réalisé par le Régulateur est vicié. D'abord parce que les points de comparaison nationaux utilisés sont issus de la seule volonté du Régulateur puisqu'ils ont été imposés par ce dernier dans les décisions tarifaires du 19 février 2016. Ensuite, parce que la Décision Contestée se réfère à un seul et unique point de comparaison international (la France) qui, de surcroît, manque de pertinence vu la différence considérable qui existe entre la Belgique et la France en termes de qualité des services offerts.

¹⁸² Loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *M.B.*, 20 juin 2005, p. 28070.

¹⁸³ Loi du 5 mai 2017 relative aux services de médias audiovisuels en région bilingue de Bruxelles-Capitale, *M.B.*, 23 mai 2017, p. 58970.

233. Eu égard à l'omission du Régulateur de soumettre à consultation publique les tarifs de gros applicables durant la période transitoire, cette partie de la Décision Contestée doit être annulée pour violation des articles 140 et 141 de la loi du 13 juin 2005 ainsi que de l'article 60 de la loi du 5 mai 2017.

PAR CES MOTIFS**PLAISE À VOTRE COUR:**

- De déclarer la demande recevable et fondée, et par conséquent,
- D'annuler la décision de la CRC du 29 juin 2018 portant analyse des marchés du haut débit et de la radiodiffusion télévisuelle; ou
- À titre subsidiaire,
 - d'annuler les paragraphes 2312 à 2333 et 2598 à 2601 de la décision de la CRC du 29 juin 2018 portant analyse des marchés du haut débit et de la radiodiffusion télévisuelle qui portent sur l'obligation d'accorder à des tiers l'accès à Internet en *standalone*; et/ou
 - d'annuler l'annexe O de la décision de la CRC du 29 juin 2018 portant analyse des marchés du haut débit et de la radiodiffusion télévisuelle qui qualifie de raisonnable la demande d'accès de Proximus au réseau de la Requérante; et/ou
 - d'annuler les paragraphes 2550 à 2606 et 3110 à 3158 de la décision de la CRC du 29 juin 2018 portant analyse des marchés du haut débit et de la radiodiffusion télévisuelle qui portent sur l'obligation de contrôle des prix; et/ou
 - d'annuler les paragraphes 2625 à 2634 et 3174 à 3183 de la décision de la CRC du 29 juin 2018 portant analyse des marchés du haut débit et de la radiodiffusion télévisuelle qui portent sur l'obligation de mettre en place un système de comptabilisation des coûts; et/ou
 - d'annuler les paragraphes 2400 à 2407 ainsi que les paragraphes 2946 et 2954 à 2959 de la décision de la CRC du 29 juin 2018 portant analyse des marchés du haut débit et de la radiodiffusion télévisuelle qui portent sur les aspects opérationnels; ou
- À titre infiniment subsidiaire, d'annuler les paragraphes 2554 et 2586 à 2597 ainsi que les paragraphes 3114 et 3141 à 3153 de la décision de la CRC du 29 juin 2018 portant analyse des marchés du haut débit et de la radiodiffusion télévisuelle qui déterminent les tarifs transitoires applicables en l'attente du modèle de coûts.
- De condamner la CRC aux frais et dépens de l'instance fixée conformément à l'arrêté royal du 26 octobre 2007 portant exécution de la loi du 21 avril 2007

relative à la répétibilité des honoraires et frais d'avocat, au montant de base de 1.320 euros.

Bruxelles, le 29 août 2018,

Pour Brutélé S.C.,

Un de ses conseils,

P. P. Valère Gijne



Peter L'Ecluse

**INVENTAIRE DES PIÈCES DU DOSSIER DE ME. J. BOURTEMBOURG, ME P.
L'ECLUSE, ME. V. LEFEVER ET ME. E. WATERKEYN**

COUR D'APPEL DE BRUXELLES

**BRUTÉLÉ S.C. / CONFÉRENCE DES RÉGULATEURS DU SECTEUR DES
COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES**

RÉGION BILINGUE DE BRUXELLES-CAPITALE

1. Décision de la Conférence des régulateurs du secteur des communications électroniques du 29 juin 2018 portant analyse des marchés du haut débit et de la radiodiffusion télévisuelle ;
2. Communiqué de presse de la CRC du 29 juin 2018, « *Les régulateurs télécom et média adoptent une décision pour plus de concurrence et plus de choix dans le marché du haut débit et de la télévision* » ;
3. Courrier d'Orange Belgium à Brutélé du 29 décembre 2017 ;
4. Courrier de Brutélé à Orange Belgium du 29 décembre 2017 ;
5. Courrier de Brutélé à Orange Belgium du 11 avril 2018 ;
6. Courrier d'Orange Belgium à Brutélé du 28 février 2018 ;
7. Article du quotidien *De Tijd* du 4 octobre 2017, « *7 vragen over het Vlaamse glasvezelplan* » ;
8. Article du quotidien *De Standaard* du 23 juillet 2018, « *Vlaamse regering heeft akkoord met Proximus en Telenet over 'supersnel' netwerk* » ;
9. IBPT, « *Situation du marché des communications électroniques et de la télévision en 2017* » ;
10. Article du quotidien *La Libre* du 6 mai 2017, « *Dominique Leroy, CEO de Proximus : « On nous empêche d'investir à Bruxelles »* » ;
11. Résultats financiers du deuxième trimestre et du premier semestre 2018 d'Orange Belgium ;

VAN BAEL & BELLIS

12. Article du quotidien *La Libre* du 17 décembre 2013, « *Le patron de Mobistar ne veut pas « raconter de salades aux clients » sur la 4G* » ;
13. Courrier d'Orange Belgium à Brutélé du 15 mai 2018 ;
14. Document de la Commission européenne, « *Indice relatif à l'économie et à la société numériques 2018 – Rapport par pays : Belgique* » ;
15. Document de la Commission européenne, « *Indice relatif à l'économie et à la société numériques 2018 – Rapport par pays : France* » ;
16. Extrait de la décision de la CRC du 19 février 2016 concernant la révision des tarifs de gros pour les services d'accès aux réseaux câblés sur le territoire de la Région bilingue de Bruxelles-Capitale.