

Cour d'appel de Bruxelles

Greffe 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/1453, Chambre 18F, 06 septembre 2018 09:00

CRC, présidence assurée par l'IBPT

boulevard du Roi Albert II 35
1030 BRUXELLES

—
votre référence/avocat
Me

notre référence 2018/AR/1453
en cause de : NETHYS S.A./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

Cour d'appel de Bruxelles
Cour des marchés

2018/AR/ 1453

Déposé au greffe de la
Cour d'Appel de Bruxelles
le 28-08-2018

Le greffier

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:

NETHYS S.A., dont le siège social est établi à 4000 Liège, rue Louvrex 95, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0465.607.720;

Ci-après dénommée **Nethys** ou **la Requérante**;

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 29 juin 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	8
2.	À TITRE PRINCIPAL : ANNULATION DE LA DÉCISION CONTESTÉE.....	9
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.....	9
2.2	Deuxième moyen à titre principal : il n'y a pas lieu de réglementer le marché du haut débit – violation du test des trois critères et du principe de bonne administration.....	11
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).....	12
(A)	Le marché de gros de l'accès central sur câble (haut débit) n'est pas énuméré dans la Recommandation du 9 octobre 2014.....	13
(B)	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).....	14
(C)	Le critère du caractère insuffisant du droit de la concurrence n'est pas satisfait (troisième critère).....	16
(D)	Conclusion concernant le marché de gros de l'accès central.....	19
2.2.2	Il n'y a pas lieu de réguler le marchés de gros parce qu'aucun problème concurrentiel n'a été démontré en ce qui concerne le marché de détail du haut débit.....	19
(A)	Définition incomplète et incorrecte des marchés géographiques de détail.....	21
(B)	Définition incorrecte du marché de produits de détail.....	22

(C)	Analyse concurrentielle du marché de détail du haut débit résidentiel erronée et insuffisamment prospective	23
(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>).....	24
2.2.3	Il n'y a pas lieu de réguler le marché de gros parce qu'aucun problème concurrentiel n'a été démontré en ce qui concerne le marché de gros de l'accès central (haut débit).....	24
(A)	Incohérence de la définition de marchés de gros distincts pour le câble et pour le cuivre	25
(B)	Analyse concurrentielle erronée et lacunaire	27
(C)	Analyse négligée du marché de l'accès central élargi	27
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.....	28
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	30
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	30
(A)	Les câblo-opérateurs sont examinés ensemble dans l'analyse concurrentielle.....	30
(B)	Nethys et Brutélé sont assimilées l'une à l'autre dans l'analyse concurrentielle.....	34

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	39
(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	39
(B)	Sur l'hypothèse alternative d'un marché de gros de l'accès central élargi (haut débit), incluant à la fois Proximus et les câblo-opérateurs : analyse insuffisante, erronée, contraire au principe de motivation formelle et de bonne administration et contraire.....	40
(i)	Analyse concurrentielle erronée, insuffisante et non soumise à consultation publique	40
(ii)	Analyse concurrentielle centrée sur Proximus et Telenet au mépris de Nethys et de Brutélé	40
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)	42
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	42
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	47

2.4.3	Les mesures correctrices imposées à la Requérante violent le principe du raisonnable et de proportionnalité	50
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).....	52
3.	À TITRE SUBSIDIAIRE : ANNULLATION PARTIELLE DE LA DÉCISION CONTESTÉE EN CE QUI CONCERNE CERTAINES MESURES CORRECTRICES.....	54
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).....	54
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	55
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).....	57
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)	59
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.....	59
4.	À TITRE INFINIMENT SUBSIDIAIRE : ANNULATION PARTIELLE DE LA DÉCISION CONCERNÉE EN CE QUI CONCERNE LES TARIFS TRANSITOIRES	60
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	61
4.1.1	Violation de la force de chose jugée des arrêts de la Cour d'appel de Bruxelles du 25 octobre 2017	62
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	63
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	64
4.3	Troisième moyen à titre infiniment subsidiaire : Violation des articles 140 et 141 de la loi du 13 juin 2005.....	65

*

* *

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

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

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.

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

7. 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 ».

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

9. 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.

10. D'autre part, la Décision Contestée est bien une mesure concernée par l'article 40, alinéa 2 cité ci-dessus. Elle analyse les marchés 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 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.

² Article 5, alinéa 2 de l'accord de coopération du 17 novembre 2006 entre l'Etat 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.

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*).

- La Décision Contestée présente un intérêt pour toute entreprise souhaitant lancer ou développer des activités dans le secteur des télécommunications en Belgique.

11. 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) ;
- 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.

12. 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 le marché du haut débit – violation du test des trois critères et du principe de bonne administration

13. 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 le marché 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 le marché de gros pour l'accès central sur le câble (section 2.2.1) ;
- Le Régulateur n'a pas suffisamment démontré l'existence d'un problème de concurrence sur le marché de détail du haut débit, notamment parce que le Régulateur ne prend pas la peine de définir ce marché et l'analyse de manière insuffisante et erronée (section 2.2.2) ;
- Le Régulateur n'a pas correctement défini le marché de gros de l'accès central sur le câble et ne peut par conséquent considérer la Requérante comme un opérateur puissant sur ce marché (section 2.2.3) ;
- La Requérante 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)

14. 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. 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*

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 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.

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*

15. 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

16. Le marché de gros de l'accès central sur câble n'est pas inclus dans la Recommandation du 9 octobre 2014. Par conséquent, le Test des trois critères doit être satisfait pour que ce marché puisse être régulé. Or, ce n'est pas le cas.

- (A) Le marché de gros de l'accès central sur câble (haut débit) n'est pas énuméré dans la Recommandation du 9 octobre 2014

17. 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.

18. 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.

19. 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

⁷ Recommandation du 9 octobre 2014, paragraphe 2.

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

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.

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 Requêteurante 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.

20. 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 câble. Or, ce Test, dont les critères sont cumulatifs, n'est pas rempli.

- (B) 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)

21. La Requêteurante 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.

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

23. Deuxièmement, le Régulateur part d'un postulat inexact lorsqu'il affirme que la Requêteurante « *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 Requêteurante 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.

24. En effet, lorsqu'Orange Belgium a demandé à la Requêteurante 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 Requêteurante allaient, dès le 30 avril 2018, être dérégulés. Selon l'hypothèse du Régulateur, la Requêteurante n'avait donc pas intérêt à

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

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*).

faire une offre raisonnable à Orange Belgium. Or, la Requêteurante a proposé un prix de gros raisonnable. Afin de mener les négociations sur une base la plus objective possible, la Requêteurante 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 seule 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 Requêteurante (ce qui démontre à quel point la régulation fausse le jeu de la concurrence entre la Requêteurante et Orange Belgium – voir également section 3.3 ci-dessous).

25. 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 Requêteurante 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.

26. 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 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.

27. 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

¹³ Courrier de Brutélé du 10 avril 2018 (*Pièce 5*).

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

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

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.

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.

28. 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.

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

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

30. 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

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.

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.

31. 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.

32. 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).

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

34. 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

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.

provisoires afin de sauvegarder les intérêts des parties en présence le temps d'examiner le fond de l'affaire.

35. 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.

36. 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.

37. 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 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.

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).

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).

38. 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.

39. 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.

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

40. 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.

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 le marché de détail du haut débit

41. 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 de communications électroniques (ci-après, **Directive Cadre**)³² :

*« 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. »*³³

42. Pour ce faire, il convient de « déterminer si les marchés de détail sont effectivement concurrentiels dans une perspective d'avenir en l'absence de

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 ».

³² 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**).

³³ Recommandation du 9 octobre 2014, considérant n°2.

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* »³⁴. 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* »³⁵.

43. 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* »³⁶. 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.

44. 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* »³⁷ ; et (2) en n'établissant pas qu'aucune des définitions possibles de ce marché n'aboutirait effectivement au constat d'un problème de concurrence.

45. 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* »³⁸. 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* »³⁹. Il n'est admis que la Commission laisse ouverte la définition d'un marché de produit que « *dans la mesure où aucune*

³⁴ Recommandation du 9 octobre 2014, considérant n°8.

³⁵ Recommandation du 9 octobre 2014, considérant n°10.

³⁶ Annexe L à la Décision Contestée, paragraphe 3436.

³⁷ 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.

³⁸ 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.

³⁹ 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.

des définitions du marché ne permettait de constater l'existence d'une entrave significative à une concurrence effective à la suite de la concentration »⁴⁰.

46. 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 pas définir géographiquement le marché de détail du haut débit fixe (qu'il soit résidentiel ou non résidentiel) (section (A) ci-dessous) ;
- Choissant de laisser également ouvertes certaines options concernant le marché de produits de détail du haut débit (section (B) ci-dessous) ;
- Choissant d'analyser de manière partielle et incorrecte ce marché 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).

47. 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

48. Le Régulateur décide dans la Décision Contestée de laisser ouverte la définition géographique du marché de détail du haut débit fixe (résidentiel et non résidentiel). 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* »⁴¹.

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

50. 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

⁴⁰ 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.

⁴¹ Paragraphe 257, p. 121 de la Décision Contestée.

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.

51. Le même constat s'applique aux parts de marché, comme le confirment les données présentées par le Régulateur lui-même. En effet, [CONFIDENTIEL] ⁴².

52. 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 du marché de produits de détail

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

54. 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*)⁴³, 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*⁴⁴. Cet aspect est particulièrement important quand on sait que l'immense majorité des produits de large bande fixe sont achetés dans le contexte d'une offre groupée (jusqu'à 84% en ce qui concerne le haut débit fixe⁴⁵). Cette erreur fondamentale de conception de la Décision Contestée affecte l'analyse du marché du haut débit.

⁴² 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.

⁴³ Chapitre 10 de la Décision Contestée.

⁴⁴ Paragraphe 3291 de la Décision Contestée.

⁴⁵ Paragraphe 347, p. 162 de la Décision Contestée.

(C) Analyse concurrentielle du marché de détail du haut débit résidentiel erronée et insuffisamment prospective

55. L'analyse concurrentielle du marché de détail est tout à fait lacunaire. Non seulement elle repose sur une définition de marché incomplète et incorrecte, mais elle souffre elle-même de déficiences graves.

56. 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 Brutélé, sans inclure ces dernières dans l'analyse⁴⁶.

57. 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* »⁴⁷.

58. 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 puissance de la Requérante.

59. En outre, 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.

60. 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.

⁴⁶ Voir, par exemple, paragraphe 675 de la Décision Contestée.

⁴⁷ Paragraphe 13 des Lignes directrices PSM.

- (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*)

61. 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* »⁴⁸. En outre, le Régulateur ne démontre pas que la situation concurrentielle reste la même quelle que soit la définition de ce marché⁴⁹.

62. En outre, l'analyse du marché non résidentiel (dont les contours restent donc flous) est confondue avec l'analyse du marché résidentiel et la Requérante est, dans le cadre de cette analyse, incluse sous l'appellation générique « *câble* »⁵⁰. 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 Brutélé, 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 distincts⁵¹. 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.

63. 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 le marché de gros parce qu'aucun problème concurrentiel n'a été démontré en ce qui concerne le marché de gros de l'accès central (haut débit)

64. 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

⁴⁸ Paragraphe 259.2, p. 121 de la Décision Contestée.

⁴⁹ Arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 26 octobre 2017, *KPN c. Commission*, affaire T-394/15, ECLI:EU:T:2017:756.

⁵⁰ Figures 22, 23, 24 et 25 par exemple. Voir également les Figures 33 et 34.

⁵¹ Figure 28, par exemple.

national ou le droit communautaire de la concurrence ne suffisent pas à résoudre le problème »⁵².

65. 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

66. 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.

67. 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 Requêteur, 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.

68. L'affirmation du Régulateur selon laquelle « *le test de substituabilité ne peut pas être construit autour de la situation d'un opérateur en particulier* »⁵³, 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* »⁵⁴.

⁵² Directive Cadre, considérant n°27.

⁵³ Paragraphe 1586, p. 509 de la Décision Contestée.

⁵⁴ Paragraphe 1588, p. 510 de la Décision Contestée.

69. 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. »⁵⁵

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 technologique⁵⁶.

70. 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 Requêteur ne peut forcément être que le seul fournisseur d'accès sur son marché distinct et avoir dès lors 100% de parts de 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]. Une telle approche nuit gravement à la concurrence que le Régulateur est supposé promouvoir, selon le cadre réglementaire en vigueur⁵⁷.

71. 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.

⁵⁵ Paragraphe 33 des Lignes Directrices PSM.

⁵⁶ Article 8, §1 de la Directive Cadre.

⁵⁷ 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**).

(B) Analyse concurrentielle erronée et lacunaire

72. 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.

73. 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 élargi

74. 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 marché de produits pertinent »⁵⁸.

75. Or, l'analyse de cette « hypothèse » est bâclée.

76. Par exemple, le Régulateur n'explique pas et ne justifie pas à suffisance de droit l'hypothèse qu'il retient, à savoir « qu'il existe différents marchés géographiques, correspondant chacun à la zone de couverture d'un câblo-opérateur (Brutélé, Nethys, Telenet) »⁵⁹. 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 l'on compare l'impact sur le marché de Proximus par rapport à un opérateur de petite taille tel que la Requérante.

77. 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

⁵⁸ Paragraphe 1787, p. 566 de la Décision Contestée.

⁵⁹ Paragraphe 1821, p. 585 de la Décision Contestée.

infrastructure essentielle pour être concurrentiel sur le marché de détail, d'enfreindre le droit de la concurrence).

78. 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 Telenet⁶⁰. L'existence de cette concurrence dément toute possibilité d'une dominance conjointe avec Proximus.

79. Enfin, 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. Enfin, le Régulateur n'a établi l'existence d'aucun mécanisme de rétorsion entre Proximus et la Requêteurante (la concurrence qu'elles se portent ne pouvant être qualifiée de mesure de rétorsion).

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

80. 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 poursuivi⁶¹.

81. L'objectif affiché par le Régulateur lorsqu'il a adopté la Décision Contestée est d' « *aviver encore davantage la concurrence* » sur le marché du haut débit⁶². En

⁶⁰ Décision Contestée, Annexe A, paragraphes 3206 (p. 933), 3218 (p. 940) et 3228 (p. 945).

⁶¹ 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* ».

⁶² 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).

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 »⁶³.

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

83. 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 commerciale⁶⁴. La Requêteurante a manifesté sa volonté de négocier avec Orange Belgium par courrier daté du même jour⁶⁵.

84. Le 28 février 2018, Orange Belgium a pris la décision unilatérale de mettre fin aux négociations avec la Requêteurante⁶⁶. 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.

85. 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 2016⁶⁷. 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.

86. 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

⁶³ 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**).

⁶⁴ Courrier d'Orange Belgium du 29 décembre 2017 (**Pièce 3**).

⁶⁵ Courrier de la Requêteurante du 29 décembre 2017 (**Pièce 4**).

⁶⁶ Courrier d'Orange Belgium du 28 février 2018 (**Pièce 6**).

⁶⁷ 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.

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 Requérante alors que ce n'était pas nécessaire.

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

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

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

87. 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, Brutélé et la Requérante) qui, selon le Régulateur, opèrent sur des marchés distincts.

88. Cette assimilation n'est pas anodine : en créant cette confusion, les câblo-opérateurs les plus petits (dont la Requérante) 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.

89. 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 :

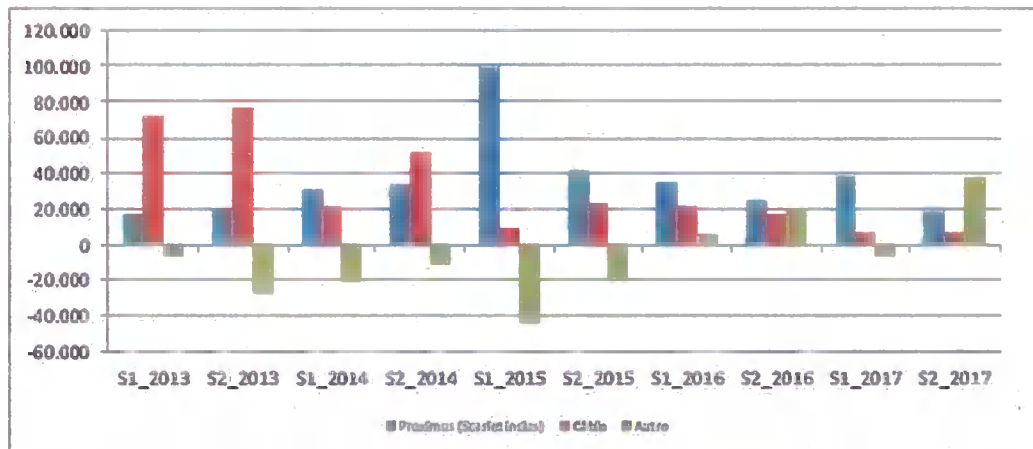


Figure 19 : Additions nettes sur le marché large bande fixe résidentiel (Source : IBPT)

- 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 :

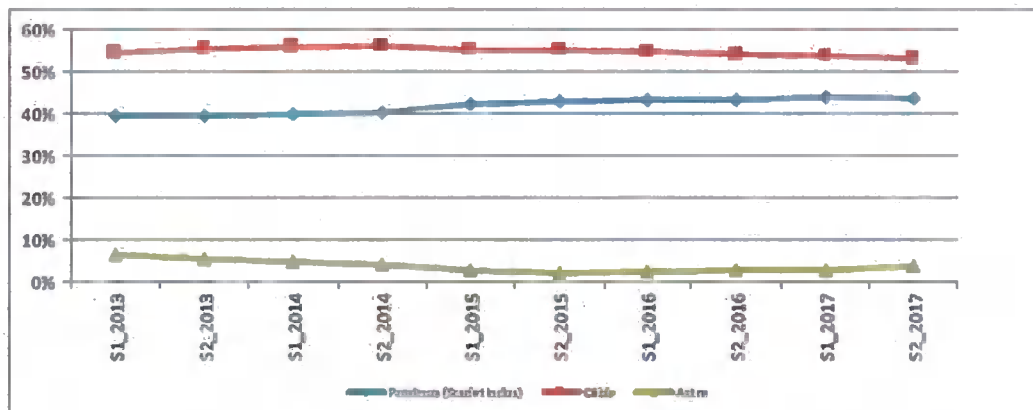


Figure 20 : Parts de marché sur le marché large bande fixe résidentiel (Source : IBPT)

- 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 :

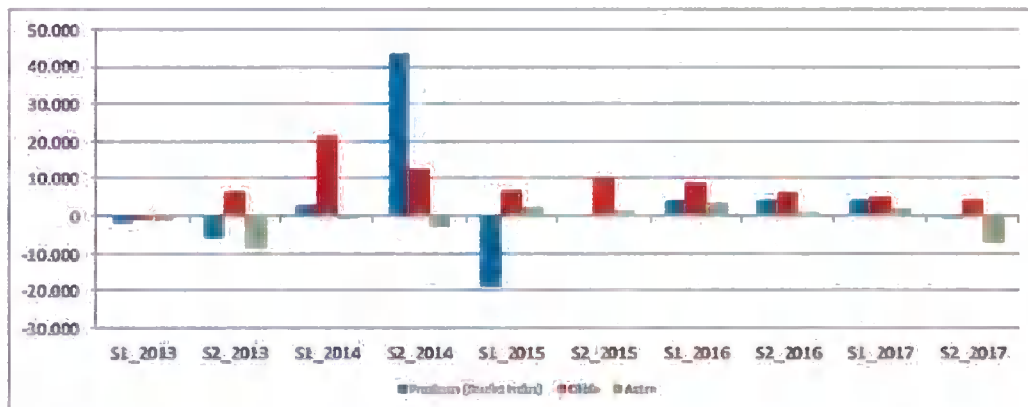


Figure 22 : Additions nettes sur le marché large bande fixe non résidentiel, par opérateur (Source : IBPT)

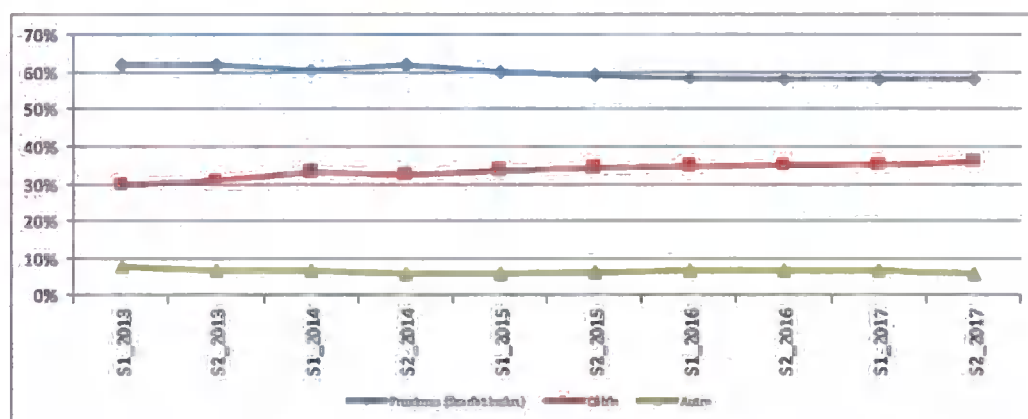


Figure 23 : Parts de marché sur le marché large bande fixe non résidentiel, par opérateur (Source : IBPT)

- *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 :

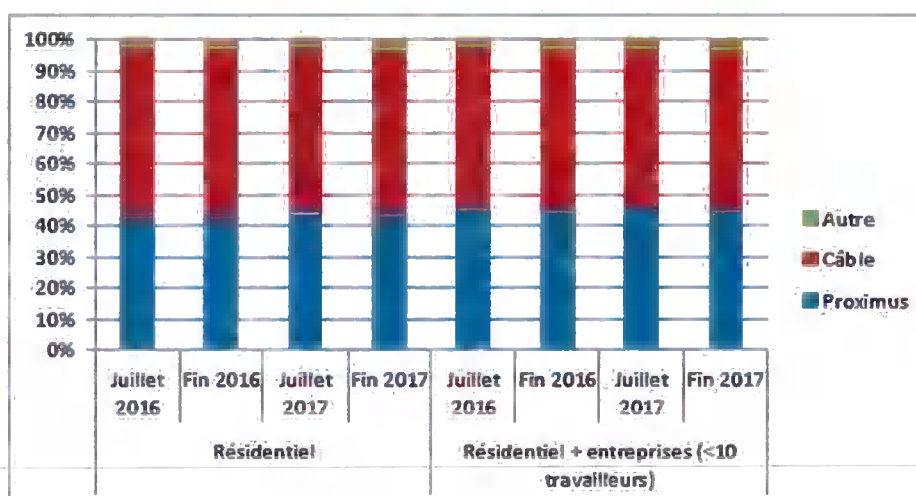


Figure 24 : Parts de marché sur le marché résidentiel (ménages) et sur le « mass market » (ménages + entreprises < 10 travailleurs) (Source : IBPT)

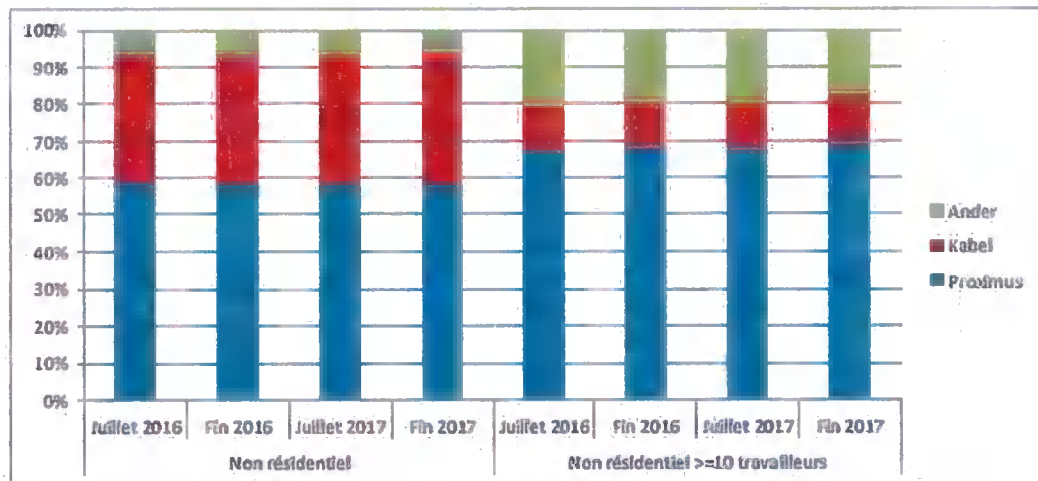


Figure 25 : Parts de marché sur le marché non résidentiel (avec et sans les entreprises >= 10 travailleurs) (Source : IBPT)

- 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 ») :

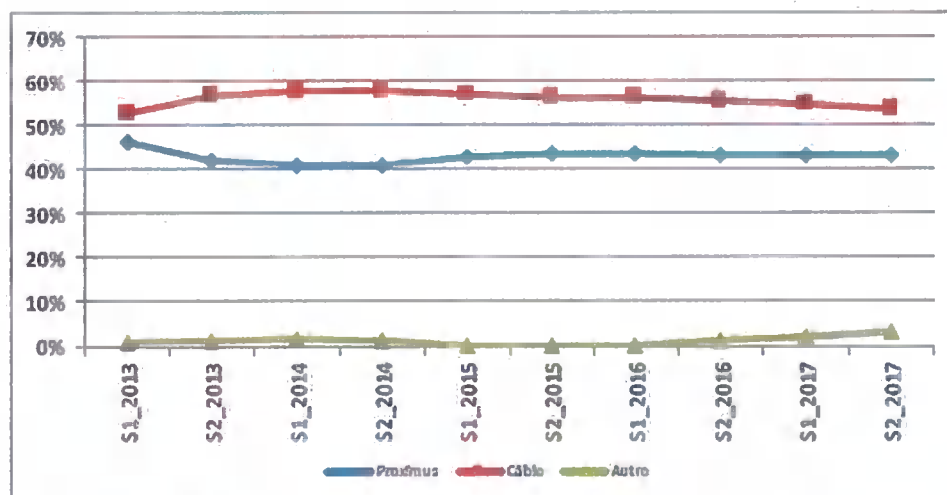


Figure 32 : Parts de marché sur le marché NGA résidentiel, par opérateur (Source : IBPT)

- 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 Brutélé) 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.

90. 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

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

92. Voici une liste non-exhaustive des instances où le Régulateur assimile de manière injustifiée la Requérante à Brutélé, alors que le Régulateur estime par ailleurs que la Requérante et Brutélé 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* » :

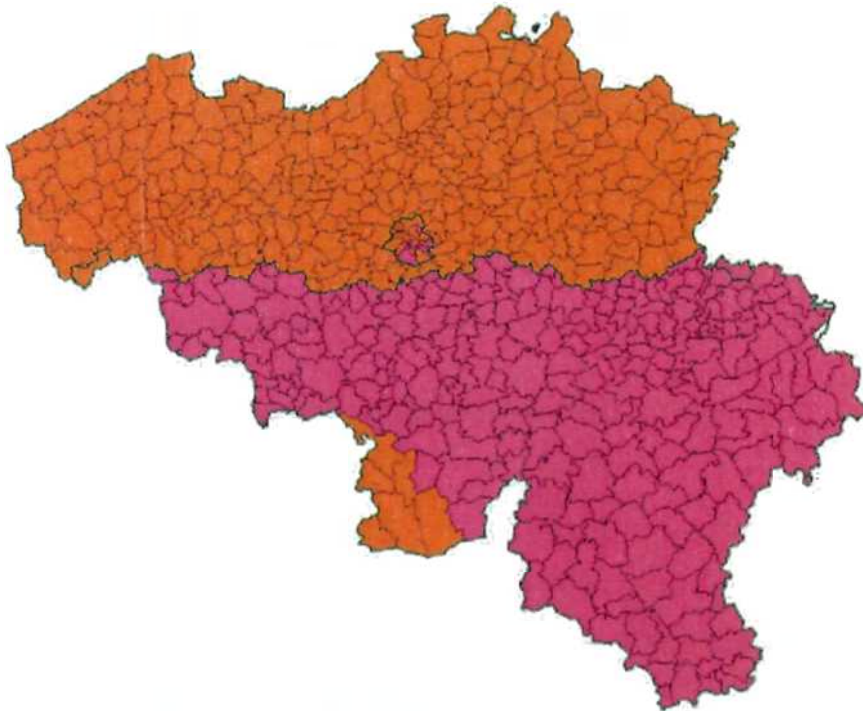


Figure 11 : Couverture des réseaux des câblo-opérateurs (Source : BIPT)

- 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) :

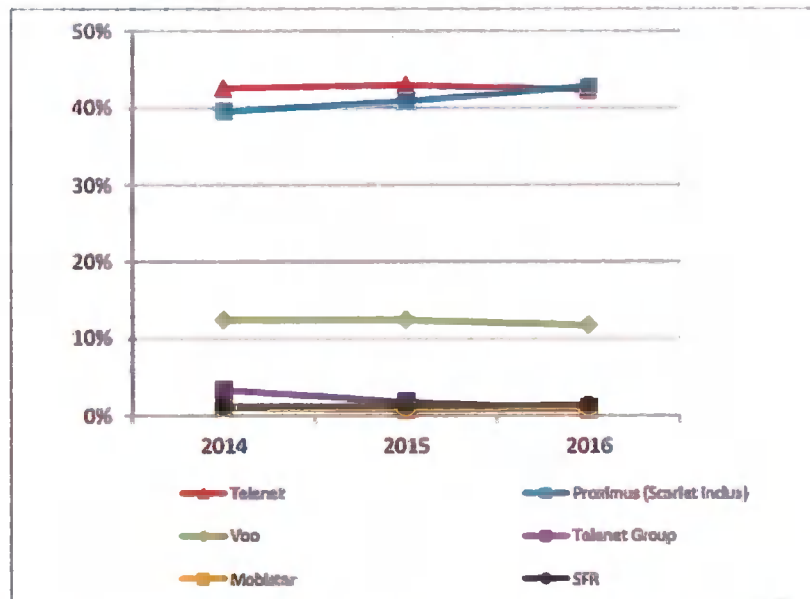


Figure 27 : Parts de marché en chiffre d'affaires de détail généré par la large bande fixe résidentielle (Source : IBPT)

- L'assimilation faite par le Régulateur de la Requérante à Brutélé 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* ».
- La Requérante et Brutélé 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 Brutélé 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 Brutélé en matière de *double play* large bande fixe et télévision (Figure 92, p. 270 de la Décision Contestée) :

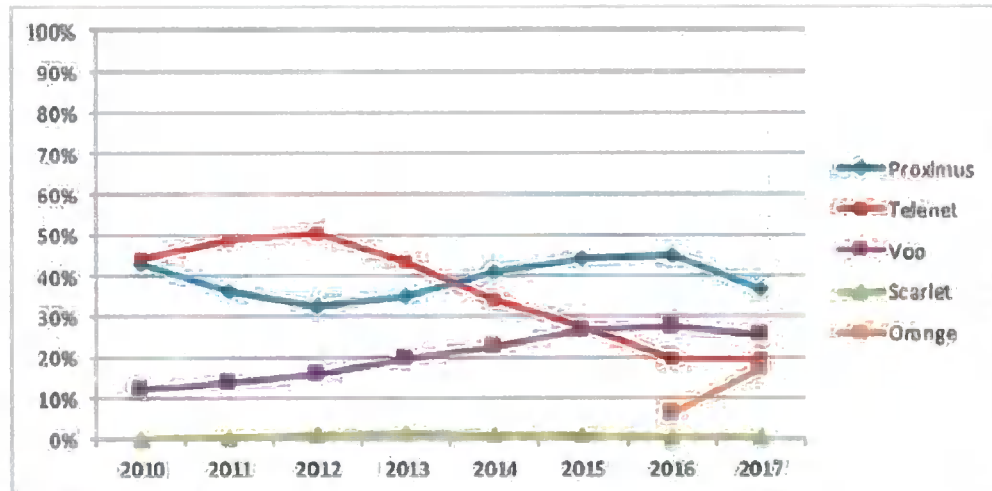


Figure 92 : Parts de marché sur le marché du double play large bande fixe et télévision, avec et sans une composante mobile (Source : IBPT)

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

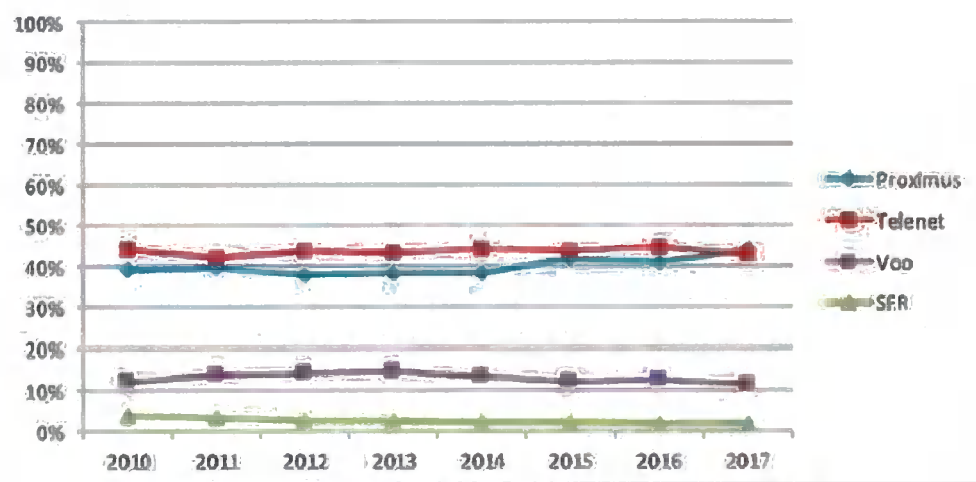


Figure 98 : Parts de marché sur le marché du triple play large bande fixe, télévision et téléphonie fixe (Source : IBPT)

- 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]l 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 Brutélé (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 Brutélé sont à nouveau traitées comme un seul opérateur dans l'analyse des offres de détail.
- 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 Brutélé 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 Brutélé sont actives sont des marchés distincts)⁶⁸.

93. 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.

94. 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 actionariat 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).

95. 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).

96. 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 comme un seul opérateur* »⁶⁹. S'il n'est pas admis que le Régulateur traite la Requérante et Brutélé conjointement dans une décision et indépendamment dans

⁶⁸ Voir, notamment, l'Annexe A à la Décision Contestée.

⁶⁹ 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.

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

97. 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 : 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 »⁷⁰, ce qui implique que les réseaux de Proximus et des câblo-opérateurs sont dans le même marché de gros⁷¹.

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

⁷⁰ Paragraphe 33 des Lignes Directrices PSM.

⁷¹ Article 8, §1 de la Directive Cadre.

- (B) Sur l'hypothèse alternative d'un marché de gros de l'accès central élargi (haut débit), incluant à la fois Proximus et les câblo-opérateurs : analyse insuffisante, erronée, contraire au principe de motivation formelle et de bonne administration et contraire
- (i) Analyse concurrentielle erronée, insuffisante et non soumise à consultation publique

99. 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* »⁷².

100. Or, le Régulateur a inséré dans la Décision Contestée l'ensemble de son analyse de « *l'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 marché de produits pertinent* »⁷³ postérieurement à la consultation publique. L'analyse de cette hypothèse alternative n'a donc pas fait l'objet d'une consultation publique.

101. Il s'agit pourtant d'une partie essentielle de la Décision Contestée. D'une part, l'hypothèse « principale », à savoir un marché de gros distinct par infrastructure, est contraire aux Lignes Directrices SMP, à la réalité du marché et à la logique même (voir, notamment, la section 2.2.3). D'autre part, le chapitre ajouté à la Décision Contestée ne concerne pas des points de détail mais bien la question cruciale de la définition du marché de gros. Or, la définition du marché détermine l'analyse concurrentielle de ce marché et donc l'imposition ou non d'obligations réglementaires à la Requérante.

102. 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.

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

103. L'analyse que fait le Régulateur de son « hypothèse alternative » de marché de gros de l'accès central élargi repose sur la situation de Telenet et de Proximus. La Requérante est à peine mentionnée dans l'analyse. Elle est en revanche bel et bien

⁷² Article 6 de la Directive Cadre.

⁷³ Paragraphe 1787, p. 566 de la Décision Contestée.

incluse dans la conclusion selon laquelle chaque câblo-opérateur est conjointement dominant avec Proximus.

104. Le Régulateur lui-même semble se rendre compte que son raisonnement se base essentiellement sur la comparaison entre Telenet et Proximus, puisqu'il écrit :

« 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. »⁷⁴

105. Le Régulateur reconnaît également une différence de rentabilité et de stratégie de lancement entre la Requêteurante et Proximus, la Requêteurante ayant, à la différence de Proximus, essuyé des pertes pendant plusieurs années⁷⁵. 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 »⁷⁶, sans expliquer ce qui motive cette conclusion. 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.

106. Par ailleurs, les déclarations publiques relatives aux prix incluses dans la Décision Contestée concernent Proximus et Telenet : comme l'indique le Régulateur⁷⁷, 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.

107. 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).

⁷⁴ Paragraphe 1867, p. 613 de la Décision Contestée.

⁷⁵ Paragraphe 1868, p. 613 de la Décision Contestée.

⁷⁶ Paragraphe 1869, p. 614 de la Décision Contestée.

⁷⁷ Paragraphe 323, p. 150 de la Décision Contestée.

108. 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 être soumise à des obligations réglementaires.

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

109. 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 le marché de détail du haut débit.

110. 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.

111. 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.

112. Les parts de marché de détail de la Requêteurante en matière de haut débit sont très limitées à l'échelle nationale (CONFIDENTIEL)⁷⁸. Ainsi que le montre la Décision Contestée, ces parts de marché sont en déclin constant depuis des années au profit

⁷⁸ 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

du *leader* du marché, Proximus⁷⁹. Ce déclin continu est caractéristique d'une absence de dominance.

113. Le statut de *challenger* de la Requérante se manifeste également dans son attitude agressive en matière de prix : les prix de cet opérateur (qui commercialise ses produits conjointement avec Brutélé sous la marque VOO) sont plus bas que 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 consommation⁸⁰.

114. 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 :

- « *Sur le plan des additions nettes, Nethys réalise, lors du second semestre de l'année 2014 et toute l'année 2015, moins d'additions que Proximus. Au cours du premier semestre de l'année 2016, la situation s'inverse. Au premier semestre de l'année 2017, les additions nettes de Proximus dépassent toutefois à nouveau celles de Nethys. C'est également le cas au deuxième semestre 2017* »⁸¹ ;
- « *Il ressort des parts de marché en matière de volume que Proximus a une position forte sur le segment résidentiel ([60-70] %) et non résidentiel ([80-90] %). Par rapport à fin 2014, Proximus a su étendre sa part de marché sur le marché résidentiel (+ [0-5] points de pourcentage)* »⁸² ;
- « *Par la réalisation d'additions nettes supérieures au cours du dernier semestre de l'année 2014 et au cours de l'année 2015, Proximus récupère des parts de marché au cours de cette période (de [60-70] % début 2014 à [60-70] % fin 2015). Cette récupération est suivie par une légère perte au cours de l'année 2016. En 2017, La part de marché de Proximus augmente* »⁸³ ;

⁷⁹ Décision Contestée, paragraphes 294 et suivants. Voir aussi les 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.

⁸⁰ Décision Contestée, figure 55 (p. 149), para. 323 (pp. 150-151), figure 103 (p. 276) et figure 104 (p. 279).

⁸¹ Décision Contestée de l'IBPT, para. 298.

⁸² Décision Contestée de l'IBPT, para. 301.

⁸³ Décision Contestée de l'IBPT, para. 299.

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 :

« 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. »⁸⁴

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

« 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. »⁸⁵

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

- 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 %) »⁸⁶. En résulte une part de marché pour Proximus de [60-70]% tant en Wallonie qu'à Bruxelles⁸⁷ ; et
- « Proximus comptabilise le plus grand nombre d'offres groupées en 2017 »⁸⁸.

115. Le déséquilibre entre la Requêteurante et Proximus est d'autant plus fort que la Requêteurante 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 Requêteurante 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 Requêteurante 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

⁸⁴ Article du 6 mai 2017 de La Libre, « Dominique Leroy, CEO de Proximus : « On nous empêche d'investir à Bruxelles » » (Pièce 10).

⁸⁵ Article du 6 mai 2017 de La Libre, « Dominique Leroy, CEO de Proximus : « On nous empêche d'investir à Bruxelles » » (Pièce 10).

⁸⁶ IBPT, Situation du marché des communications électroniques et de la télévision en 2017, p. 19 (Pièce 9).

⁸⁷ IBPT, Situation du marché des communications électroniques et de la télévision en 2017, p. 20 (Pièce 9).

⁸⁸ IBPT, Situation du marché des communications électroniques et de la télévision en 2017, p. 4 (Pièce 9).

déstabilisée et la Requérante verra sa capacité à concurrencer Proximus considérablement réduite.

116. Loin de favoriser la concurrence sur les marchés de détail du haut débit les mesures correctrices imposées à la Requérante fragilisent sa position de *challenger*. [CONFIDENTIEL].

117. 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.

118. 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.

119. 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.

120. Fragiliser les *challengers* sur les marchés de détail du haut débit va à contrecourant du cadre réglementaire. La Requérante ne jouissant pas d'une position dominante sur le marché de détail du haut débit, 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*⁸⁹. 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,

⁸⁹ Décision Contestée, section 31.2.2.

Proximus détenant plus de 80% des parts de marché⁹⁰. 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 fixe⁹¹ 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)⁹².

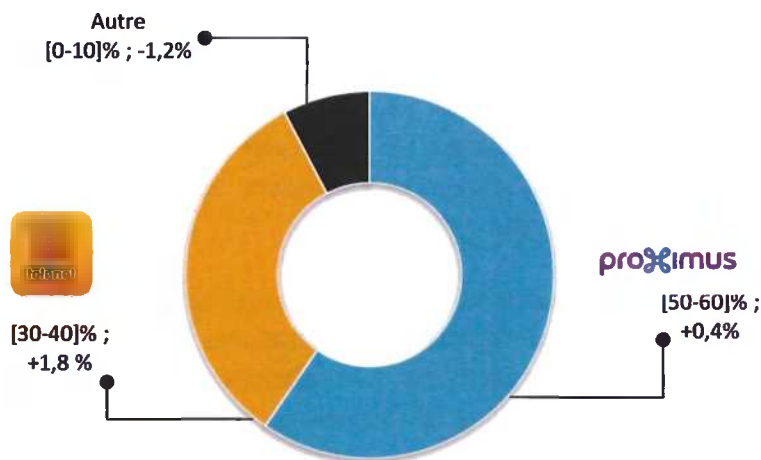


Figure 16 Parts de marché de l'accès au réseau de téléphonie fixe en termes de volume (Source : IBPT)

121. 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).

⁹⁰ Décision Contestée, figure 47, p. 140.

⁹¹ Décision Contestée, section 31.2.4.

⁹² IBPT, *Situation du marché des communications électroniques et de la télévision en 2017*, p. 13 (*Pièce 9*).

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

122. Alors que, « conformément aux principes réglementaires [...], la conclusion d'accords commerciaux équilibrés entre les opérateurs devrait être privilégiée »⁹³, 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 »⁹⁴. 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 »⁹⁵.

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

124. 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 échoueraient⁹⁶. Le Régulateur belge n'a visiblement pas eu une telle patience.

125. 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.

⁹³ Décision Contestée, paragraphe 1055.

⁹⁴ Décision Contestée, paragraphe 686.

⁹⁵ Décision Contestée, paragraphe 2561. .

⁹⁶ Commission européenne, affaire *Vodafone 02 Meteor*, décision du 22 février 2005 (concernant l'Irlande).

126. 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 gros⁹⁷, 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 Requérante⁹⁸, 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 tarifs⁹⁹.

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 Requérante) 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 Requérante 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 Requérante (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.

⁹⁷ Décision Contestée, paragraphe 843.

⁹⁸ 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.

⁹⁹ Interview de Jean-Marc Harion dans "La Libre" du 17 décembre 2013 (*Pièce 11*).

- 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 Requérante 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 Requérante a d'abord suggéré d'appliquer des tarifs de Telenet, puis a proposé d'utiliser les tarifs « hors phase de lancement » de la Requérante, 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 Requérante par rapport à cette dernière¹⁰⁰. 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 Requérante. Orange Belgium est 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 coûts¹⁰¹. 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 ».

127. 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.

¹⁰⁰ La position du Régulateur selon laquelle cette prise de position illustrerait le risque que la Requérante pratique « des prix dissuasifs » ou non-attractifs est donc parfaitement biaisée et perd pied avec la réalité (voir la Décision Contestée, paragraphes 1762 et 2566)

¹⁰¹ Décision Contestée, paragraphes 2554, 2588-2597 et 2599.

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

128. 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 but¹⁰².

129. 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* »¹⁰³ 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.

130. La Requérante n'est pas un tel opérateur puissant. Elle ne représente que [CONFIDENTIEL] % du marché de détail national du haut débit. 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 sont affectés par une réglementation *ex ante* du réseau câblé de la Requérante.

	National							
	Haut résidentiel	débit	Haut débit mass-market	2P haut débit et TV	3P haut débit et 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							
Brutélé	CONFIDENTIEL							
Câble (autres)	[40-50]%		[40-50]%	[20-30]%	[40-50]%	[30-40]%	[10-20]%	[40-50]%

¹⁰²

¹⁰³

Lignes Directrices PSM, points 117 et 118.

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).

Autres	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------

Parts de marché au niveau national (2016)¹⁰⁴

A l'inverse, Proximus et Telenet atteignent chacune entre 40% et 50% de parts de marché haut débit. 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 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.

131. En outre, à l'inverse du réseau de la Requérante qui ne couvre qu'une 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 SFR¹⁰⁵ et son souhait d'avoir des conditions harmonisées pour l'ensemble de la Belgique, notamment en ce qui concerne les tarifs.

132. 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 durable¹⁰⁶.

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ 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).

¹⁰⁶ 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

133. 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 109 à 121 ci-dessus).

134. 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'innovation¹⁰⁷. 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 sur un marché non soumis à une concurrence effective* »¹⁰⁸.

135. 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 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)

136. 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 dispositions¹⁰⁹.

137. 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.

common regulatory framework for electronic communications networks and services"), SWD(2014)298, 9 octobre 2014 (la **Note explicative 2014**), p. 5.

¹⁰⁷ Note explicative 2014, p. 8

¹⁰⁸ Point 116 des Lignes Directrices PSM.

¹⁰⁹ 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.

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

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

Tel est, par exemple, le cas de l'obligation faite à la Requêteur d'offrir à Proximus l'accès à sa propre infrastructure dans les zones où Proximus n'offre actuellement pas 30 Mbps. Le préjudice occasionné par cette nouvelle obligation est plus important pour la Requêteur que pour Telenet étant donné que la zone où Proximus n'est pas en mesure d'offrir 30 Mbps se situe principalement en Wallonie (voir les zones grises ci-dessous).

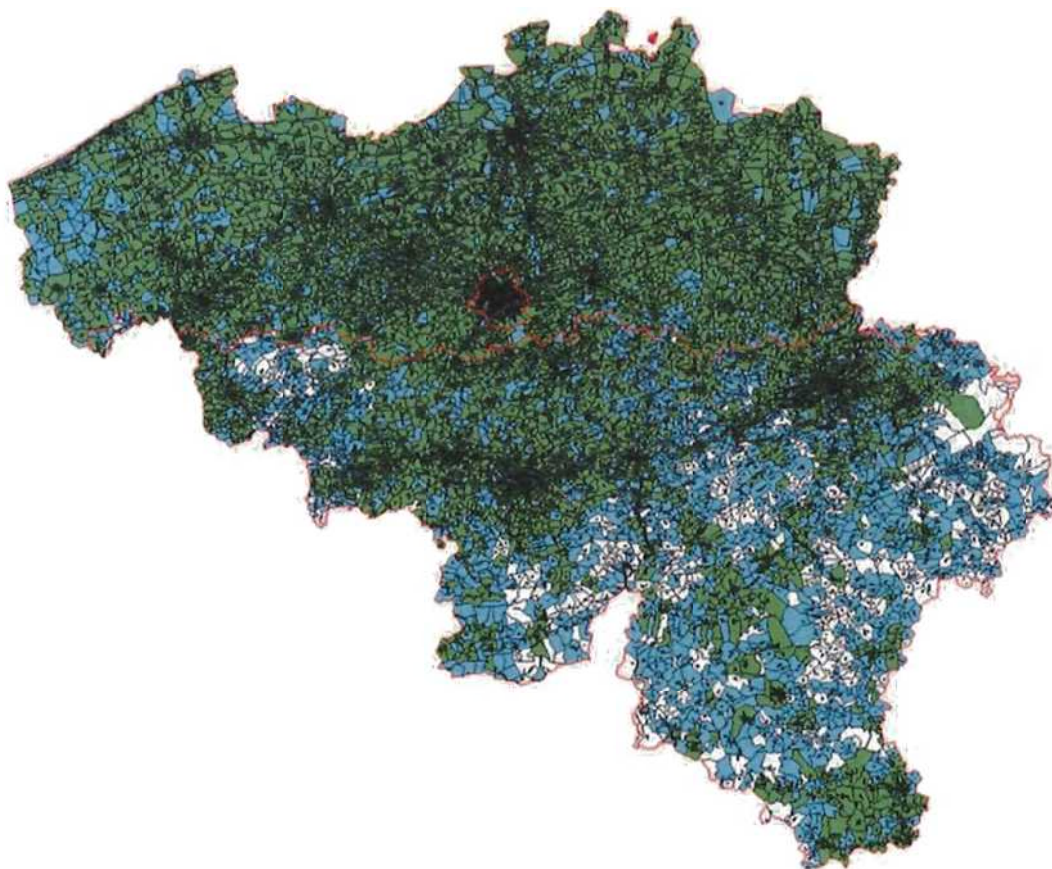


Figure 125 : Couverture de la Belgique pour un débit de 30 Mbps

140. 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 Requêteur les mêmes obligations qu'à un grand

opérateur, alors que, comme le démontre le deuxième moyen du présent recours, la Requêteur n'est pas puissante, et donc en traitant de manière identiques des opérateurs dans des situations différentes, le Régulateur opère une discrimination à l'encontre de la Requêteur 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)

141. L'obligation faite à la Requêteur 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.

142. Pour rappel, la part de marché de la Requêteur 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 130 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 Requêteur dans son analyse de ces marchés : elle relègue simplement la Requêteur 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).¹¹⁰ 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)¹¹¹.

En ce qui concerne plus particulièrement la zone de couverture de la Requêteur, le constat est sans appel également : « Alors que sur le marché résidentiel, Brutélé

¹¹⁰ Décision Contestée, paragraphe 279.

¹¹¹ Décision Contestée, paragraphe 280 (nous soulignons).

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] %) »¹¹².

143. 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).

144. [CONFIDENTIEL].

145. [CONFIDENTIEL].

En ce qui concerne le marché du haut débit résidentiel, l'accès 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 conjointe¹¹³.

146. 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

147. 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.

148. Proximus étant le *leader* sur le marché de détail du haut débit, il est déraisonnable d'imposer à la Requérante de lui offrir l'accès à son réseau dans les

¹¹² Décision Contestée, paragraphe 296.

¹¹³ Décision Contestée, paragraphes 747 et 748.

zônés 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 Requérante, il avantage injustement Proximus qui peut utiliser l'infrastructure de la Requérante 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 Requérante exerce sur Proximus.

149. 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 Requérante à refuser l'accès à Proximus est lacunaire et erronée¹¹⁴.

150. 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* »¹¹⁵.

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.

151. 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)¹¹⁶.

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 que le Régulateur n'envisage pas sérieusement :

¹¹⁴ Décision Contestée, Annexe O, paragraphes 3737 et suivants.

¹¹⁵ Décision Contestée, Annexe O, paragraphe 3736.

¹¹⁶ Décision Contestée, Annexe O, paragraphe 3741 *juncto* Décision Contestée, paragraphe 137.

- 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)¹¹⁷.

152. Troisièmement, le Régulateur fait sciemment abstraction des nombreux investissements opérés par la Requérente 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 ressources¹¹⁸. [CONFIDENTIEL]

153. 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* »¹¹⁹. Il est dès lors crucial qu'ils soient pris en compte par le Régulateur pour analyser le caractère raisonnable du refus de la Requérente d'offrir l'accès à Proximus.

154. Eu égard aux nombreuses lacunes développées ci-avant et à la distorsion de concurrence occasionnée par l'obligation faite à la Requérente 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.

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)

155. 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'accès¹²⁰. 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.

¹¹⁷ Décision Contestée, Annexe O, paragraphe 3769.

¹¹⁸ Décision Contestée, Annexe O, paragraphe 3762.

¹¹⁹ Décision Contestée, Annexe O, paragraphe 3762.

¹²⁰ Décision Contestée, paragraphe 2561.

156. En effet, si les négociations commerciales tarifaires fondées sur l'obligation d'accès ont échoué par le passé¹²¹, 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 125 à 127 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% »¹²²), 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 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 avantageuses¹²³.

157. L'obligation de contrôle de prix fausse donc manifestement le jeu concurrentiel sur les marchés de gros et de détail du haut débit, 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.

¹²¹ Décision Contestée, paragraphe 843.

¹²² Interview de Jean-Marc Harion dans "La Libre" du 17 décembre 2013 (*Pièce 11*).

¹²³ Courrier d'Orange Belgium du 15 mai 2018 (*Pièce 12*).

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)

158. 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.

159. 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.

Premièrement, [CONFIDENTIEL].

Deuxièmement, [CONFIDENTIEL].

Troisièmement, [CONFIDENTIEL].

160. [CONFIDENTIEL].

161. 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.

162. 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 sécurité juridique et de bonne administration

163. 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.

164. 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)*.

165. 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.

166. 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

167. La Décision Contestée impose à la Requérante une obligation de pratiquer des prix équitables pour l'accès central au réseau câblé¹²⁴. 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 efficace¹²⁵. 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 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 Brutélé 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.

¹²⁴ Décision Contestée, paragraphe 2550.

¹²⁵ Décision Contestée, paragraphe 2553.

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

168. 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.

169. 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.

170. 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.

171. 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 35 à 40% par rapport aux tarifs de gros établis en 2013).

172. 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

173. 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.

174. 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 Brutélé – pourtant annulés par ces arrêts – pendant une durée transitoire indéterminée.

175. 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* »¹²⁶. 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.

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

177. 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.

178. Deuxièmement, la Décision Contestée s'appuie sur un unique point de comparaison international (européen) pour déterminer si les tarifs de « phase de lancement » de Brutélé 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.

¹²⁶ Décision Contestée, paragraphes 2595 et 3150.

Or, les services de gros offerts par SFR/Numéricable (France) sont nettement inférieurs, tant en termes de qualité que de vitesse, aux services offerts par la Requêteur.

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} place¹²⁷. Ce mauvais résultat de la France est « *notamment [dû à] un faible taux de couverture [...] du haut débit rapide et ultra-rapide* »¹²⁸. 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* »¹²⁹. 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 bas¹³⁰. 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.

179. 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 Brutélé 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

¹²⁷ Indice relatif à l'économie et à la société numériques 2018 – Rapport par pays : Belgique, p. 4 (**Pièce 13**) et Indice relatif à l'économie et à la société numériques 2018 – Rapport par pays : France, p. 4 (**Pièce 14**).

¹²⁸ Indice relatif à l'économie et à la société numériques 2018 – Rapport par pays : France, p. 2 (**Pièce 14**).

¹²⁹ Indice relatif à l'économie et à la société numériques 2018 – Rapport par pays : Belgique, p. 2 (**Pièce 13**).

¹³⁰ Indice relatif à l'économie et à la société numériques 2018 – Rapport par pays : France, p. 4 (**Pièce 14**) : La France obtient le meilleur score (la note de 1) pour la catégorie « indice de prix du haut débit ».

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

181. 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 Brutélé 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 Brutélé 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

182. La Décision Contestée calque les tarifs applicables durant la phase de transition sur les tarifs de « phase de lancement » de Brutélé. De tels tarifs sont pourtant manifestement déraisonnables puisqu'ils ne laissent pas suffisamment de moyens à la Requêteurante 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 Requêteurante 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 Requêteurante.

183. 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 suffisantes¹³¹. L'opérateur alternatif Orange Belgium a dépassé la barre des 100.000 utilisateurs au quatrième

¹³¹ 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 de langue française, paragraphes 178 à 180 (*Pièce 15*).

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 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.

184. 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

185. Les articles 140 et 141 de la loi du 13 juin 2005¹³² 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* ».

186. 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.

187. 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.

¹³² Loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *M.B.*, 20 juin 2005, p. 28070.

188. 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.

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 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 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 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 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 28 août 2018,

Pour Nethys S.A.,

Un de ses conseils,



Peter L'Ecluse