

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/1452, 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/1452
en cause de : NETHYS SA/CRC

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

Déposé au greffe de la
Cour d'Appel de Bruxelles

Cour d'appel de Bruxelles
Cour des marchés

2018/AR/1452

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 (CRC) du 29 juin 2018 concernant l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle en région de langue française (**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 08/09/2018 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 de la radiodiffusion télévisuelle – violation du test des trois critères, du devoir de motivation formelle 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 de la radiodiffusion télévisuelle	11
(A)	L'appréciation du premier critère (l'existence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée) est affectée d'erreurs factuelles.....	13
(B)	Le deuxième critère, relatif à la structure de marché qui ne présage pas d'évolution vers une situation de concurrence effective, n'est pas satisfait	14
(C)	Le troisième critère du caractère insuffisant du droit de la concurrence n'est pas satisfait.....	16
(D)	Conclusion concernant le marché de gros de la radiodiffusion télévisuelle.....	18
2.2.2	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 détail de la radiodiffusion télévisuelle	18
(A)	Définition incomplète et incorrecte des marchés géographiques de détail.....	21

(B)	Définition incorrecte du marché de produits de détail.....	21
(C)	Analyse concurrentielle du marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle erronée et insuffisamment prospective	23
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 la radiodiffusion télévisuelle	24
(A)	Incohérence de la définition de marchés de gros distincts pour le câble et pour le cuivre	24
(B)	Analyse concurrentielle erronée et lacunaire	26
(C)	Analyse négligée du marché de gros de la radiodiffusion élargi	26
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	27
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	29
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	29
(A)	Les câblo-opérateurs sont examinés ensemble dans l'analyse concurrentielle.....	29
(B)	Nethys et Brutélé sont assimilées l'une à l'autre dans l'analyse concurrentielle.....	31
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	35
(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	35
(B) Sur l'hypothèse alternative d'un marché de gros élargi (radiodiffusion télévisuelle): analyse insuffisante, erronée, contraire au principe de motivation formelle et de bonne administration et contraire	36
(i) Analyse concurrentielle erronée, insuffisante et non soumise à consultation publique	36
(ii) Analyse concurrentielle centrée sur Proximus et Telenet au mépris de Nethys et de Brutélé	37
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)	37
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	37
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	41
2.4.3 Les mesures correctrices imposées à la Requérante violent le principe du raisonnable et de proportionnalité	44
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).....	47
3.	À TITRE SUBSIDIAIRE : ANNULATION PARTIELLE DE LA DÉCISION CONTESTÉE EN CE QUI CONCERNE CERTAINES MESURES CORRECTRICES.....	49
3.1	Premier 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	49
3.2	Deuxième 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).....	52
3.3	Troisième 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)	53
3.4	Quatrième 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.....	54
4.	À TITRE INFINIMENT SUBSIDIAIRE : ANNULATION PARTIELLE DE LA DÉCISION CONCERNÉE EN CE QUI CONCERNE LES TARIFS TRANSITOIRES	55
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	55

4.1.1 Violation de la force de chose jugée des arrêts de la Cour d’appel de Bruxelles du 25 octobre 2017 56

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 58

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 58

4.3 Troisième moyen à titre infiniment subsidiaire : Violation des articles 91 et 94 du décret coordonné sur les services de médias audiovisuels..... 59

*

* *

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

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

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

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

2. À TITRE PRINCIPAL : ANNULATION DE LA DÉCISION CONTESTÉE

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

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 de la radiodiffusion télévisuelle et du haut débit et impose des mesures correctrices aux opérateurs considérés comme (soi-disant) puissants.

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

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

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

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

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

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 86, p. 47 de la Décision Contestée ;
- De la quasi-totalité du paragraphe 91, p. 48 de la Décision Contestée ;
- De la quasi-totalité du paragraphe 156, p.65 de la Décision Contestée ;
- De la quasi-totalité du paragraphe 167, p. 67 de la Décision Contestée ;
- De la quasi-totalité du paragraphe 322, p. 101 de la Décision Contestée ;
- De la légende de la figure 12, p. 102 de la Décision Contestée ;
- De la citation au paragraphe 331, p. 104 de la Décision Contestée ;
- D'une partie de la note de bas de page n°264, p. 138 de la Décision Contestée ;
- D'une partie du paragraphe 549, p. 173 de la Décision Contestée, en ce compris la figure n°53 ;
- De la majeure partie du paragraphe 570, p. 180 de la Décision Contestée ;
- De la moitié du paragraphe 578, p. 183 de la Décision Contestée ;
- De la majeure partie de la page 184 (paragraphe 580 et 581) de la Décision Contestée ;
- De la quasi-totalité du paragraphe 608, qui s'étale sur une page et demie (pp. 193-194 de la Décision Contestée) ;
- De la quasi-totalité de la page 195 (paragraphe 609) de la Décision Contestée ;
- Du paragraphe 1320, p. 367 de la Décision Contestée ;
- De la note de bas de page n°564, p. 367 de la Décision Contestée ;

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

- De la citation dans le paragraphe 1326, p. 368 de la Décision Contestée ;
- De la citation dans le paragraphe 1330, p. 369 de la Décision Contestée ;
- De la note de bas de page n°570, p. 369 de la Décision Contestée ;
- De la citation dans le paragraphe 1337, pp. 370-371 de la Décision Contestée ;
- De la citation dans le paragraphe 1346, p. 372 de la Décision Contestée ;
- D'une partie du paragraphe 1464, pp. 404-405 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 de la radiodiffusion télévisuelle – violation du test des trois critères, du devoir de motivation formelle 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 de la radiodiffusion télévisuelle :

- 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 la radiodiffusion télévisuelle (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 ces marchés et les analyse de manière insuffisante et erronée (section 2.2.2) ;
- Le Régulateur n'a pas correctement défini le marché de gros de la radiodiffusion télévisuelle et ne peut par conséquent considérer la Requêteurante comme un opérateur puissant sur ce marché (section 2.2.3) ;
- La Requêteurante a fait des offres commerciales de gros raisonnables et suffisantes au seul opérateur intéressé par l'accès à son réseau, Orange Belgium, ce qui rend non nécessaire l'adoption d'une régulation (section 2.2.4).

Ces points sont abordés tour à tour ci-dessous.

2.2.1 Le test des trois critères n'est pas rempli en ce qui concerne le marché de gros de la radiodiffusion télévisuelle

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 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 la radiodiffusion télévisuelle n'est pas inclus dans la Recommandation du 9 octobre 2014. Par conséquent, le Test des trois critères doit

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 808, p. 239.

⁷ Recommandation du 9 octobre 2014, paragraphe 2.

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

être satisfait pour que ce marché puisse être régulé. Or, ce n'est pas le cas.

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

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

18. A titre liminaire, le Régulateur base son raisonnement sur sa propre décision d'analyse de marché de 2011 alors que toute nouvelle analyse de marché doit être de nature prospective. Citant cette décision ancienne de sept ans, le Régulateur écrit que « *les opérateurs qui veulent accéder au marché de la radiodiffusion doivent avoir une solide clientèle et disposer de moyens financiers importants* », et ajoute que « *[l]e fait qu'après un long trajet d'implémentation semé d'embûches et de pièges, Orange soit la seule à être parvenue à obtenir l'accès au réseau câblé de Nethys prouve a posteriori l'exactitude de cette prévision* »⁹. Outre le passage « *semé d'embûches et de pièges* » révélant une partialité du Régulateur ou au minimum un manquement à son devoir d'objectivité, il s'agit d'une présentation inexacte des faits : Orange Belgium est le seul opérateur à utiliser le réseau de la Requérante parce que c'est le seul opérateur à avoir manifesté un intérêt pour l'accès à ce réseau, et non parce que la Requérante aurait soi-disant empêché d'autres opérateurs de parvenir à obtenir cet accès.

19. En outre, le Régulateur avance que « *[l]a possibilité pour Nethys de vendre des produits de radiodiffusion à son importante clientèle lui donne un avantage structurel par rapport aux nouveaux entrants potentiels sur le marché* »¹⁰. En résulteraient, selon le Régulateur, des avantages considérables en termes de coûts constitutifs d'une barrière à l'entrée pour tout opérateur alternatif. Une telle affirmation du Régulateur implique que Nethys dispose d'une clientèle considérable, ce qui n'est pas le cas.

20. Par ailleurs, le Régulateur ne tient pas compte de la possibilité pour un opérateur entrant sur le marché d'utiliser le multicasé imposé à Proximus via le VULA alors que cela fait l'objet d'un projet de mesure, au motif que ce projet de mesure « *n'a pas encore été adopté au moment de la présente analyse de marché* »¹¹. Or, le Régulateur est tenu d'effectuer une analyse prospective du marché.

21. Enfin, le Régulateur estime que « *les différences technologiques entre le réseau de cuivre (ou de fibre) et le réseau câblé font qu'un bénéficiaire utilisant des services de gros sur l'un de ces réseaux pour proposer des services de détail ne*

⁹ Paragraphe 885, p. 254 de la Décision Contestée.

¹⁰ Paragraphe 886, p. 254 de la Décision Contestée.

¹¹ Paragraphe 881, p. 253 de la Décision Contestée.

peut pas migrer vers les services de gros sur l'autre réseau »¹². Il s'agit d'un raisonnement trompeur : Orange Belgium a en effet des clients à la fois sur le réseau de cuivre de Proximus et sur le réseau câblé de la Requérante et, comme le Régulateur le sait, aucun autre opérateur qu'Orange Belgium n'a exprimé le moindre intérêt pour l'accès au réseau de la Requérante depuis au moins huit ans (excepté une demande de Proximus qui ne s'est jamais concrétisée et qui portait sur certaines régions rurales où Proximus ne semble pas souhaiter investir dans son propre réseau fixe). Baser la Décision Contestée sur l'hypothèse selon laquelle d'autres opérateurs souhaitent accéder au réseau de la Requérante relève de l'erreur manifeste d'appréciation.

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

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

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

24. En effet, le Régulateur base cette conclusion sur l'idée que la Requérante « *possède une part de marché de 100% sur ce marché de gros pertinent* »¹³. Or, comme expliqué aux sections 2.2.3 et 2.3.2, une définition correcte de ce marché de gros engloberait au minimum le réseau de Proximus, avec pour effet que la Requérante ne peut disposer de 100% de parts de marché.

25. Ensuite, le Régulateur appuie sa conclusion sur « *l'avantage conféré par la télévision analogique* »¹⁴, affirmant que « *la télévision analogique reste un produit très prisé* »¹⁵. Or, le Régulateur ne prouve pas ce fait, et pour cause : les chiffres du Régulateur lui-même démontrent que la télévision analogique ne représente plus qu'une part marginale de la consommation de télévision, et que cette part diminue d'année en année. À l'heure actuelle, pas moins de 92% des raccordements à la télévision sont numériques¹⁶. Il est donc insensé de prétendre que la télévision analogique constitue toujours, et continuera de constituer pendant les années à

¹² Paragraphe 882, p. 253 de la Décision Contestée.

¹³ Paragraphe 891, p. 254 de la Décision Contestée.

¹⁴ Point 15.2.2.2, p. 255 de la Décision Contestée.

¹⁵ Point 894, p. 255 de la Décision Contestée.

¹⁶ IBPT, *Situation du marché des communications électroniques et de la télévision en 2017*, p. 38 (*Pièce 3*).

venir, un « *avantage compétitif* »¹⁷.

26. En outre, le Régulateur écrit que « [l]e degré de concurrence effective sur le marché de gros de la radiodiffusion dépend [...] fortement de la situation concurrentielle sur le marché de détail de la radiodiffusion »¹⁸. Or, ce marché de détail n'est ni défini, ni correctement et suffisamment analysé (voir section 2.2.2 ci-dessous).

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

28. À titre d'exemple, notons que d'après le Régulateur lui-même, « [p]armi les téléspectateurs, 25% envisageraient de ne plus regarder la télévision que par Internet en cas d'augmentation tarifaire de 10% »¹⁹. Cela suggère que, s'il était effectué, le test SSNIP²⁰ (qui évalue la substituabilité de produits et services et donc leur inclusion ou non dans un même marché) aboutirait à la conclusion que la radiodiffusion télévisuelle et les services OTT appartiennent au même marché.

29. En effet, la question posée par le test SSNIP est de « savoir si les clients des parties se tourneraient vers des produits de substitution facilement accessibles ou vers des fournisseurs implantés ailleurs, en cas d'augmentation légère (de 5 à 10 %), mais permanente, des prix relatifs des produits considérés dans les territoires concernés. Si la substitution suffit, en raison du recul des ventes qui en découlerait, à ôter tout intérêt à une augmentation de prix, des produits de substitution et des territoires supplémentaires sont intégrés dans le marché en cause »²¹. Si un quart des téléspectateurs envisageraient de se servir exclusivement de services OTT en cas d'augmentation de 10%, il est probable qu'une telle hausse de prix ne soit pas rentable pour l'opérateur qui la déciderait. Les services OTT sont donc des substituts aux services de télévision classiques.

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

¹⁷ Décision Contestée, paragraphe 655.5, p. 209.

¹⁸ Paragraphe 829, p. 243 de la Décision Contestée.

¹⁹ Paragraphe 165, p. 66 de la Décision Contestée.

²⁰ SSNIP signifie en anglais "small but significant and non transitory increase in price" (c'est-à-dire "augmentation modeste mais significative et non transitoire de prix").

²¹ Communication de la Commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (97/C 372/03), J.O.U.E. 9.12.1997, C 372/5, point 17.

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

31. Le Régulateur estime que le droit de la concurrence ne suffit pas parce qu' « [i]l peut par exemple déjà s'avérer difficile d'établir qu'il s'agit d'une « facilité essentielle » » selon le droit de la concurrence et que « même s'il était possible d'établir qu'il s'agit d'une facilité essentielle, les autorités de la concurrence ne seraient pas en mesure de fixer un prix d'accès et de garantir un accès dans les délais »²².

32. Le Régulateur n'explique ni ne démontre les raisons pour lesquelles le recours au droit de la concurrence serait difficile et/ou insuffisant. En réalité, à l'inverse de ce qu'allègue le Régulateur, le droit de la concurrence sanctionne spécifiquement les refus de fournir un accès à une infrastructure essentielle, et ce afin de permettre à un concurrent d'être actif et concurrentiel sur le marché en aval. Cette infraction propre au droit de la concurrence vise tant les refus d'accès que les « refus constructifs », c'est-à-dire les offres d'accès à des conditions ne permettant pas au concurrent en question d'être concurrentiel sur le marché en aval (ce que l'on appelle également une compression des marges, ou *margin squeeze*). En outre, le Code de droit économique prévoit une procédure accélérée permettant de « suspendre les pratiques restrictives de concurrence faisant l'objet de l'instruction, s'il est urgent d'éviter une situation susceptible de provoquer un préjudice grave, imminent et difficilement réparable aux entreprises dont les intérêts sont affectés par ces pratiques ou de nuire à l'intérêt économique général »²³. Le Régulateur n'explique pas quels cas d'atteinte à la concurrence pourraient échapper au dispositif mis en place par le droit de la concurrence. En d'autres termes, le Régulateur ne démontre pas la nécessité de son intervention.

33. Le Régulateur écrit également que « [p]lusieurs opérateurs alternatifs ont demandé à Nethys un accès à son infrastructure avant l'analyse de marché précédente de 2011 » et que « Nethys n'y avait pas donné suite »²⁴.

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

²² Paragraphe 910, p. 258 de la Décision Contestée.

²³ Article IV.64, §1 du CDE.

²⁴ Paragraphe 911, p. 258 de la Décision Contestée.

négociations commerciales).

En outre, fin 2010, la Requérante a proposé à l'opérateur mobile Base (acheté depuis lors par Telenet) de lui faire une offre commerciale pour l'accès à son réseau fixe. Base a toutefois décliné cette proposition, préférant demander un accès au réseau de Proximus (pour offrir ce qui deviendra l'offre de services fixes « Snow », lancée en 2013 par Base).

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

35. Enfin, il est faux d'écrire comme le fait le Régulateur que « *le droit de la concurrence ne prévoit [pour la Requérante] aucune obligation de réagir à ce type de demande* »²⁵ d'accès à son réseau, alors que le droit de la concurrence prévoit spécifiquement qu'il est interdit à un opérateur dominant de refuser l'accès à une infrastructure essentielle (ou de l'accorder à des conditions qui ne permettent pas à l'entreprise demandeuse d'accès d'être concurrentielle sur le marché en aval).

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

- soit le Régulateur suppose que le droit de la concurrence n'appréhende pas cette situation parce que la Requérante n'est pas dominante²⁶ : dans ce cas, le cadre réglementaire n'autorise pas davantage le Régulateur à imposer des obligations réglementaires à la Requérante et la Décision Contestée doit donc être annulée ;
- soit le Régulateur suppose que le droit de la concurrence ne règle pas cette situation parce que la demande ne porte pas sur une infrastructure essentielle, auquel cas le Régulateur ne peut pas non plus réguler cette infrastructure puisqu'elle n'est pas nécessaire au maintien et/ou au

²⁵ Paragraphe 911, p. 258 de la Décision Contestée.

²⁶ Notons que la notion de puissance sur le marché est équivalente à la notion de dominance retenue par le droit de la concurrence et développée par la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de l'Union européenne (considérant n°25 de la Directive Cadre).

développement de la concurrence (et que le Régulateur ne peut imposer d'obligations que dans la mesure où ces dernières sont nécessaires).

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

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

38. Enfin, le Régulateur estime que, à l'inverse du droit de la concurrence, l'imposition d'une régulation *ex ante* « permet notamment de créer un cadre prévisible susceptible d'encourager les investissements »²⁷ et que le Régulateur « dispose en outre d'outils mieux adaptés tels que le contrôle tarifaire *ex ante* »²⁸. Outre le fait que les changements fréquents de calcul des tarifs (toujours révisés à la baisse) n'encouragent aucunement les investissements et ont donc exactement l'effet inverse sur la Requérante, cette affirmation non étayée ne permet pas d'établir que le droit de la concurrence est insuffisant pour résoudre les problèmes éventuels sur ce marché. Au contraire, la régulation des prix, est justement inutile puisque le droit de la concurrence suffit à régler les éventuels problèmes pouvant se poser sur le marché.

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

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

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

2.2.2 Il n'y a pas lieu de réguler le marché de gros parce qu'aucun problème concurrentiel n'a été démontré en ce qui concerne le marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle

²⁷ Paragraphe 915, p. 259 de la Décision Contestée.

²⁸ Paragraphe 916, p. 259 de la Décision Contestée.

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*)²⁹ :

*« 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. »*³⁰

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 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 »³¹. 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 »³².

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 »³³. 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.

²⁹ 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*).

³⁰ Recommandation du 9 octobre 2014, considérant n°2.

³¹ Recommandation du 9 octobre 2014, considérant n°8.

³² Recommandation du 9 octobre 2014, considérant n°10.

³³ Annexe K à la Décision Contestée, paragraphe 1538, p. 417.

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* »³⁴ ; 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* »³⁵. 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* »³⁶. Il n'est admis que la Commission laisse ouverte la définition d'un marché de produit que « *dans la mesure où aucune des définitions du marché ne permettait de constater l'existence d'une entrave significative à une concurrence effective à la suite de la concentration* »³⁷.

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

- Choisisant de ne pas définir géographiquement le marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle (section (A) ci-dessous) ;
- Choisisant d'exclure certaines contraintes concurrentielles qui s'exercent sur le marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle (section (B) ci-dessous) ;
- Choisisant d'analyser de manière partielle et incorrecte ce marché de détail (section (C) 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 du marché de gros correspondant.

³⁴ 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.

³⁵ 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.

³⁶ 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.

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 60.

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

48. Le Régulateur décide dans la Décision Contestée de laisser ouverte la définition géographique des marchés de détail du haut débit fixe (résidentiel et non résidentiel) et du marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle. Le Régulateur justifie son choix en expliquant que « *la situation concurrentielle ne diffère pas fondamentalement selon qu'elle est analysée au niveau national ou au niveau de la zone de couverture des câblo-opérateurs* »³⁸.

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 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. [CONFIDENTIEL]³⁹.

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 de la radiodiffusion télévisuelle 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).

³⁸ Paragraphe 378, p. 115 de la Décision Contestée.

³⁹ 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.

54. Premièrement, le Régulateur inclut la télévision analogique dans le marché de produits alors qu'il reconnaît par ailleurs que « *les consommateurs ayant la télévision numérique ne sont pas prêts à passer à la télévision analogique uniquement* »⁴⁰. Le fait que certaines offres de télévision numérique incluent également la télévision analogique est sans pertinence puisque, de l'aveu même du Régulateur, « *la grande majorité des téléspectateurs qui reçoivent à la fois la télévision analogique et la télévision numérique par le câble regardent principalement la télévision numérique* »⁴¹. La raison pour laquelle l'offre numérique de la Requérante inclut également la télévision analogique, c'est parce qu'il ne lui est pas possible, sur le plan technique, de dissocier ces deux services. L'offre de télévision analogique ne devrait par ailleurs pas être prise en compte dans le cadre d'une analyse prospective, c'est-à-dire une analyse tournée vers les développements futurs du marché. L'inclusion de l'offre analogique est un anachronisme qui a pour effet de surestimer le poids réel de la Requérante sur le marché.

55. Deuxièmement, le Régulateur exclut les offres *over the top (OTT)* du marché de détail de la télévision numérique alors que le Régulateur indique lui-même qu'« *un répondant sur trois regarde la télévision via Internet* »⁴². Ces chiffres proviennent d'une étude qui a deux ans, ce qui laisse supposer que ce pourcentage a encore augmenté depuis. Dans le contexte d'une analyse prospective, le Régulateur se doit d'anticiper la croissance de cette contrainte concurrentielle et, par conséquent, de l'intégrer à son analyse du marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle.

56. Troisièmement, s'il est exact que le Régulateur consacre un chapitre de sa Décision Contestée au phénomène des offres groupées (également appelées *bundles* ou *multiple plays*)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 radiodiffusion télévisuelle sont achetés dans le contexte d'une offre groupée (73%⁴⁵). Cette erreur fondamentale de conception de la Décision Contestée affecte nécessairement l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle.

⁴⁰ Paragraphe 211, p. 79 de la Décision Contestée.

⁴¹ Paragraphe 206, p. 78 de la Décision Contestée.

⁴² Paragraphe 543, p. 211 de la Décision Contestée.

⁴³ Chapitre 6 de la Décision Contestée.

⁴⁴ Paragraphe 1329, p. 369 de la Décision Contestée.

⁴⁵ Paragraphe 465, p. 136 de la Décision Contestée.

(C) Analyse concurrentielle du marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle erronée et insuffisamment prospective

57. 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.

58. En effet, 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* »⁴⁶.

59. Ce n'est manifestement pas le cas. À titre d'exemple, le Régulateur considère toujours, en 2018, que la télévision analogique constitue un « *avantage compétitif* »⁴⁷ alors que 92% des raccordements à la télévision sont numériques⁴⁸, un pourcentage en hausse constante depuis des années, et que les consommateurs qui passent au numérique ne retournent pas vers la télévision analogique. Le Régulateur reconnaît d'ailleurs cette disparition progressive de la télévision analogique « *à court ou moyen terme* », ce qui rend son inclusion dans une analyse prospective d'autant plus incompréhensible⁴⁹. Le Régulateur affirme en outre que le soi-disant « *avantage compétitif* » de la télévision analogique réside dans la « *disponibilité d'une base de clientèle à migrer vers la télévision numérique et dans la plus grande facilité à vendre des services aux utilisateurs qui ont plusieurs téléviseurs* », sans démontrer que les utilisateurs de la télévision analogique qui décident de passer au numérique vont forcément rester chez le même opérateur plutôt que de comparer les offres disponibles⁵⁰.

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

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

62. 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.

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 la radiodiffusion télévisuelle

63. Selon les termes de la Directive Cadre, « [i]l est essentiel que les obligations réglementaires ex ante ne soient imposées qu'en l'absence de concurrence effective c'est-à-dire sur les marchés où opèrent une ou plusieurs entreprises disposant d'une puissance significative sur le marché et lorsque les recours fondés sur le droit national ou le droit communautaire de la concurrence ne suffisent pas à résoudre le problème »⁵¹.

64. 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

65. 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.

66. 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

⁵¹ Directive Cadre, considérant n°27.

place dans la situation d'un nouvel opérateur sur le marché, il est incontestable que celui-ci a tout à fait un choix égal entre une infrastructure ou l'autre, sans qu'il soit question de coûts de migration. En outre, le seul opérateur intéressé par les services de gros de la Requérante, Orange Belgium, utilise déjà les deux types d'infrastructure et peut au cas par cas décider de connecter son client sur l'infrastructure de Proximus ou celle d'un câblo-opérateur. Ceci indique que les produits de gros sont substituables et appartiennent donc au même marché de gros.

67. 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. »⁵²

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 technologique⁵³.

68. En définissant des marchés de gros distincts pour le câble et pour le cuivre, et en définissant des marchés géographiques séparés correspondant à la zone de chaque câblo-opérateur, la Requérante ne peut forcément être que le seul fournisseur d'accès sur son marché distinct et avoir dès lors 100% de parts de marché. Cela fausse l'analyse et donne l'impression que même un opérateur de taille modeste tel que la Requérante est puissant. Par conséquent, la Requérante 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 vigueur⁵⁴.

69. 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

⁵² Paragraphe 33 des Lignes Directrices PSM.

⁵³ Article 8, §1 de la Directive Cadre.

⁵⁴ 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**).

concurrence et d'encouragement du développement des infrastructures inscrits dans le cadre réglementaire. Cela crée en outre une discrimination flagrante, puisque des opérateurs se trouvant dans des situations manifestement différentes subissent le même traitement.

(B) Analyse concurrentielle erronée et lacunaire

70. 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.

71. 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 gros de la radiodiffusion élargi

72. Le Régulateur, probablement confronté aux déficiences de sa définition du marché de gros de la radiodiffusion télévisuelle, a inclus dans la Décision Contestée une « hypothèse alternative » :

« En tout état de cause, dans la mesure où un marché de gros de la radiodiffusion élargi était défini et analysé, le CSA considère que ce marché posséderait un grand nombre de caractéristiques communes avec l'éventuel marché de gros de l'accès central élargi, dont la situation est examinée dans l'analyse de marché de gros large bande de l'IBPT »⁵⁵.

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

74. Premièrement, le Régulateur renvoie, pour l'analyse de cette hypothèse, à une autre décision, ce qui révèle un défaut flagrant de motivation adéquate et une entorse au principe de bonne administration. Cette décision à laquelle il fait référence n'est même pas identifiée clairement (pas de date d'adoption, pas d'intitulé complet, l'IBPT est indiquée comme en étant l'auteur alors qu'il devrait probablement s'agir de la CRC, etc.) et ne figure pas parmi les annexes de la Décision Contestée.

75. Ensuite, les rares éléments que contient cette motivation sommaire ne sont ni étayés, ni développés. Par exemple, le Régulateur n'explique pas et ne justifie pas la suffisance de droit l'hypothèse de définition de marché qu'il retient : le marché

⁵⁵ Paragraphe 674, p. 213 de la Décision Contestée.

géographique est-il national, régional, ou suit-il les limites du réseau de chaque câblo-opérateur ? Ce point, pourtant crucial pour toute analyse concurrentielle, n'est même pas abordé. Par conséquent, il n'est même pas possible de savoir avec certitude quels sont les opérateurs visés par l'hypothèse de dominance conjointe.

76. Il est également frappant de constater que le Régulateur entretient la confusion en ne faisant aucune distinction entre les câblo-opérateurs, comme s'il s'agissait d'un seul opérateur. Cela fausse manifestement son raisonnement, notamment lorsqu'il écrit qu'« *il existe des indices suffisamment probants pour conclure à l'existence vraisemblable d'une dominance conjointe de Proximus et des câblo-opérateurs* »⁵⁶

77. En outre, le Régulateur ignore complètement la concurrence que la Requérante porte aux autres opérateurs. Cette concurrence se manifeste pourtant dans la politique de prix agressifs de la Requérante sur le marché de détail : l'évolution des prix de la Requérante est restée sous l'indice des prix à la consommation, à la différence de ceux de Proximus et de Telenet. L'existence de cette concurrence dément toute possibilité d'une dominance conjointe et contredit donc directement les conclusions du Régulateur.

78. Enfin, le Régulateur postule une dominance conjointe entre la Requérante et Proximus (et peut-être d'autres opérateurs) alors qu'il s'agit d'opérateurs dans des situations très différentes. À la différence de Proximus, la Requérante 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 Requérante perd des parts de marché alors que Proximus en gagne.

79. Il n'existe donc entre la Requérante et ses concurrents aucune symétrie ni stabilité ni stratégie commerciale comparable ni position commune pouvant donner lieu à une situation de concurrence conjointe avec qui que ce soit. C'est particulièrement vrai sur un marché en pleine évolution sur le plan technologique et marqué par le succès d'Orange Belgium.

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

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

⁵⁶ Paragraphe 687, p. 215 de la Décision Contestée.

atteindre l'objectif poursuivi⁵⁷.

81. L'objectif affiché par le Régulateur lorsqu'il a adopté la Décision Contestée est d' « *aviver encore davantage la concurrence* » sur le marché de la radiodiffusion télévisuelle⁵⁸. En adoptant la Décision Contestée, le Régulateur affirme avoir « *ouvert la voie vers plus de concurrence sur les marchés de l'Internet haut débit et de la radiodiffusion* »⁵⁹.

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 commerciale⁶⁰. La Requêteurante a manifesté sa volonté de négocier avec Orange Belgium par courrier daté du même jour⁶¹.

84. Le 28 février 2018, Orange Belgium a pris la décision unilatérale de mettre fin aux négociations avec la Requêteurante⁶². 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 2016⁶³. La Requêteurante était bien

⁵⁷ 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* ».

⁵⁸ 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**).

⁵⁹ 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**).

⁶⁰ Courrier d'Orange Belgium du 29 décembre 2017 (**Pièce 4**).

⁶¹ Courrier de la Requêteurante du 29 décembre 2017 (**Pièce 5**).

⁶² Courrier d'Orange Belgium du 28 février 2018 (**Pièce 7**).

⁶³ 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.

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 Requérante a fait une offre commerciale de gros raisonnable et suffisante à Orange Belgium. L'existence de cette offre aurait dû être prise en compte par le Régulateur mais cela n'a pas été le cas : le Régulateur a ignoré l'existence de cette offre et a, par conséquent, régulé le réseau de la 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 111, p. 55 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 99, p. 51 de la Décision Contestée : « Les opérateurs, tels que par exemple Proximus et les câblo-opérateurs », comme si « câblo-opérateurs » était un opérateur au même titre que Proximus ;
- Paragraphe 231, p. 83 : le Régulateur compare les prix de Proximus « à ceux de la télévision numérique par le câble des câblo-opérateurs », comme si ces derniers avaient la même politique de prix (alors que c'est loin d'être le cas) ;
- Même commentaire concernant les tarifs mentionnés au paragraphe 232, p. 83 de la Décision Contestée ;
- Tableau 5, p. 84 de la Décision Contestée : le Régulateur présente la couverture du réseau des câblo-opérateurs comme une « [c]ouverture nationale commune par tous les câblo-opérateurs confondus », alors que confondre les câblo-opérateurs n'a pas de sens puisqu'il s'agit d'opérateurs qui, selon le Régulateur, agissent sur des marchés distincts ;
- Paragraphe 362, p. 111 de la Décision Contestée : « les câblo-opérateurs et Proximus possèdent systématiquement une part de marché supérieure à 99 % sur le marché en question » ;
- Paragraphe 396, p. 119 de la Décision Contestée : « outre Proximus et les câblo-opérateurs, d'autres acteurs ont une part de marché très limitée au niveau national », assimilant les câblo-opérateurs en un groupe présenté comme homogène alors que certains de ces câblo-opérateurs, parmi lesquels la Requérante, ont des parts de marché plus comparables à celles d'Orange Belgium qu'à celles de Telenet ;
- Paragraphe 451, p. 133 de la Décision Contestée : le Régulateur mentionne des barrières pouvant « renforcer la position dominante des câblo-opérateurs et de Proximus », comme s'il s'agissait de deux opérateurs de puissance équivalente et non de quatre opérateurs aux profils très différents ;
- Paragraphe 465, p. 136 de la Décision Contestée : il y est de nouveau question de parts de marché de Proximus et des « câblo-opérateurs », alors que les parts de marché doivent être analysées par opérateur ;
- Paragraphe 488, p. 147 de la Décision Contestée : « [l]es câblo-opérateurs ont la plus grande part de marché dans les différentes zones de couverture » ;
- Paragraphe 589.2, p. 187 de la Décision Contestée : « [e]n l'absence de régulation, les clients des offres de gros commerciales disposeraient d'un faible contre-pouvoir d'acheteur vis-à-vis de Proximus et des câblo-opérateurs », comme s'il s'agissait de deux entités de puissance égale face à leurs clients et non de quatre opérateurs très différents ;

- Paragraphe 647, p. 205 de la Décision Contestée : « [!] *l'accès au multicast ou à la plateforme IPTV de Proximus permet, de même que l'accès à la plateforme de télévision numérique des câblo-opérateurs, de distribuer des signaux de télévision aux utilisateurs finals* », comme si les réseaux des câblo-opérateurs ne formaient qu'un grand réseau national équivalent à celui de Proximus ;
- Toute l'analyse incluse aux paragraphes 674 à 689 (p. 213 à 216 de la Décision Contestée) repose sur l'amalgame fait entre tous les câblo-opérateurs et la mise en parallèle de ce groupe (présenté à tort comme homogène) avec Proximus aux fins de suggérer une dominance conjointe.

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 451, p. 133 de la Décision Contestée), alors qu'il est évident que la Requérante ne peut se comparer à Proximus ou Telenet.

(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 2, p. 53 de la Décision Contestée : 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* » :

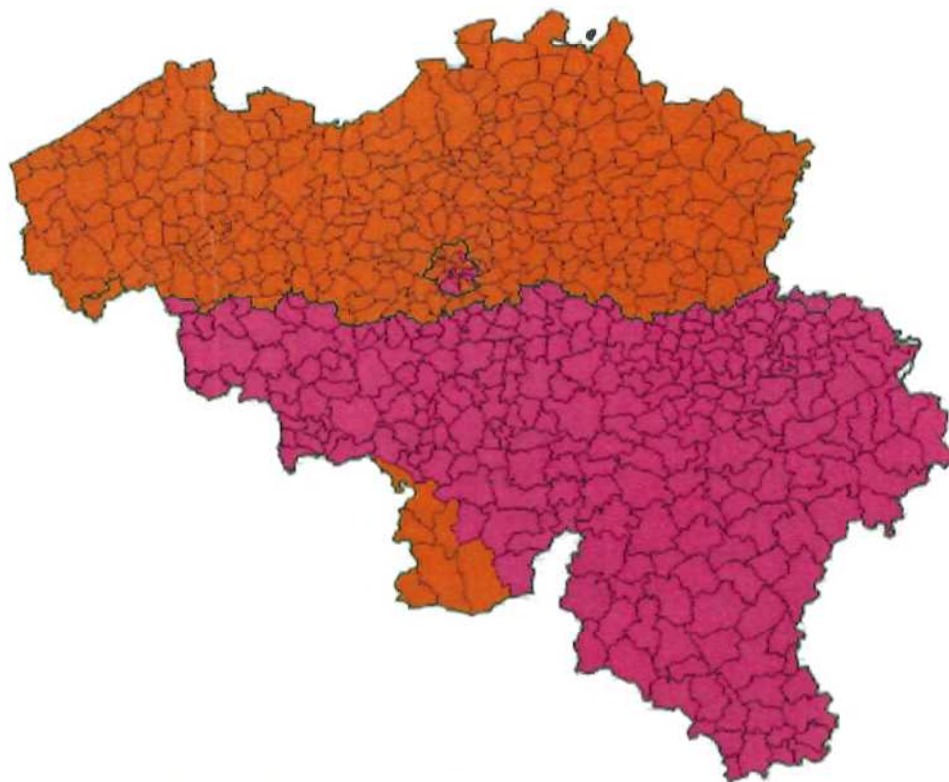


Figure 2 : Couverture des réseaux des câblo-opérateurs

- Les Tableaux 2 et 3 citent VOO comme un opérateur, donnant l'impression qu'il n'existe que deux câblo-opérateurs en Belgique (p. 57 et p. 58 de la Décision Contestée).
- Le Tableau 12, concernant les produits *multiple play*, traite à nouveau la Requêteur et Brutélé comme un seul opérateur « VOO » (p. 139 de la Décision Contestée), ce qui donne l'impression erronée qu'un opérateur tel que la Requêteur est de taille comparable à des opérateurs nationaux tels que Proximus ou Telenet.
- Le Régulateur gonfle les parts de marché de la Requêteur en leur additionnant celles de Brutélé en matière de *double play* large bande fixe et télévision (Figure 33, p. 146 de la Décision Contestée) :

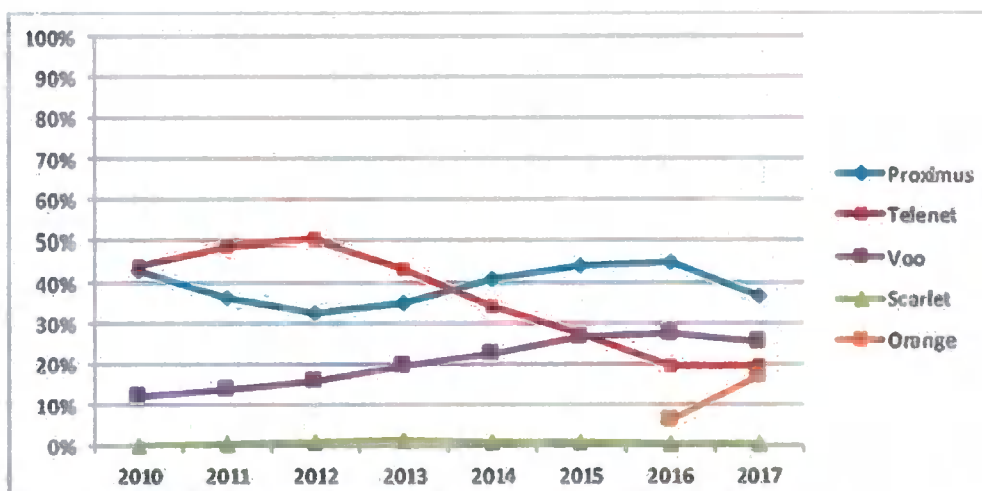


Figure 33 : Parts de marché sur le marché du double play large bande fixe et télévision (avec et sans une composante mobile) (Source : IBPT)

- Idem en ce qui concerne le *triple play* large bande fixe, télévision et téléphonie fixe (Figure 39, pp. 148-149 de la Décision Contestée) :

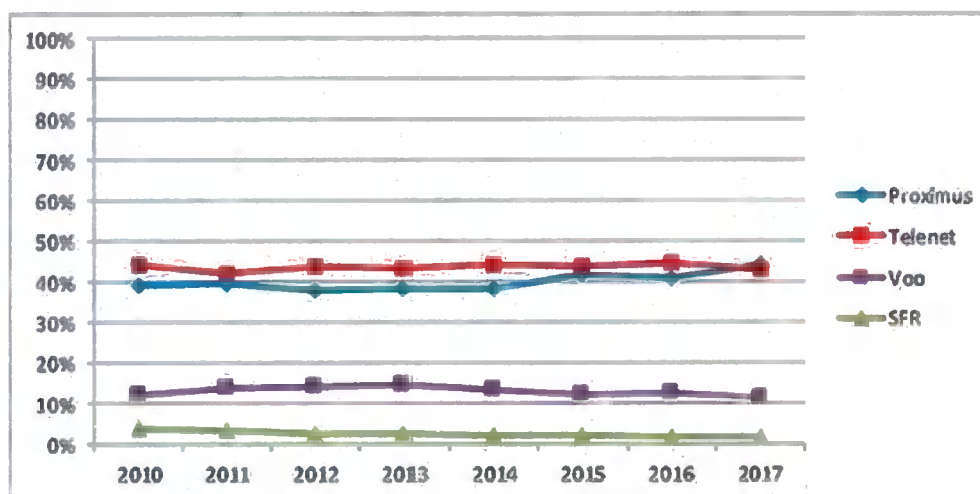


Figure 39 : Parts de marché sur le marché du triple play large bande fixe, télévision et téléphonie fixe (Source : IBPT)

- 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 487, p. 146 de la Décision Contestée) ; « [i]/ convient de noter que Telenet, VOO et SFR fournissent le triple play dans différentes zones de couverture » (paragraphe 492, p. 149 de la Décision Contestée) ;
- Le Régulateur se base sur des opinions d'analystes financiers qui ne font

aucune différence entre la Requérante et Brutélé (alors que le Régulateur estime qu'il s'agit d'opérateurs distincts) : paragraphe 608, pp. 193-194 de la Décision Contestée.

- Tableau non numéroté, pp. 426-427 de la Décision Contestée : la Requérante et Brutélé sont à nouveau traitées comme un seul opérateur dans l'analyse des offres de détail.
- Paragraphe 655.1, pp. 80208-209 de la Décision Contestée : la Requérante est assimilée à Brutélé lorsqu'il s'agit d'appliquer le test SSNIP permettant de définir le marché de gros.
- L'analyse des prix est systématiquement effectuée en se basant sur les produits VOO : il n'y a donc aucune distinction dans l'analyse selon qu'on parle d'un marché où la Requérante se situe et un marché où 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)⁶⁴.

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 minimale 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*

⁶⁴ Voir, notamment, l'Annexe A à la Décision Contestée.

sur les décisions qui en avaient décidé autrement – ces entités sont considérées comme un seul opérateur »⁶⁵. S'il n'est pas admis que le Régulateur traite la Requérante et Brutélé conjointement dans une décision et indépendamment dans une autre, c'est *a fortiori* inadmissible lorsque ces deux hypothèses contradictoires sont réunies dans la même décision, comme c'est le cas dans la Décision Contestée.

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

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

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 : 73% des services de télévision 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 »⁶⁶, ce qui implique que les réseaux de Proximus et des câblo-opérateurs sont dans le même marché de gros⁶⁷.

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

⁶⁵ 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.

⁶⁶ Paragraphe 33 des Lignes Directrices PSM.

⁶⁷ Article 8, §1 de la Directive Cadre.

- (B) Sur l'hypothèse alternative d'un marché de gros élargi (radiodiffusion télévisuelle): 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* »⁶⁸.

100. Or, le Régulateur a inséré dans la Décision Contestée l'ensemble de son analyse de « l'hypothèse alternative » d'un « *marché de gros de la radiodiffusion élargi* »⁶⁹. L'analyse de cette hypothèse alternative n'a donc pas fait l'objet d'une consultation publique, en violation articles 91 et 94 du décret coordonné sur les services de médias audiovisuels⁷⁰.

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.

⁶⁸ Article 6 de la Directive Cadre.

⁶⁹ Paragraphe 666, p. 211 de la Décision Contestée.

⁷⁰ Décret coordonné de la communauté française sur les services de médias audiovisuels, *M.B.* 24 juillet 2009, p. 50609.

- (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 la radiodiffusion élargi repose sur la situation de Telenet (à laquelle est assimilée la Requêteurante) et de Proximus. La Requêteurante est à peine mentionnée dans l'analyse. Elle est en revanche bel et bien incluse dans la conclusion selon laquelle les câblo-opérateurs sont conjointement dominants 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 renvoie à une autre décision pour davantage d'explications, alors que cette autre décision est supposée réguler un marché différent.

105. Par ailleurs, le Régulateur ignore complètement les différences entre la Requêteurante et des opérateurs nationaux tels que Proximus ou Telenet et leur positionnement concurrentiel différent.

106. 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).

107. 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

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

109. 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.

110. 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.

111. Les parts de marché de détail de la Requêteurante en matière de radiodiffusion télévisuelle sont tout bonnement négligeables à l'échelle nationale [CONFIDENTIEL]⁷¹. Ainsi que le montre la Décision Contestée, ces parts de marché sont en déclin constant depuis des années au profit du *leader* du marché, Proximus⁷². Ce déclin continu est caractéristique d'une absence de dominance.

112. Le statut de *challenger* de la Requêteurante se manifeste également dans son attitude agressive en matière de prix : les prix de cet opérateur (qui commercialise ses produits conjointement avec 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 Requêteurante se situe en-dessous du cours de l'indice des prix à la consommation⁷³.

113. En chargeant la Requêteurante 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 : même lorsqu'on se limite à la zone de couverture de la Requêteurante (ce qui est une définition de marché particulièrement étroite), il est question d'une « diminution de sa part de marché sur l'ensemble du marché de la télévision de [70-80] % fin 2010 à [40-50] % fin 2017 » et de la « croissance continue de la part de marché de Proximus »⁷⁴.

⁷¹ 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.

⁷² Décision Contestée, paragraphes 294 et suivants et paragraphe 652. Voir aussi les données transmises le 10 août 2017 par l'IBPT à la demande de la Requêteurante dans le cadre de la consultation publique du projet ayant mené à l'adoption de la Décision Contestée.

⁷³ Décision Contestée, figure 55 (p. 149), para. 323 (pp. 150-151), figure 103 (p. 276) et figure 104 (p. 279)..

⁷⁴ Paragraphe 405, p. 123 de la Décision Contestée.

114. 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. »⁷⁵

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

« D'après nos chiffres, Voo a perdu des clients au profit d'Orange et de Proximus au premier trimestre, précise la CEO. Je pense que c'est lié à la dynamique du marché plutôt qu'aux problèmes politiques de Nethys. Le fait qu'Orange soit sur le câble facilite aussi les transferts depuis Voo et Telenet. Il n'y a pas besoin d'intervention d'un technicien et le client peut garder le même modem. »⁷⁶

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

- Sur le marché de la radiodiffusion télévisuelle, *« Proximus et Orange enregistrent une croissance au détriment des câblo-opérateurs qui perdent ensemble 3,1 points de pourcentage »⁷⁷* ;
- *« D'un point de vue national, Proximus continue d'attirer des clients sur sa plateforme TV : l'année 2017 se clôture avec un peu plus de 69 000 ajouts nets et une part de marché de [30-40]% pour la télévision. [...] Le câblo-opérateur VOO perd [...] légèrement du terrain : -1,3% »⁷⁸* ;
- *« À Bruxelles, le leader du marché [de la radiodiffusion télévisuelle] Proximus détient 33 points de pourcentage de parts de marché de plus que Telenet, qui bénéficie d'une nette augmentation suite au rachat de SFR (+14 %). En Wallonie, VOO [...] perd globalement 4,8 % de parts de marché au profit de ses concurrents »⁷⁹* ; et

⁷⁵ Article du 6 mai 2017 de La Libre, *« Dominique Leroy, CEO de Proximus : « On nous empêche d'investir à Bruxelles » » (Pièce 8).*

⁷⁶ Article du 6 mai 2017 de La Libre, *« Dominique Leroy, CEO de Proximus : « On nous empêche d'investir à Bruxelles » » (Pièce 8).*

⁷⁷ IBPT, *Situation du marché des communications électroniques et de la télévision en 2017*, p. 3 (Pièce 3).

⁷⁸ IBPT, *Situation du marché des communications électroniques et de la télévision en 2017*, p. 39 (Pièce 3).

⁷⁹ IBPT, *Situation du marché des communications électroniques et de la télévision en 2017*, p. 39 (Pièce 3).

- « *Proximus comptabilise le plus grand nombre d'offres groupées en 2017* »⁸⁰.

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

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

118. 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.

119. 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.

120. 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.

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

122. 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*

⁸⁰ IBPT, *Situation du marché des communications électroniques et de la télévision en 2017*, p. 4 (*Pièce 3*).

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 (article 91 du décret coordonné sur les services de médias audiovisuels).

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

123. Alors que conformément au principe réglementaire selon lequel des obligations de réglementation *ex ante* ne peuvent être imposées que lorsqu'il n'y a pas de concurrence efficace et durable, la conclusion d'accords commerciaux équilibrés entre les opérateurs devrait être privilégiée, 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* »⁸¹. 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* »⁸².

124. 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.

125. 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 échoueraient⁸³. Le Régulateur belge n'a visiblement pas eu une telle patience.

126. 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

⁸¹ Décision Contestée, paragraphe 439, p. 131.

⁸² Décision Contestée, paragraphe 1174, p. 310.

⁸³ Commission européenne, affaire *Vodafone 02 Meteor*, décision du 22 février 2005 (concernant l'Irlande).

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.

127. 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 gros⁸⁴, 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 Requérante⁸⁵, 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 tarifs⁸⁶.

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

⁸⁴ Décision Contestée, paragraphe 588.

⁸⁵ 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.

⁸⁶ Interview de Jean-Marc Harion dans "La Libre" du 17 décembre 2013 (*Pièce 9*).

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.

- 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 dernière⁸⁷. 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 Brutélé, inférieurs aux tarifs de Telenet, persistent jusqu'à l'adoption de nouveaux tarifs fondés sur les coûts⁸⁸. 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 ».

128. 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

⁸⁷ 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, paragraphe 1181, p. 311).

⁸⁸ Décision Contestée, paragraphes 1168, 1202 et 1214.

mesures correctrices imposées à la Requérante inhibent la concurrence sur le marché de gros et, partant, violent l'article 8, §2 et §5, de la Directive Cadre relatif à la nécessité de préserver la concurrence et à la viabilité économique.

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

129. 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 but⁸⁹.

130. 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 »⁹⁰ 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.

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

National							
	Haut débit résidentiel	Haut débit mass-market	2P haut débit 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						

⁸⁹ Lignes Directrices PSM, points 117 et 118.

⁹⁰ 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).

Bruté	CONFIDENTIEL						
Câble (autres) ⁹¹	[40-50]%	[40-50]%	[20-30]%	[40-50]%	[30-40]%	[10-20]%	[40-50]%
Autres	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%

*Parts de marché au niveau national (2016)*⁹²

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

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

132. 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 SFR⁹³ et son souhait d'avoir des conditions harmonisées pour l'ensemble de la Belgique, notamment en ce qui concerne les tarifs.

133. 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

⁹¹ Vu que l'acquisition de SFR par Telenet a été approuvée par l'Autorité belge de la Concurrence le 12 juin 2017, la catégorie « Câble (autres) » ne se réfère plus qu'à Telenet (Décision BMA-2017-C/C-23 du 12 juin 2017 relative à l'acquisition de SFR par Telenet).

⁹² 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.

⁹³ 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).

durable⁹⁴.

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

En effet, vu « *l'importance croissante des offres groupées avec une composante de radiodiffusion et la nécessité qui en découle de pouvoir proposer des produits groupés au client final pour être effectivement concurrentiel sur le marché de la radiodiffusion en question* »⁹⁵, il n'est nullement indispensable pour les opérateurs alternatifs d'être en mesure d'offrir la télévision en *standalone*. Aujourd'hui, 73% des consommateurs ont accès à la télévision dans le cadre d'une offre conjointe⁹⁶ et ceux-ci « *ne sont pas disposés à "dégrouper" l'offre groupée* »⁹⁷.

Vu cette tendance du marché, les opérateurs ne proposant pas la télévision en *standalone* ne sont nullement affectés. Orange Belgium a d'ailleurs choisi de ne pas offrir la télévision en *standalone* sur le marché de détail quand bien même elle dispose d'une telle possibilité. Le développement fulgurant de Proximus sur le marché de la radiodiffusion télévisuelle est parlant lui aussi : Proximus détient près de 40% des parts de marché au niveau national sans offrir la télévision en *standalone*.

135. Ce même constat vaut également en ce qui concerne le soi-disant avantage concurrentiel que constituerait la télévision analogique pour les consommateurs finals possédant plusieurs postes⁹⁸. Premièrement, Proximus permet l'utilisation de deux postes de télévision⁹⁹ de sorte qu'un tel avantage présenterait uniquement un intérêt pour les consommateurs disposant de plus de deux postes, soit un nombre restreint de consommateurs finals. Deuxièmement, la télévision analogique est vouée à disparaître, ce qu'admet le Régulateur en des termes clairs : « *il convient également de tenir compte de la diminution, voire même de l'extinction à terme, de la*

⁹⁴ Note explicative accompagnant la recommandation de la Commission concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (Nom original en anglais: "*Explanatory note accompanying the Commission Recommendation on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services*"), SWD(2014)298, 9 octobre 2014 (la **Note explicative 2014**), p. 5.

⁹⁵ Décision Contestée, paragraphe 941.

⁹⁶ Décision Contestée, paragraphes 459 et 667.

⁹⁷ Décision Contestée, Annexe C, paragraphe 1331.

⁹⁸ Décision Contestée, paragraphes 770 et 825.

⁹⁹ Décision Contestée, note de bas de page 260.

télévision analogique »¹⁰⁰.

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

137. 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 108 à 122 ci-dessus).

138. 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'innovation¹⁰¹. 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* »¹⁰².

139. 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 de la part de marché détenue par la Requérante sur le marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle (CONFIDENTIEL) et est donc parfaitement disproportionné.

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

140. 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

¹⁰⁰ Décision Contestée, paragraphe 951.

¹⁰¹ Note explicative 2014, p. 8

¹⁰² Point 116 des Lignes Directrices PSM.

situations différentes constituent une discrimination interdite par ces dispositions¹⁰³.

141. 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.

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

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

Tel est, par exemple, le cas de l'obligation faite à la Requérante 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 Requérante 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).

¹⁰³

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.

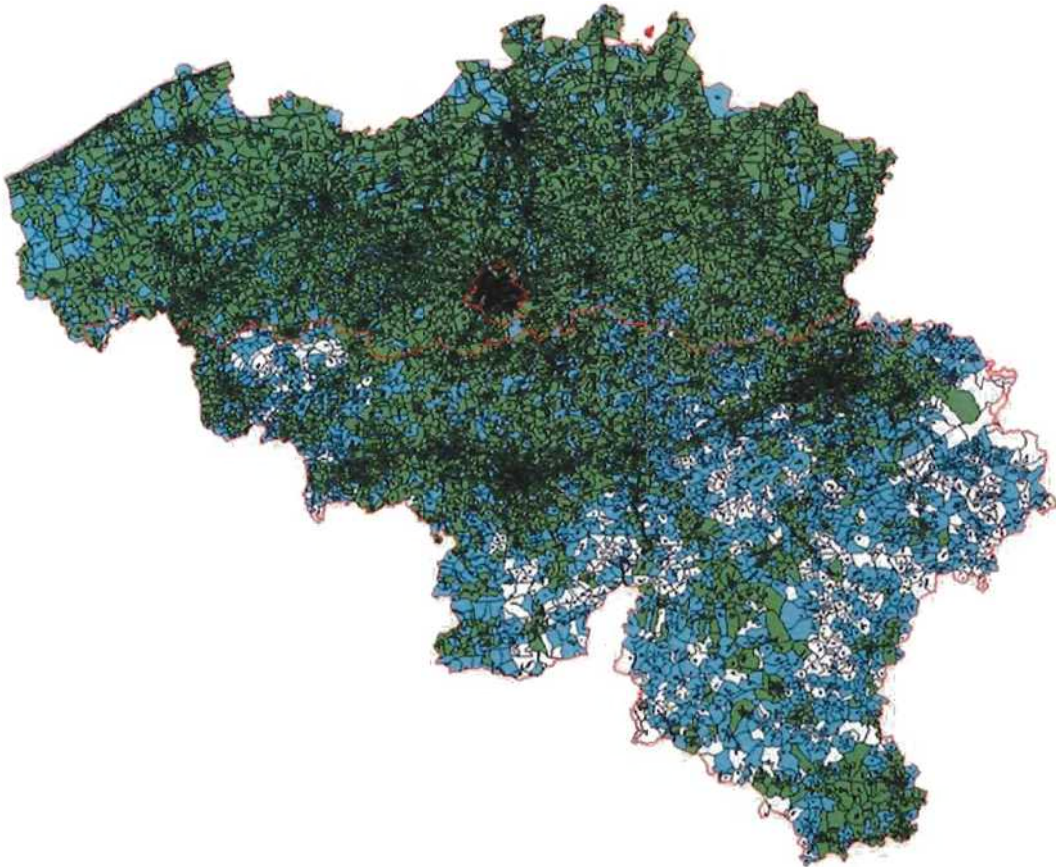


Figure 125 : Couverture de la Belgique pour un débit de 30 Mbps

144. 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'accès de Proximus au réseau de la Requêteur 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

145. 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.

146. Proximus étant le *leader* sur le marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle, il est déraisonnable d'imposer à la Requérante de lui offrir l'accès à son réseau dans les zones où Proximus n'offre pas 30 Mbps. Une telle obligation est manifestement disproportionnée et discriminatoire : alors que l'octroi d'un tel accès fait peser une charge considérable (économique et technique) sur la 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.

147. 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 erronée¹⁰⁴.

148. 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* »¹⁰⁵.

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.

149. Deuxièmement, en ce qui concerne le premier critère énoncé à l'article 95, paragraphe 2, du décret coordonné sur les services de médias audiovisuels, 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.

¹⁰⁴ Décision Contestée, Annexe M, paragraphes 1687 et suivants.

¹⁰⁵ Décision Contestée, Annexe M, paragraphe 1686.

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)¹⁰⁶.

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 :

- 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)¹⁰⁷.

150. Troisièmement, le Régulateur allègue qu'une telle mesure ne serait nullement dissuasive pour les investissements et la concurrence fondée sur les infrastructures – soit, le quatrième critère de l'article 95, paragraphe 2, du décret coordonné sur les services de médias audiovisuels – vu que « *le fait que Brutélé/Nethys soit régulée (et qu'Orange utilise désormais cette offre) ne l'a pas empêchée de continuer à investir dans son réseau* »¹⁰⁸. [CONFIDENTIEL].

151. Quatrièmement, le Régulateur omet d'analyser de manière suffisante le second critère stipulé à l'article 95, paragraphe 2, du décret coordonné sur les services de médias audiovisuels, soit le degré de faisabilité de la fourniture d'accès proposée, et ignore ainsi les objections formulées par la Requêteurante lors de la consultation publique¹⁰⁹. [CONFIDENTIEL].

152. Cinquièmement, le Régulateur fait sciemment abstraction des nombreux investissements opérés par la Requêteurante après la libéralisation du marché de la radiodiffusion télévisuelle pour conclure à l'inapplicabilité du troisième critère de l'article 95, paragraphe 2, du décret coordonné sur les services de médias audiovisuels, relatif aux investissements initiaux réalisés par le propriétaire des ressources¹¹⁰. [CONFIDENTIEL].

Ces importants investissements ne sont pas des « *investissements historiques réalisés à l'époque des intercommunales [de sorte qu'ils] ont donc été en majeure partie réalisés dans une situation de quasi-monopole* »¹¹¹. Il est dès lors crucial qu'ils

¹⁰⁶ Décision Contestée, Annexe M, paragraphe 1691.

¹⁰⁷ Décision Contestée, Annexe M, paragraphe 1719.

¹⁰⁸ Décision Contestée, Annexe M, paragraphe 1705.

¹⁰⁹ Décision Contestée, Annexe M, paragraphes 1710 et 1711.

¹¹⁰ Décision Contestée, Annexe M, paragraphe 1712.

¹¹¹ Décision Contestée, Annexe M, paragraphe 1712.

soient pris en compte par le Régulateur pour analyser le caractère raisonnable du refus de la Requérante d'offrir l'accès à Proximus.

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

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

3.2 Deuxième 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'accès¹¹². 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.

156. En effet, si les négociations commerciales tarifaires fondées sur l'obligation d'accès ont échoué par le passé¹¹³, 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 126 à 128 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

¹¹² Décision Contestée, paragraphe 2561 et 3120.

¹¹³ Décision Contestée, paragraphe 843.

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% »¹¹⁴), 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 Requêteurante 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 Requêteurante 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 avantageuses¹¹⁵.

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 de la radiodiffusion télévisuelle, et partant viole l'article 8, §2 et §5, de la Directive Cadre relatif à la nécessité de préserver la concurrence et à la viabilité économique et le principe d'égalité de traitement et de non-discrimination.

3.3 Troisième 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 Requêteurante de mettre en place un système de comptabilisation des coûts est tout à fait disproportionnée eu égard à la taille de la Requêteurante ainsi qu'à la complexité de l'exercice requis.

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

Premièrement, [CONFIDENTIEL].

Deuxièmement, [CONFIDENTIEL].

¹¹⁴ Interview de Jean-Marc Harion dans "La Libre" du 17 décembre 2013 (*Pièce 9*).
¹¹⁵ Courrier d'Orange Belgium du 15 mai 2018 (*Pièce 10*).

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.

3.4 Quatrième 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 les services d'accès de gros à la radiodiffusion¹¹⁶. 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 efficace¹¹⁷. 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.

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.

¹¹⁶ Décision Contestée, paragraphe 1164.

¹¹⁷ Décision Contestée, paragraphe 1167.

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 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* »¹¹⁸. 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

¹¹⁸ Décision Contestée, paragraphe 1211.

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.

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 Requérante.

En effet, selon les données récoltées par la Commission européenne, la France se classe 23^{ème} sur 28 en termes de connectivité tandis que la Belgique se situe à la 5^{ème} place¹¹⁹. Ce mauvais résultat de la France est « *notamment [dû à] un faible taux de couverture [...] du haut débit rapide et ultra-rapide* »¹²⁰. 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* »¹²¹. 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 bas¹²². 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

¹¹⁹ Indice relatif à l'économie et à la société numériques 2018 – Rapport par pays : Belgique, p. 4 (**Pièce 11**) et Indice relatif à l'économie et à la société numériques 2018 – Rapport par pays : France, p. 4 (**Pièce 12**).

¹²⁰ Indice relatif à l'économie et à la société numériques 2018 – Rapport par pays : France, p. 2 (**Pièce 12**).

¹²¹ Indice relatif à l'économie et à la société numériques 2018 – Rapport par pays : Belgique, p. 2 (**Pièce 11**).

¹²² Indice relatif à l'économie et à la société numériques 2018 – Rapport par pays : France, p. 4 (**Pièce 12**) : La France obtient le meilleur score (la note de 1) pour la catégorie « indice de prix du haut débit ».

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

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 Requérante pour investir dans l'ensemble de son réseau, et en particulier dans les zones moins denses. Un tel résultat est contraire à l'objectif de

promotion des investissements dans les réseaux et porte préjudice aux intérêts des consommateurs finaux, en particulier en Wallonie où les besoins d'extension de la couverture du haut débit sont importants. En outre, la Requérante a informé à plusieurs reprises le Régulateur et Orange Belgium du fait que les tarifs de phase de lancement étaient beaucoup trop bas et ne correspondaient pas aux coûts de l'infrastructure de la Requérante.

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 suffisantes¹²³. L'opérateur alternatif Orange Belgium a dépassé la barre des 100.000 utilisateurs au quatrième trimestre de l'année 2017 (soit, en une année et demie seulement). Au mois de juin 2018, sa clientèle était composée de 136.000 clients convergents. Les motifs et 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 91 et 94 du décret coordonné sur les services de médias audiovisuels

185. Les articles 91 et 94 du décret coordonné sur les services de médias audiovisuels¹²⁴ imposent au Régulateur d'organiser une consultation publique pour autant qu'un projet de décision 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

¹²³ 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 13*).

¹²⁴ Décret coordonné de la communauté française sur les services de médias audiovisuels, *M.B.* 24 juillet 2009, p. 50609.

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.

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 91 et 94 du décret coordonné sur les services de médias audiovisuels¹²⁵.

¹²⁵

Décret coordonné de la communauté française sur les services de médias audiovisuels, *M.B.* 24 juillet 2009, p. 50609.

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

- De déclarer la demande recevable et fondée, et par conséquent,
- D'annuler la décision de la Conférence des régulateurs du secteur des communications électroniques (CRC) du 29 juin 2018 concernant l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle en région de langue française; ou
- À titre subsidiaire,
 - d'annuler l'annexe M de la décision de la Conférence des régulateurs du secteur des communications électroniques (CRC) du 29 juin 2018 concernant l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle en région de langue française qui qualifie de raisonnable la demande d'accès de Proximus au réseau de la Requérante; et/ou
 - d'annuler les paragraphes 1164 à 1219 de la décision de la Conférence des régulateurs du secteur des communications électroniques (CRC) du 29 juin 2018 concernant l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle en région de langue française qui portent sur l'obligation de contrôle des prix; et/ou
 - d'annuler les paragraphes 1235 à 1244 de la décision de la Conférence des régulateurs du secteur des communications électroniques (CRC) du 29 juin 2018 concernant l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle en région de langue française qui portent sur l'obligation de mettre en place un système de comptabilisation des coûts; et/ou
 - d'annuler les paragraphes 999 et 1007 à 1013 de la décision de la Conférence des régulateurs du secteur des communications électroniques (CRC) du 29 juin 2018 concernant l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle en région de langue française qui portent sur les aspects opérationnels; ou
- À titre infiniment subsidiaire, d'annuler les paragraphes 1168 et 1202 à 1214 de la décision de la Conférence des régulateurs du secteur des communications électroniques (CRC) du 29 juin 2018 concernant l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle en région de langue française 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,

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'Peter L'Ecluse', written over the text 'Un de ses conseils'.

Peter L'Ecluse

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

COUR D'APPEL DE BRUXELLES

**NETHYS S.A. / CONFÉRENCE DES RÉGULATEURS DU SECTEUR DES
COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES**

RÉGION DE LANGUE FRANÇAISE

1. Décision de la Conférence des régulateurs du secteur des communications électroniques (CRC) du 29 juin 2018 concernant l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle en région de langue française ;
2. Communiqué de presse de la CRC du 29 juin 2018, « *Les régulateurs télécom et média adoptent une décision pour plus de concurrence et plus de choix dans le marché du haut débit et de la télévision* » ;
3. IBPT, « *Situation du marché des communications électroniques et de la télévision en 2017* » ;
4. Courrier d'Orange Belgium à Nethys du 29 décembre 2017 ;
5. Courrier de Nethys à Orange Belgium du 29 décembre 2017 ;
6. Courrier d'Orange Belgium à Nethys du 28 février 2018 ;
7. Article du quotidien *La Libre* du 6 mai 2017, « *Dominique Leroy, CEO de Proximus : « On nous empêche d'investir à Bruxelles »* » ;
8. Article du quotidien *La Libre* du 17 décembre 2013, « *Le patron de Mobistar ne veut pas « raconter de salades aux clients » sur la 4G* » ;
9. Courrier d'Orange Belgium à Nethys du 15 mai 2018 ;
10. Document de la Commission européenne, « *Indice relatif à l'économie et à la société numériques 2018 – Rapport par pays : Belgique* » ;
11. Document de la Commission européenne, « *Indice relatif à l'économie et à la société numériques 2018 – Rapport par pays : France* » ;
12. Extrait de la décision de la CRC du 19 février 2016 concernant la révision des tarifs de gros pour les services d'accès aux réseaux câblés sur le territoire de la région de langue française.