

SIMONT
BRAUN

*avocats
advocaten
lawyers*

IBPT
Monsieur Luc Hindryckx
Président du Conseil
Monsieur Axel Desmedt
Membre du Conseil
Boulevard du Roi Albert II, 35
1030 Bruxelles

Par porteur
Par fax : 02 226 88 41
Par e-mail : smp@ibpt.be

Version non confidentielle

Bruxelles, le 18 février 2011

Concerne	Consultation publique concernant le projet de décision du Conseil de l'IBPT du 20 décembre 2010 concernant l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle
Notre référence	00110070
Ligne directe	+32 2 533 17 22
Fax direct	+32 2 543 70 90
E-mail	emmanuel.cornu@simontbraun.eu

Monsieur le Président,
Monsieur,

J'ai l'honneur de vous écrire en ma qualité de conseil de la sprl Coditel, dont le siège social est situé rue des Deux Eglises, 26 à 1000 Bruxelles. La sprl Coditel exerce son activité sous la dénomination commerciale « Numericable ». Elle sera désignée ci-après sous le nom « Numericable ».

Numericable m'a demandé de vous faire part de ses observations suite à la consultation publique que vous avez ouverte concernant le projet de décision de votre Conseil du 20 décembre 2010 relatif à l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle.

Paul Alain Foriers
Caroline De Baets
Avocats à la Cour de cassation

Lucien Simont
John Bigwood
Jean-François Terlinden
Fernand de Visscher[°]
Laurent de Brouwer
Béatrice Thieffry
Thomas Braun
Baudouin Paquet
Sandrine Hirsch
Alain Vandemeulebroeke
Sylvie Lacombe
Manuela von Kuegelgen
Emmanuel Cornu
Eric De Gryse
Vanessa Marquette
David Ryckaert[°]
Benjamin Docquir
Avocats associés

Antoine Braun
Anne-Marie Stranart
Michèle Borgers

Anne De Vriendt
Françoise Bollen
Anne-Françoise Brasselle
Charlotte de Leval
Donatienne Moreau
Sabrina Scarnà
Anne Decroës
Antoine Dayez
Caroline Tubeuf[°]
Jean-Philippe Smeets
Grégory Sorreaux[°]
Axel Maeterlinck[°]
Rafaël Jafferali
Dorien Rombouts
Pierre Nilles
Karen Ronsijn
Olivia Klimis
Renaud van Melsen
Cécile De Boe
Renaud Thonet
Martin Bassen
Julie Leroy
Amelie Meulder
Philippe De Prez
Françoise Auvray
Philippe Campolini
Tineke Van Hovey
Koen Van Cauter
Aurore Touwaide
Julie Dewez
Céline Mertens
Sophie Delwaide
Katrien Baetens
Avocats

Résumé de la contribution de Numericable

Dans la présente contribution, Numericable tient tout d'abord à souligner qu'il constitue un opérateur de taille modeste, tant au regard de la zone géographique où il opère qu'au regard de son nombre d'abonnés.

Même s'il fallait se cantonner à la Région bilingue de Bruxelles-Capitale, Numericable possède une part de marché manifestement inférieure au seuil de 25 %, quelle que soit la définition de ce marché.

Numericable formule également plusieurs objections, en fait comme en droit, au projet de décision de l'IBPT concernant l'analyse du marché 18.

S'agissant de la définition du marché, le projet de décision témoigne d'une analyse statique du marché, alors que la réglementation européenne impose de procéder à une analyse prospective. Le projet s'écarte également de la pratique décisionnelle de la Commission européenne et de la jurisprudence récente du Conseil belge de la concurrence relatives à la définition du marché de la radiodiffusion télévisuelle. Se fondant sur une analyse approfondie du marché, le Conseil de la concurrence a en effet confirmé dans sa décision du 27 novembre 2010 que non seulement le câble, le mode DSL, mais aussi le satellite, font partie d'un même marché de détail pertinent. L'évolution du marché se caractérise ainsi par la convergence croissante entre les différentes plateformes et par l'apparition de nouveaux opérateurs. Le marché se caractérise aussi par une importante évolution technologique. S'agissant de la pression concurrentielle exercée par les opérateurs satellitaires, celle-ci est sous-estimée par l'IBPT, spécialement en Région bilingue de Bruxelles-Capitale, où une forte population allochtone vit.

En ce qui concerne la délimitation géographique du marché, l'approche de l'IBPT apparaît également inexacte. Le marché se caractérise en effet par une majorité d'opérateurs possédant une couverture nationale (Belgacom TV, Mobistar, M 7 Group et ses offres « TeleSat » et « TV Vlaanderen ») ou à tout le moins régionale (« VOO » en Région wallonne et en Région bilingue de Bruxelles-Capitale ; Telenet en Région flamande et Région bilingue de Bruxelles-Capitale ; Alpha Networks et son offre « Billi » à Bruxelles). Il est également constant que les prix de détail pratiqués par les différents opérateurs présentent une homogénéité. Ces constats auraient dû amener l'IBPT à reconnaître, à l'instar des autres régulateurs nationaux, notamment aux Pays-Bas, que le marché possède une dimension nationale, à tout le moins que celui-ci s'étend à chacune des deux grandes communautés linguistiques existant en Belgique. En tout état de cause, une dimension à tout le moins régionale du marché paraît difficilement contestable, d'autant que la réglementation applicable connaît en l'espèce une application régionale. A nouveau, le projet de décision de l'IBPT s'écarte sur ce point de la pratique décisionnelle de la Commission, de celle du Conseil de la concurrence et de celle des autres autorités de régulation nationales.

Quelle que soit la définition du marché retenue, l'IBPT devrait également aboutir au constat que Numericable ne dispose d'aucune position dominante individuelle sur le marché pertinent. La taille de l'entreprise, son nombre limité de clients, sa part de marché déclinante ou encore les difficultés concrètes auxquelles elle doit faire face dans les négociations avec les radiodiffuseurs ne constituent que quelques exemples démontrant l'absence de position dominante de Numericable. En s'abstenant de prendre en compte la position modeste dans laquelle se trouve Numericable par rapport à de nombreux autres opérateurs, le projet de décision de l'IBPT s'inscrit une nouvelle fois en porte-à-faux par rapport à la pratique décisionnelle d'autres autorités de régulation nationales, telles que par exemple l'Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit aux Pays-Bas.

De même, l'adoption d'une réglementation ex ante, souhaitée par l'IBPT, ne se justifie pas. Une telle régulation, dont l'adoption n'est admise, selon la réglementation européenne, que dans des cas exceptionnels dont la réalité doit être démontrée par l'autorité de régulation nationale, ne tiendrait pas compte d'une analyse prospective du marché de la radiodiffusion audiovisuelle. Ce marché est actuellement en pleine évolution et est caractérisé par une concurrence accrue entre les différents opérateurs, tous modes de diffusion confondus. Cette concurrence, qui s'explique par la présence sur le marché de nouveaux opérateurs, se traduit par des prix particulièrement compétitifs et bas proposés au consommateur, notamment en comparaison avec les prix pratiqués dans d'autres pays, tels que les Pays-Bas ou la France. L'évolution démontrée de ce marché s'oppose radicalement à l'adoption d'une réglementation « ex ante ».

Plusieurs objections, voire craintes, doivent enfin être émises par Numericable en ce qui concerne les mesures que propose d'imposer l'IBPT aux opérateurs de câble. Ces mesures sont en effet fondées sur des prémisses erronées telles que la prétendue faiblesse de la concurrence, l'absence de prix compétitifs ou encore le prétendu refus d'accès qu'aurait opposé Numericable à des opérateurs alternatifs, alors que Numericable n'a jamais été saisie d'aucune demande en ce sens. Elles ne se justifient dès lors pas. Elles sont en outre particulièrement critiquables et excessives en ce qu'elles placent sur le même pied un opérateur de taille modeste tel que Numericable avec d'autres opérateurs dont la taille, le nombre d'abonnés, la couverture géographique ou encore le personnel sont sans commune mesure avec ceux de Numericable. Les obligations particulièrement lourdes prévues dans le projet de décision à charge de Numericable sont disproportionnées et ne manqueraient pas, si elles devaient être adoptées, de mettre en péril sa viabilité.

Vous trouverez, ci-après, la **version non confidentielle** de la contribution de Numericable.

A titre préalable, j'attire toutefois votre attention sur le fait que ma cliente formule toutes réserves quant à une atteinte à ses droits liée à l'absence de communication d'une version confidentielle du projet de décision de l'IBPT (comme elle l'a demandé dès le 2 février 2011), ou à tout le moins d'une version contenant les données confidentielles retenues par l'IBPT concernant Numericable, ainsi que sur les conséquences de

l'absence de cette communication sur la régularité de la procédure de consultation et sur la décision qui sera prise par l'IBPT.

§ 1. Présentation de Numericable

1. A l'origine active dans le seul secteur de la distribution par câble de programmes de télévision, Numericable offre, depuis plusieurs années, grâce à la modernisation de son réseau, des services de télécommunications aux particuliers ou aux entreprises, qu'il s'agisse de la fourniture d'accès internet ou de services de téléphonie fixe. Numericable est ainsi devenue un acteur du marché des communications électroniques, dans lequel elle développe une offre « triple play » : téléphonie, internet et télévision.

2. Numericable n'est toutefois active que sur un territoire très limité, à savoir cinq communes de la Région bilingue de Bruxelles-Capitale (Bruxelles-Ville, Anderlecht, Watermael-Boitsfort, Saint-Josse-ten-Noode et Molenbeek-Saint-Jean) et deux communes de la Région flamande (Wemmel et Drogenbos).

Numericable sprl est une société de taille modeste. Au 15 septembre 2010, son chiffre d'affaires s'élevait à 44.653.271 €. Par comparaison, le chiffre d'affaires au 31 décembre 2009 de son concurrent Belgacom s'élevait à 2.595.895.664 €¹, soit un chiffre d'affaires plus de 60 fois supérieur à celui de Numericable ! Le chiffre d'affaires de Telenet est également sans commune mesure avec celui de Numericable, puisqu'il s'élevait en 2009 à 1.197.400.000 €, soit près de 27 fois celui de Numericable².

Le nombre des abonnés de Numericable est également limité.

Fin 2010, Numericable comptait en effet seulement [confidentiel] clients individuels³ en région bilingue de Bruxelles-Capitale.

Ce nombre a d'ailleurs diminué de manière importante puisqu'il a chuté de plus de [confidentiel]⁴ clients en 2005 à [confidentiel] en 2010, soit une baisse de plus de 25 % au total, ce qui s'explique par la concurrence de plus en plus accrue sur le marché de la radiodiffusion télévisuelle.

Une fois encore, ce nombre d'abonnés est, par comparaison, bien inférieur à celui d'autres opérateurs de radiodiffusion télévisuelle, tels que notamment Belgacom (qui fait état de 920.000 clients au 3^e trimestre 2010⁵ soit [confidentiel] fois plus que

¹ Données extraites des comptes annuels 2009 de Belgacom tels qu'approuvés par son assemblée générale du 14 avril 2010.

² Données extraites du site internet de Telenet.

³ Sont compris parmi les clients individuels tant les ménages que les personnes isolées.

⁴ Clients individuels, n'incluant pas les abonnés collectifs (hôtels, hôpitaux, etc.). Voy. également les données contenues dans le projet de décision de l'IBPT du 17 janvier 2008 relative au marché 18.

⁵ Données extraites du site internet de Belgacom.

Numericable) ou Telenet (2.343.000 clients ⁶ soit près de [confidentiel] fois plus que Numericable).

Sur le seul segment du câble coaxial, soit un seul segment du marché à considérer, le nombre d'abonnés à la télédistribution s'élevait en 2008 à près de 4 millions d'abonnés en Belgique, selon les données de « Câble Belgium ». La part de marché de Numericable s'élevait donc, en 2008, sur ce seul segment de marché, à [confidentiel] %.

S'il fallait se cantonner à la région bilingue de Bruxelles-Capitale, on constate que sur ce sous-segment de ce secteur spécifique, la part de marché de Numericable n'était en 2005 que de [confidentiel] % ⁷. Elle a baissé depuis lors de près de 30 %, de sorte qu'en 2010, elle peut être évaluée sur le seul segment du câble coaxial à environ [confidentiel] % de part de marché. Sur l'ensemble du marché de produits, et uniquement en Région bilingue de Bruxelles-Capitale, la part du marché de Numericable est dès lors manifestement bien inférieure au seuil de 25 %.

3. Numericable ne dispose également que de ressources extrêmement limitées. Son personnel compte 62 employés à plein temps. Elle ne dispose également que de 4 boutiques pour assurer la commercialisation de ses services et ne possède pas d'autre circuit de distribution. Les affirmations contenues sur ce point dans le projet de décision de l'IBPT quant au nombre de boutiques de Numericable ou à un prétendu réseau de distribution sont matériellement inexactes.

4. Dans sa communication, et notamment sur son site internet ou dans sa publicité, Numericable ne met d'ailleurs pas du tout en avant son offre de télévision analogique, mais uniquement l'abonnement à la télévision numérique. On constate également que parmi les nouveaux abonnements à la télévision souscrits auprès de Numericable, les abonnements à la télévision analogique ne représentent que 2 à 3 % de ceux-ci. En outre, Numericable a, en l'espace de quelques années, supprimé plus de la moitié des chaînes de son offre de télévision analogique (de 40 à 19 chaînes), sans que cela ne lui crée de difficultés avec sa clientèle.

Cet élément de fait démontre l'importance sans cesse moindre que Numericable accorde à la diffusion de chaînes télévisées en mode analogique, ce qui explique dès lors qu'à peine 20 % de ses clients ne disposent plus à présent que d'un simple abonnement à la télévision analogique par le câble. La diffusion en mode analogique est de plus en plus considérée par Numericable comme marginale et non comme un produit de base. Elle n'exclut d'ailleurs pas de cesser complètement la diffusion de chaînes en mode analogique dans plusieurs des zones qu'elle dessert, notamment afin de cesser les effets du piratage du câble de télévision.

⁶ Données extraites du site internet de Telenet.

⁷ Données tirées du projet de décision du conseil de l'IBPT du 17 janvier 2008 relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour le marché 18.

5. Tant du point de vue de la taille de son réseau, que de ses parts de marché, du nombre de ses abonnés ou de ses ressources et de ses activités, Numericable n'apparaît manifestement pas être un « opérateur dominant » au sein du marché, quelle que soit la définition de celui-ci.

§ 2. S'agissant de la définition du marché

Résumé

S'agissant de la définition du marché, le projet de décision témoigne d'une analyse statique du marché, alors que la réglementation européenne impose de procéder à une analyse prospective. Le projet s'écarte également de la pratique décisionnelle de la Commission européenne et de la jurisprudence récente du Conseil belge de la concurrence relatives à la définition du marché de la radiodiffusion télévisuelle. Se fondant sur une analyse approfondie du marché, le Conseil de la concurrence a en effet confirmé dans sa décision du 27 novembre 2010 que non seulement le câble, le mode DSL, mais aussi le satellite, font partie d'un même marché de détail pertinent. L'évolution du marché se caractérise ainsi par la convergence croissante entre les différentes plateformes et par l'apparition de nouveaux opérateurs. Le marché se caractérise aussi par une importante évolution technologique. S'agissant de la pression concurrentielle exercée par les opérateurs satellitaires, celle-ci est sous-estimée par l'IBPT, spécialement en Région bilingue de Bruxelles-Capitale, où une forte population allochtone vit.

En ce qui concerne la délimitation géographique du marché, l'approche de l'IBPT apparaît également inexacte. Le marché se caractérise en effet par une majorité d'opérateurs possédant une couverture nationale (Belgacom TV, Mobistar, M 7 Group et ses offres « TeleSat » et « TV Vlaanderen ») ou à tout le moins régionale (« VOO » en Région wallonne et en Région bilingue de Bruxelles-Capitale ; Telenet en Région flamande et Région bilingue de Bruxelles-Capitale ; Alpha Networks et son offre « Billi » à Bruxelles). Il est également constant que les prix de détail pratiqués par les différents opérateurs présentent une homogénéité. Ces constats auraient dû amener l'IBPT à reconnaître, à l'instar des autres régulateurs nationaux, notamment aux Pays-Bas, que le marché possède une dimension nationale, à tout le moins que celui-ci s'étend à chacune des deux grandes communautés linguistiques existant en Belgique. En tout état de cause, une dimension à tout le moins régionale du marché paraît difficilement contestable, d'autant que la réglementation applicable connaît en l'espèce une application régionale. A nouveau, le projet de décision de l'IBPT s'écarte sur ce point de la pratique décisionnelle de la Commission, de celle du Conseil de la concurrence et de celle des autres autorités de régulation nationales.

6. S'agissant de la définition du marché à considérer, Numericable approuve la conclusion de l'IBPT selon laquelle les services de radiodiffusion analogique et numérique sont substituables et que les offres de télévision analogique et numérique appartiennent au même marché de produits. De la même manière, il est exact que les

offres « DSL » et les offres de télévision par le câble sont substituables et appartiennent au même marché.

7. Cela étant, Numericable doit émettre des objections quant aux autres propositions de conclusions de l'IBPT s'agissant de la définition du marché, tant du point de vue l'analyse des produits que du point de vue de sa portée géographique.

8. A titre préalable, elle rappelle à cet égard que comme le souligne systématiquement la Commission européenne, les autorités de régulation nationales sont tenues de respecter scrupuleusement la recommandation de la Commission du 17 décembre 2007 sur les marchés pertinents ainsi que les lignes directrices de la Commission du 11 juillet 2002 sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché, lesquelles imposent de procéder à une analyse prospective et non pas statique du marché. Comme l'examinera ci-dessous Numericable, l'une des critiques principales qu'elle formule à l'encontre du projet de décision de l'IBPT est précisément l'approche statique adoptée dans l'analyse du marché pertinent.

2.1. L'analyse du marché des produits

9. Tant les autorités belges de la concurrence⁸, que l'autorité communautaire⁹, ou d'autres autorités nationales, notamment les autorités françaises de la concurrence¹⁰ distinguent au sein du secteur des services de télévision entre, d'une part, le marché de la télévision gratuite et, d'autre part, le marché de la télévision payante. Elles les segmentent davantage selon le type de clientèles (particuliers/professionnels).

En revanche, elles refusent de segmenter le marché selon la technologie de distribution utilisée, considérant que les services de télévision analogique et les services de télévision numérique font partie d'un seul marché.

De la même manière, les autorités communautaires de la concurrence refusent également de segmenter selon les modes de diffusion (câble, satellite, XDSL, TNT).

⁸ Voy. notamment en matière de concentrations, les décisions du Conseil de la concurrence belge, n° 2008-C/C-16 du 25 avril 2008, aff. CONC-C/C-07/0028 : Tecteo / Brutélé – Câble wallon et n° 2008-C/C-57 du 31 octobre 2008, aff. CONC-C/C-08/0023 : Tecteo – Be TV / ACM.

⁹ En ce sens, en matière de concentration, voy. les décisions de la Commission européenne du 13 juillet 2006, n° COMP/M.4204 - CINVEN / UPS France et du 18 juillet 2007, n° COMP/M.4504 - SFR / TELE 2 France ; voy. également la décision n° IV/M.779 – Bertelsmann / CLT du 7 octobre 1996, n° IV/M.993 – Bertelsmann / Kirch / Première du 27 mai 1998 ; voy. en matière de pratiques anticoncurrentielles, la décision de la Commission du 3 mars 1999 relative à une procédure d'application de l'article 85 du Traité CE, n° IV/36.237 – TPS.

¹⁰ Voy. en matière de concentrations, la décision du Ministre français de l'économie, de l'industrie et de l'emploi du 15 avril 2008, SFR / Neuf Cegetel, aff. n° C-2007-181 ; voy. en matière de pratiques anticoncurrentielles les décisions du Conseil français de la concurrence, devenu l'Autorité française de la concurrence, n° 05-D-13 du 18 mars 2005 relatives aux pratiques mises en œuvre par le groupe Canal + dans le secteur de la télévision à péage et n° 98-D-70 du 24 novembre 1998 relatives à la saisine des sociétés Multivision et Télévision par Satellite (TPS) dans le secteur des droits de diffusion audiovisuelle.

Ainsi, la Commission européenne a, dans plusieurs décisions ¹¹, défini un marché global composé de l'ensemble des modes de diffusion de la télévision payante, une segmentation fine n'ayant pas lieu d'être selon la Commission, compte tenu notamment de la convergence croissante des différentes plateformes au niveau du contenu et malgré les différences en termes techniques. Les autorités françaises ont adopté la même position ouverte ¹².

Dans sa décision du 31 octobre 2008 ¹³, le Conseil de la concurrence, tout en laissant ouverte la question de la définition exacte des marchés pertinents, a mis en exergue le fait que l'analyse récente de la structure du marché et de la télévision en Wallonie et en Région bilingue de Bruxelles-Capitale, suggérait que les trois modes de diffusion, à savoir non seulement le câble, le mode DSL, mais aussi le satellite, font partie d'un même marché de détail pertinent. Déjà dans sa décision du 31 janvier 2008 relative à la concentration du « câble wallon » ¹⁴, le Conseil de la concurrence avait estimé qu'il existait des indications fortes que les trois plateformes de distribution (câble, XDSL et satellite) convergeaient de plus en plus en Wallonie. Les mêmes conclusions s'imposent aujourd'hui au niveau belge compte tenu des nouvelles offres satellitaires développées depuis lors.

Cette définition du marché des produits fut à nouveau très clairement affirmée par le Conseil de la concurrence dans sa décision du 29 novembre 2010 en cause Telenet ¹⁵. Se fondant sur une analyse approfondie du marché qui avait été effectuée par l'Auditorat, le Conseil de la concurrence affirma que :

« De kleinhandelsmarkt voor de levering van televisiesignalen en de toegang tot een omroeptransmissieplatform omvat zowel analoge aanbiedingen via kabel, als digitale aanbiedingen via kabel, DSL en satelliet. De verschillen die er tussen deze aanbiedingen bestaan op het vlak van prijs en functionaliteit zijn niet van die aard om tot het bestaan van twee afzonderlijke markten te besluiten. In se beogen zij dezelfde dienst te leveren, namelijk het leveren van een pakket van televisieprogramma's aan kijkers die zich op een vaste locatie bevinden (dit in tegenstelling tot aanbiedingen via mobiele netwerken die zich richten op eindgebruikers 'onderweg') » ¹⁶.

¹¹ Voy. les décisions de la Commission européenne du 18 juillet 2007 n° COMP/M.-4504 – SFR / TELE 2 France, du 3 mai 2002, n° COMP/M.-2766 – Vivendi Universal / Hachette / Multithématiques.

¹² Voy. la décision du 14 avril 2008, SFR / Neuf Cegetel, n° C-2007-181, précitée.

¹³ Décision du Conseil de la concurrence belge n° 2008-C/C-57 du 31 octobre 2008, aff. CONC-C/C-08/0023, Tecteo / Be TV / ACM, points 52 et 53, p. 17.

¹⁴ Décision n° 2008-C/C-05 du 31 janvier 2008.

¹⁵ Décision du Conseil de la concurrence belge n° 2010-C/C-48 du 29 novembre 2010.

¹⁶ Point 85 de la décision précitée.

Et il ajoutait plus loin :

« Om dezelfde reden is de Raad van mening dat de verschillende omroeptransmissieplatformen, met name kabel, DSL en satelliet tot dezelfde relevante kleinhandelsmarkt behoren. De door de auditeur aangehaalde verschillen die er tussen deze omroeptransmissieplatformen bestaan qua prijszetting, zenderpakket en functionele kenmerken zijn niet van die aard dat zij tot het besluit nopen dat deze platformen tot verschillende markten behoren. (...) »¹⁷.

10. Dans sa décision précitée « Tecteo – Be TV / ACM », le Conseil de la concurrence a constaté plus particulièrement la substituabilité entre le câble et le XDSL, en constatant, d'une part, que la plateforme du câble coaxial exerce une pression concurrentielle importante sur la plateforme « XDSL » sur fil de cuivre, empêchant Belgacom d'augmenter ses prix et exerçant de la sorte sur celui-ci un effet de discipline et, d'autre part, que la progression spectaculaire et continue des abonnés de Belgacom TV depuis 2007 était suivie pour la première fois d'une baisse corrélative des abonnés des câblo-opérateurs.

Depuis lors, cette baisse des abonnés des câblo-opérateurs ne s'est pas démentie, tandis que le nombre d'abonnés de Belgacom TV a poursuivi la même progression spectaculaire.

11. Dans une interview donnée le 9 mars 2010 au quotidien « L'Echo », le vice-président exécutif de Belgacom en charge de « Belgacom TV » indiquait que « Belgacom TV » pourra atteindre le million de clients fin 2010 et il soulignait combien le service de télévision numérique de Belgacom avait battu de nouveaux records en 2009.

Dans les communiqués donnés à l'occasion de la publication de ses résultats trimestriels en octobre 2010, Belgacom attestait de cette croissance continue de ses services. Selon un communiqué de presse de Belgacom, fin septembre 2010, Belgacom comptait :

- « - 920.000 clients Belgacom TV, soit une augmentation de 39 % en glissement annuel ;
- 5.318.000 clients mobiles (y compris les clients de Tango au Luxembourg) ;
- 1.552.000 clients internet, ce qui représente une progression de 3,6 % par rapport à l'année passée ;
- 807.000 packs multiplay, soit environ 78 % de plus que l'année dernière ;
- 158.000 clients pour l'internet mobile, soit une hausse de 58 % par rapport à l'année passée ; »¹⁸.

¹⁷ Point 87 de la décision précitée, souligné par nous.

¹⁸ Disponible sur : <http://www.belgacom.com/group/gallery/content/shared/PressRelease/201010293Q3pressfr.pdf>, souligné par nous.

A cette occasion, l'administrateur-délégué du groupe Belgacom déclarait :

« En dépit d'une concurrence plus féroce des câblo-opérateurs, nous continuons sur la voie du succès avec Belgacom TV, qui comptait déjà 920.000 clients à la fin septembre »¹⁹.

12. S'agissant de la croissance de Belgacom TV, il y a lieu également de mentionner que du point de vue de la technologie utilisée par Belgacom en région bilingue de Bruxelles-Capitale, Belgacom déclare couvrir 90 % du territoire de cette région au moyen de connexions « VDSL2 », lesquelles permettent d'utiliser simultanément plusieurs postes de télévision. De plus, la technologie « network PVR » récemment développée par Belgacom se caractérise également par un double flux, de telle sorte qu'à l'heure actuelle, Belgacom offre à la totalité de ses abonnés à la télévision une solution leur permettant de diffuser ses services sur plusieurs postes de télévision.

D'autre part, au niveau national, la couverture « IPTV » des réseaux basés sur l'XDSL est estimée à 88 % des ménages belges.

13. Par ailleurs, le marché en cause se caractérise également par la présence de plusieurs nouveaux opérateurs offrant des offres de télévision similaires et dès lors substituables.

S'agissant de la technologie « IPTV » ou de la « DSL », on relève depuis 2010 l'apparition de « Alpha Networks », qui propose ses services d'offre de télévision payante sous la marque « Billi ».

Celui-ci commercialise actuellement une offre de services télévisés tout à fait comparable à celle des câblo-opérateurs ou de Belgacom TV et il est présent à Bruxelles.

14. L'offre satellitaire s'est également développée depuis 2008 grâce à des opérateurs s'adressant directement vers la clientèle belge et reprenant dans leurs offres des chaînes de télévision belge, ainsi que quelques 700 chaînes de télévision et de radio. Ainsi, le groupe « M 7 Group » propose deux offres, l'une « TeleSat », à destination des téléspectateurs francophones, l'autre « TV Vlaanderen », à destination des téléspectateurs néerlandophones. Ces offres sont accessibles sur l'ensemble du territoire belge et sont parfaitement comparables dans leurs contenus et dans leurs prix aux offres des câblo-opérateurs ou de Belgacom TV.

15. D'autre part, d'autres offres satellitaires existent, émanant d'opérateurs étrangers, tels que notamment Astra, Hotbird, Arabsat ou Turksat. En région bilingue de Bruxelles-Capitale, où une forte population allochtone vit, ces offres ont également un succès

¹⁹ Ibidem.

considérable. On estime ainsi que la part de marché représentée par les opérateurs satellitaires à Bruxelles est comprise entre 20 et 30%. Il est dès lors étonnant que dans son projet de décision, l'IBPT ne les ait pas considérées, alors que ces offres connaissent un succès important, spécialement à Bruxelles, auprès des populations immigrées pour lesquelles elles constituent une alternative aux offres traditionnelles du câble coaxial ou de Belgacom TV. Il suffit à cet égard de considérer le nombre d'antennes paraboliques qui fleurissent dans certains quartiers bruxellois à forte densité de population immigrée ou encore les centaines de magasins vendant de telles antennes à Bruxelles pour constater qu'il ne s'agit pas d'un phénomène marginal. Numericable joint à cet égard aux présentes observations plusieurs photographies d'immeubles situés dans des zones desservies par Numericable, qui attestent de la présence impressionnante de telles antennes.

Cette absence de prise en compte de l'offre satellitaire par l'IBPT est d'autant plus critiquable qu'elle prend en compte une segmentation géographique par zone de couverture des différents réseaux câblés. Or, s'agissant d'un marché géographique défini de cette manière, il n'est pas contestable que l'offre satellitaire doit nécessairement être prise en compte à l'égard de Numericable, dès lors que la zone où celle-ci offre ses services en région de Bruxelles-Capitale (communes de Bruxelles-Ville, Anderlecht, Molenbeek-Saint-Jean, Saint-Josse-ten-Noode et Watermael-Boitsfort) est caractérisée par la présence d'une population allochtone encore plus importante que dans les zones desservies par d'autres fournisseurs de service de radiodiffusion par câble.

16. Par ailleurs, début octobre 2010, Mobistar a également lancé une offre de télévision au sein d'une offre « Triple Play », combinant la téléphonie et l'internet large bande. Cette offre reprend les principales chaînes francophones et néerlandophones s'adressant au public belge et est concurrentielle par rapport aux offres de Belgacom, des câblo-opérateurs, de Alpha Networks ou des offres satellitaires « TeleSat » et « TV Vlaanderen » de M 7 Group.

17. En 2009, la RTBF a également développé une offre numérique terrestre (TNT). Cette offre concerne les trois chaînes publiques de la RTBF, ainsi qu'« Euronews » et les chaînes de radio des services publics francophones et germanophones. Il y a lieu à cet égard de souligner que selon les sources d'audimétrie, les chaînes publiques francophones de la RTBF appartiennent aux programmes bénéficiant de la plus grande audience en Belgique francophone, c'est-à-dire à Bruxelles²⁰ et en Wallonie.

18. Le marché se caractérise ainsi par une convergence entre les différentes plateformes, qu'il s'agisse du câble coaxial, de l'XDSL, et de l'offre satellitaire, lesquelles s'adressent généralement soit à l'ensemble du public national (Belgacom TV, Alpha Networks (offre « Billi »), Mobistar), soit à tout le moins à l'une des grandes communautés nationales, qu'il s'agisse de la communauté francophone ou de la communauté néerlandophone (voy. par exemple offre « TeleSat » pour l'ensemble de

²⁰ La population francophone en « Région bilingue de Bruxelles-Capitale » est estimée entre 80 et 90 % de la population totale, ainsi qu'en atteste notamment le nombre d'élus.

télespectateurs francophones ; offre « TV Vlaanderen » pour l'ensemble des télespectateurs néerlandophones).

Sur le câble coaxial, il échet également d'observer que les opérateurs ont également étendu la portée géographique de leur offre.

Telenet est ainsi présente sur l'ensemble du territoire de la région flamande, ainsi qu'à Bruxelles où son offre est très similaire à celle des autres opérateurs s'adressant à une clientèle essentiellement francophone.

Tecteo et Brutélé ont formé un « GIE », qui commercialise une offre de télévision sous une même marque « VOO », laquelle s'adresse à pratiquement l'ensemble du territoire de la région wallonne ainsi qu'à la Région bilingue de Bruxelles-Capitale.

19. Du point de vue du contenu des offres, on constate également une substituabilité entre elles. Quand on considère les programmes les plus populaires en Communauté française ou en Communauté flamande, c'est-à-dire ceux qui recueillent les plus importantes parts d'audience, les offres de programmes par câble coaxial, par XDSL, par satellite, sont identiques.

20. La parfaite substituabilité des différentes offres est d'ailleurs aujourd'hui soulignée par les acteurs du marché eux-mêmes, dans le cadre de leurs publicités comparatives.

La concurrence entre ces modes de distribution, spécialement dans les régions urbaines, et notamment en région bilingue de Bruxelles-Capitale, est aujourd'hui manifeste.

Déjà, en 2007, la Commission européenne avait reconnu dans sa décision « LGI / Telenet » que « *même si les chaînes de télévision et les radiodiffuseurs ne peuvent renoncer à la distribution par câble [coaxial], l'émergence de la télévision par XDSL (Belgacom TV) constitue une nouvelle plateforme complémentaire pour les radiodiffuseurs. Ceci a créé une situation relativement nouvelle sur le marché de gros des services de radiodiffusion où les radiodiffuseurs disposent d'au moins deux débouchés complémentaires pour chaque territoire (Belgacom TV et/ou le réseau câblé) par rapport au passé* »²¹. Cet enseignement de la Commission, relatif au marché de gros, s'applique également au marché du détail, à l'égard de l'utilisateur final, tandis que l'apparition depuis lors de nouveaux opérateurs, tant XDSL que satellitaires, et s'adressant directement au territoire belge et comprenant les programmes télévisés des radiodiffuseurs actifs en Belgique, confirme à la fois la substituabilité entre les offres, mais aussi et surtout une évolution du marché vers encore davantage de concurrence.

21. D'autre part, à l'instar de la pratique décisionnelle de la Commission, la jurisprudence des autorités belges de la concurrence, spécialement celle de la cour

²¹ Décision du 26 février 2007 n° COMP/M.4521.

d'appel de Bruxelles, retient une substituabilité entre le mode de réception par câble et le mode de réception par satellite pour l'utilisateur final.

Ainsi, à propos de l'absence de distribution par câble du programme « SAT 1 » en Communauté germanophone, les autorités belges de la concurrence avaient, à la suite d'une enquête effectuée par elles sur le terrain, constaté une perte significative d'abonnés de la société de télédistribution concernée (« Interest ») au profit d'une réception par antenne parabolique. Se fondant sur ces éléments et confirmant l'appréciation qu'avait eue en première instance le président du Conseil de la concurrence, la cour d'appel de Bruxelles a considéré que « dès lors qu'il apparaît des éléments de la cause que le phénomène de désabonnement en Communauté germanophone va de pair avec le développement dans cette région du recours à l'utilisation d'antennes paraboliques et qu'il existe une forte demande dans cette communauté d'accès à la chaîne populaire « SAT 1 », le président du Conseil de la concurrence a, à bon escient, constaté qu'il existait un risque évident de voir se développer ce phénomène et que la situation requérait, par conséquent, une intervention rapide »²². La situation constatée par le Conseil de la concurrence en Communauté germanophone à propos de la chaîne de télévision « SAT 1 », particulièrement populaire au sein de la population germanophone, démontre, si besoin en est, le caractère substituable de l'antenne parabolique par rapport au câble, dès lors qu'une offre de programme télévisé attractive était émise en clair par le satellite.

Or, on constate aujourd'hui une double évolution de l'offre satellitaire. D'une part, des programmes bénéficiant de taux d'audience importants, comme les programmes nationaux de la RTBF, sont émis en clair et ce même de manière gratuite par la voie du satellite et ils sont captables par l'utilisateur final sans système d'accès conditionnel (voy. l'offre « RTBF Sat »). D'autre part, des offres payantes ont été développées à destination spécifique du consommateur belge et celles-ci reprennent, moyennant le paiement d'une redevance souvent moindre que l'abonnement au câble, des offres de télévision numériques comprenant les chaînes belges de télévision, ainsi que de nombreuses chaînes étrangères de télévision (voy. les offres « TeleSat » et « TV Vlaanderen » de M 7 Group).

Dès lors, si certains programmes belges ou étrangers, particulièrement populaires, n'étaient plus distribués par le câble ou s'ils l'étaient à un prix augmenté (test du monopoleur hypothétique), l'utilisateur final se portera naturellement vers les modes alternatifs que sont l'antenne parabolique ou la distribution par XDSL.

22. S'agissant des antennes paraboliques, il y a lieu de noter que celles-ci ne sont plus soumises à des taxes des communes, de telles taxes ayant été jugée illégales et contraires au droit communautaire²³.

²² Cour d'appel de Bruxelles, 9^{ème} chambre bis, 4 septembre 1996, Ing.-Cons., 1996, p. 373, spécialement p. 390, confirmant Prés. Cons. Concurrence, 27 mars 1995, Ing.-Cons., 1995, p. 189 et Prés. Cons. Concurrence, 4 septembre 1995, Auteurs & Media, 1996, p. 47.

²³ CJUE, 29 novembre 2001, aff. C-17/00, en cause de « De Coster / Collège des bourgmestre et échevins de Watermael-Boitsfort ».

Les restrictions au placement des antennes paraboliques ont donc largement diminué, spécialement dans la région de Bruxelles-Capitale. Certes, il peut encore exister des prescriptions urbanistiques pour l'installation d'antennes satellitaires, mais aujourd'hui, la taille des antennes et l'évolution de la technologie permettent aisément de pallier les quelques inconvénients qui peuvent exister en certaines zones quant aux éventuelles prescriptions urbanistiques.

Déjà dans sa communication du 25 juin 2001 concernant l'application des principes généraux de la libre circulation des marchandises et des services en matière d'utilisation des antennes paraboliques²⁴, la Commission européenne soulignait que « *les antennes paraboliques constituent des appareils de réception directe, aisée et à des prix abordables d'une multitude de services de haute qualité* » et que « *elles rencontrent un intérêt croissant auprès du grand public et ont tendance à devenir un objet de plus en plus populaire, utilisé pour des fins non seulement professionnelles mais également domestiques* ». Au point 6 de cette communication, la Commission a même considéré que « *la transmission par satellite constitue souvent non seulement un simple moyen supplémentaire de choix parmi d'autres (...), mais le seul véhicule d'accès à des émissions ou des services qui ne sont pas disponibles autrement* ».

Spécialement pour une population allochtone d'origine extracommunautaire, l'antenne parabolique constitue un substitut important au câble. Dans certains quartiers de Bruxelles, à forte population émigrée d'origine extracommunautaire, les antennes paraboliques sont légion et leur présence s'accompagne d'un taux faible de pénétration du câble²⁵.

A cet égard, les taux de pénétration de l'antenne parabolique en région bruxelloise, où il existe une forte population étrangère d'origine européenne, mais aussi d'origine extra-européenne, apparaissent bien supérieurs aux parts de marché indiquées au point 109 du projet de décision de l'IBPT. L'enquête de marché 2010 menée par l'IBPT et visée au point 110 de son projet de décision, qui n'a pas été communiquée, n'apparaît a priori pas représentative de la population et de la diversité culturelle existant en Région bilingue de Bruxelles-Capitale. Numéricable renvoie à cet égard notamment aux nombreuses photographies prises dans des zones où elle développe une offre télévisée, lesquelles témoignent de manière concrète de cette réalité.

23. On notera que la concurrence existant entre la réception satellitaire et la distribution de programmes audiovisuels sur le câble a d'ailleurs été spécifiquement reconnue par la Commission européenne dans sa pratique décisionnelle. Ainsi, dans sa décision du 3 mars 1999 relative à l'affaire « TPS », la Commission a souligné la concurrence entre la réception satellitaire et la réception par câble dans les zones

²⁴ COM/2001/0351.

²⁵ Ainsi, par exemple, à Saint-Josse, le taux de pénétration du câble est inférieur à 50 %.

urbaines, c'est-à-dire celle où le câble est très présent²⁶. Celle-ci est également admise par le Conseil de la concurrence belge dans sa jurisprudence la plus récente²⁷

Cette concurrence entre l'offre satellitaire et les autres offres de télévision en Belgique est d'ailleurs confirmée par la publicité comparative de « TeleSat » qui se présente comme « *l'offre la plus compétitive du marché francophone belge* » et qui présente une offre pour un abonnement mensuel de 9,90 € et la location d'un décodeur à 6,00 € par mois (voy. publicité TNT Sat sur le site www.telesat.be). On peut à nouveau relever que les offres de « TeleSat » comprennent les mêmes chaînes « Must have » que les offres des câblo-opérateurs ou de Belgacom TV et qui constituent plus de 80 % de l'audience en Belgique francophone ou en Belgique néerlandophone.

24. Par ailleurs, dans l'analyse des coûts que représente la réception par satellite au regard de la réception par câble ou par XDSL, l'IBPT omet de prendre en considération la question des droits d'auteur et celle de la radio-redevance. De ce point de vue, la réception satellitaire présente un avantage non négligeable, à savoir celui pour le consommateur de ne pas devoir acquitter les droits d'auteur, mais aussi d'échapper plus aisément à la taxe de la radio redevance, toujours perçue actuellement en Wallonie.

25. L'absence de prise en compte de l'offre satellitaire dans la définition du marché pertinent de produits est par ailleurs en contradiction avec la définition de marché retenue tout récemment par l'autorité néerlandaise de régulation, le *Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit* (OPTA). Dans ce pays, où la pénétration et la part de marché du câble est plus importante qu'en Belgique (80 % des ménages y reçoivent leurs services de télévision par l'intermédiaire de câblo-opérateurs), l'OPTA, suivie en cela par la Commission européenne, est parvenue à la conclusion que s'agissant du marché de détail de radiodiffusion télévisuelle, les différentes plateformes de diffusion (câble, satellite, DSL DVB-T et la fibre de verre) étaient bel et bien en concurrence²⁸.

La décision de l'OPTA a été confirmée sur ce point en appel par le *College van beroep voor het Bedrijfsleven* dans sa décision du 18 août 2010, qui rappelle à cet égard l'importance de procéder à une analyse prospective dans la définition du marché de produits, comme le rappellent les lignes directrices de la Commission.

On peut lire à cet égard ce qui suit :

« OPTA heeft in haar analyse op zichzelf met juistheid geconstateerd dat de alternatieve omroeptransmissieplatforms thans, om technische redenen, niet in alle gevallen een perfect substituut vormen voor de kabelnetwerken, zodat er ook indicatoren zijn voor een nauwere bepaling van de relevante productmarkt op

²⁶ Décision n° 36.237, JO, L 90, du 2 avril 1999, point 30. Voy. également les décisions de la Commission et des autorités belges et françaises de la Concurrence citées aux points 7 et 8 ci-avant.

²⁷ Décision du Conseil de la concurrence, n° 2010-C/C-48 du 29 novembre 2010, « Telenet ».

²⁸ Décision du 5 mars 2009, OPTA/AM/2009/200371.

retailniveau. Het College is niettemin van oordeel dat OPTA, onder verwijzing naar de voortgaande transitie van analoge naar digitale televisie, terecht heeft geconcludeerd dat, in het kader van een prospectieve analyse, als voorgeschreven in de Richtsnoeren, van een toenemende substitueerbaarheid van de kabel door de verschillende alternatieve platforms mag worden uitgegaan en dat daaraan doorslaggevende betekenis toekomt ».

Dans cette même décision, le *College van beroep voor het Bedrijfsleven* rappelle également, à juste titre, que des différences entre les plateformes, notamment s'agissant des décodeurs proposés ou de l'offre de programmes, ne remettent pas en cause la concurrence existante entre de telles plateformes, dès lors que de telles différences sont mineures et ne constituent dès lors pas une barrière telle pour le consommateur qu'elles empêcheraient le passage d'une plateforme à l'autre :

« De omstandigheid dat voor het gebruik van digitale televisie een decoder nodig is doet niet af aan het oordeel dat OPTA zich op het standpunt mocht stellen dat de alternatieve platforms binnen de reguleringsperiode een voldoende substituu (gaan) bieden voor de kabel. Onweersproken is door de kabelexploitanten gesteld dat een of meer decoders door de alternatieve aanbieders van digitale televisie tegen beperkte kosten beschikbaar worden gesteld, zodat hierin niet een overstapdrempel van betekenis kan worden gevonden. Evenmin ziet het College in het bestaan van verschillen tussen het programma-aanbod van de kabelexploitanten en de alternatieve aanbieders een aanwijzing voor het ontbreken van substitueerbaarheid. Blijkens voormeld consumentenonderzoek van Veldkamp hechten gebruikers niet een zodanig belang aan de - beperkte - verschillen op dit punt dat om die reden sprake zou zijn van aanzienlijke overstapdrempels ».

26. En conclusion, quels que soient les modes de diffusion (câble, XDSL, TNT ou satellite), les offres de télévision font partie d'un même marché de détail pertinent.

2.2. Le marché géographique

27. D'autre part, du point de vue de la délimitation géographique du marché, l'approche de l'IBPT consistant à retenir une segmentation géographique par zone de couverture des différents réseaux câblés en Belgique n'apparaît pas exacte.

Plusieurs éléments peuvent, à cet égard, être relevés.

28. On constate tout d'abord que plusieurs opérateurs ont une couverture nationale. Tel est le cas de Belgacom TV, qui, dès 2008, déclarait atteindre 96 % des foyers sur l'ensemble du territoire national et qui revendique aujourd'hui plus d'un million d'abonnés.

Tel est également le cas de Mobistar dont l'offre, lancée en octobre 2010, vise l'ensemble du territoire belge.

D'autres offres visent clairement l'ensemble d'une des communautés nationales, telles que l'offre « TeleSat » de M 7 Group, qui vise l'ensemble des téléspectateurs francophones, ou l'offre « TV Vlaanderen » du même opérateur, qui vise les téléspectateurs néerlandophones.

Alpha Networks propose également une offre télévisée commercialisée sous la marque « Billi », qui est actuellement disponible et commercialisée à Bruxelles, mais aussi dans certaines zones de la région wallonne.

D'autre part, au niveau des opérateurs de câble, on constate également une large concentration : Telenet est aujourd'hui active sur l'ensemble du territoire de la région flamande, ainsi qu'en région bilingue de Bruxelles-Capitale ; la marque « VOO » est exploitée conjointement par Tecteo et Brutélé et est présente sur la presque totalité du territoire de la Région wallonne, ainsi que très largement en Région bruxelloise.

La plupart des opérateurs s'adressent aujourd'hui sinon à l'ensemble de la communauté fédérale ou nationale belge, à tout le moins à l'une des grandes communautés linguistiques belges, qu'il s'agisse aujourd'hui de la Communauté française ou de la Communauté flamande.

29. Il est également constant que les prix de détail pratiqués par les différents opérateurs en matière de diffusion télévisuelle présente une réelle homogénéité. Comme le montre le projet de décision de l'IBPT (page 43), le prix des abonnements à la télévision analogique ou numérique ne diffère que de deux euros à peine entre par exemple Belgacom, Telenet, Numericable, Brutélé et AIESH.

30. Ces éléments de fait indiquent clairement sinon une dimension nationale du marché, à tout le moins que celui-ci s'étend à chacune des deux grandes Communautés linguistiques existant en Belgique : la zone de langue française comprenant le territoire de la Région wallonne et celui de la Région bilingue de Bruxelles-Capitale, dont la population est à plus de 80 % d'expression francophone, tandis que la Région de langue néerlandaise comprend l'ensemble du territoire de la Région flamande.

31. Il est d'ailleurs intéressant de constater qu'à l'exception des Pays-Bas, **toutes les autorités de régulation nationales des Etats-membres** où une analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle a été réalisée (notamment la France), sont arrivées à la conclusion que le marché géographique pertinent défini revêtait une dimension nationale.

Aux Pays-Bas, où l'*OPTA*, dans sa décision du 5 mars 2009 était arrivée à une conclusion similaire à celle de l'IBPT, à savoir que le marché géographique correspondait à la zone de couverture de chaque réseau câblé pris individuellement, le

College van Beroep voor het bedrijfsleven a annulé cette décision au motif que l'OPTA n'avait pas accordé suffisamment d'importance aux offres des autres plateformes que le câble, qui avaient une portée nationale.

Dans sa décision du 18 août 2010, le *College van Beroep voor het bedrijfsleven*, se fondant sur les lignes directrices de la Commission (notamment les points 59 et suivants), jugea en effet ce qui suit:

« Traditioneel vindt, zo blijkt uit punt 59 van de Richtsnoeren, in de sector elektronische communicatie de geografische afbakening van de markt plaats aan de hand van

- (1) het gebied dat door een netwerk wordt bestreken en*
- (2) het bestaan van wettelijke en andere regelgevingsinstrumenten.*

Ten aanzien van het eerste criterium overweegt het College dat een belangrijke, maar geen doorslaggevende, betekenis kan worden toegekend aan het feit dat OPTA naast de verschillende kabelnetwerken het aanbod van de landelijk opererende alternatieve omroeptransmissieplatforms tot de relevante productmarkt heeft gerekend. Met betrekking tot het tweede criterium stelt het College vast dat binnen het Nederlandse grondgebied geen verschillen bestaan in de wettelijke en andere regelgevingsinstrumenten.

(...)

Voor de afbakening van de geografische markt wordt niet vereist dat de mededingingsvoorwaarden tussen de handelaars of dienstenaanbieders volstrekt homogeen zijn. Het volstaat dat ze op elkaar lijken of voldoende homogeen zijn, zodat alleen zones waarin de concurrentievoorwaarden 'heterogeen' zijn niet als een uniforme markt kunnen worden beschouwd.

Van afwijkende concurrentievoorwaarden is sprake indien er tussen de verzorgingsgebieden verschillen zijn in productstrategie, ontwikkelingen van het marktaandeel en prijsstelling.

(...)

Uit het vorenstaande maakt het College de gevolgtrekking dat, omdat OPTA niet aannemelijk heeft gemaakt dat sprake is van duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden in de verzorgingsgebieden van de kabelbedrijven, de geografische markt niet is afgebakend in overeenstemming met punt 56 van de Richtsnoeren ».

32. En tout état de cause, une dimension à tout le moins régionale du marché paraît difficilement contestable : tant du point de vue de la nature et de la composition des offres de télévision, que du point de vue de leur population, chaque région (Région wallonne, d'une part, Région flamande, d'autre part ; et Région de Bruxelles-Capitale) présente une homogénéité.

Une dimension à tout le moins régionale est d'autant moins critiquable que la réglementation applicable connaît en l'espèce une application régionale. Or, comme l'a

précisément rappelé le *College van Beroep voor het Bedrijfsleven* dans sa décision du 18 août 2010 mentionnée ci-dessus, cette circonstance est précisément de nature à justifier une telle segmentation, conformément au point 59 des lignes directrices de la Commission.

La simple circonstance que quelques opérateurs (les plus petits) ne soient actifs que sur certaines zones de ces régions ne justifie pas une segmentation encore plus grande du marché. De ce point de vue, la définition géographique du marché proposée dans le projet de décision de l'IBPT ne peut être suivie.

33. Une définition des marchés géographiques comme s'étendant, d'une part, à la Belgique francophone et, d'autre part, à la Belgique néerlandophone ou s'étendant à tous le moins au territoire de chacune des trois régions de Belgique, est compatible avec la pratique décisionnelle de la Commission.

Dans plusieurs affaires, la Commission européenne a en effet estimé que le marché de la transmission de programmes par câble était un marché national ²⁹. Dans certaines décisions, Universal / NTL ³⁰ et UGC / Liberty Media ³¹, la Commission a également estimé que le marché de la distribution au détail de chaînes de télévision payantes au consommateur final, que ce soit via le câble, le satellite (la « DTH ») ou la télévision terrestre numérique (« DTT ») était national ou infra-national.

Dans d'autres affaires, la Commission a laissé ouverte la question de savoir si le marché, du point de vue géographique, devait être défini de manière locale ou nationale. Tel fut notamment le cas dans la décision « LGI / Telenet » du 26 février 2007 ³². On notera toutefois qu'en l'espèce, Telenet était active sur l'ensemble du territoire de la Flandre, ainsi qu'en Région bruxelloise.

On peut cependant relever que dans deux affaires concernant le marché britannique qui repose sur un système de franchise accordée à des opérateurs de câblodistribution à l'échelon local, la Commission s'est exprimée ainsi : « *Whether the market is defined as local (...) or whether it is defined as national – which means assuming that program suppliers operating in other franchised areas are supplying programs to the areas in question – the question can be left open, because on either definition the present operation does not give rise to competition concerns* » ³³. Sur la base de cette considération, étant donné qu'il existe une quasi identité entre l'offre de base de la

²⁹ Décision de la Commission du 9 novembre 1994, aff. IV/M.469, MSG / Media Service, JOCE L 364/1 du 31 décembre 1994, pt 54 ; décision de la Commission du 19 juillet 1995, aff. IV/M.490, Nordic Satellite Distribution, JOCE L 53/20 du 2 mars 1996, pt 73.

³⁰ Décision de la Commission du 20 décembre 2000, COMP/M.2211, Universal / NTL.

³¹ Décision de la Commission du 24 avril 2001, COMP/M.2222, UGC / Liberty Media.

³² Décision de la Commission du 26 février 2007, COMP/M. 4521, LGI / Telenet.

³³ Décision de la Commission du 11 décembre 1996, aff. IV/M.453, Bell Cable Media / Cable and Wireless / Videotron, JOCE C 24/22 du 24 janvier 1997, pt 34; decision de la Commission du 11 décembre 1996, aff. IV/M.465, Cable and Wireless / Nynex / Bell Canada, JOCE C 24/22 du 24 janvier 1997, pt 34.

demande de programmes de télévision à Bruxelles, et en Wallonie, on peut conclure à l'existence d'un marché à tout le moins à l'échelle de la Belgique francophone. Il en va de même de la Région flamande, où l'on peut conclure à l'existence d'un marché à tout le moins à l'échelle de Flandre.

En outre, on se rappellera que la Commission s'est prononcée sur la situation du marché belge dans l'affaire Tractebel / Distrigaz. Elle s'y est exprimée de la manière suivante : « *Si les marchés géographiques en cause, au niveau de la distribution de programmes aux consommateurs sont limités par nature au territoire couvert par chaque intercommunale, une telle limitation n'existe pas au niveau du choix par chaque commune ou intercommunale d'un partenaire pour assurer le service de câblodistribution sur son territoire. En outre, les zones de distribution sont contiguës les unes aux autres, présentent la même structure de l'offre et se caractérisent par des conditions de concurrence homogènes* »³⁴. Force est de constater, à la lumière de ce que la Commission a dit, qu'il n'y a pas de limitation quant au choix par chaque commune ou intercommunale d'un partenaire pour assurer le service de câblodistribution sur son territoire. La présence d'opérateurs privés, tels que Numericable ou Telenet le confirme. Etant donné que, dans ce qui constitue les programmes les plus regardés, soit les programmes « must have », les mêmes programmes sont offerts à Bruxelles et en Wallonie, les conditions de concurrence sont identiques dans toute la Belgique francophone.

34. Une dimension géographique du marché s'étendant où la zone de rayonnement de chacune des deux principales Communautés linguistiques du pays trouve également appui dans la jurisprudence récente du Conseil de la concurrence.

Dans sa décision du 29 novembre 2010 déjà évoquée³⁵, le Conseil de la concurrence fit sienne la définition géographique du marché proposée par l'Auditeur au terme d'une analyse de marché approfondie. Selon lui, la dimension géographique du marché s'étend à l'ensemble du territoire de la Région flamande, ainsi qu'aux sept communes de la Région bruxelloise où Telenet est active³⁶. Selon l'Auditeur, il existe, dans le marché de la télévision, deux marchés géographiques distincts : d'une part, celui du sud du pays et de Bruxelles ; d'autre part, celui du nord du pays et de Bruxelles. Cette conclusion se fondait sur une analyse du marché récente et, selon les termes du Conseil de la concurrence, approfondie.

35. Enfin, on se rappellera que, déjà dans son arrêt du 19 novembre 1997, avant que n'apparaisse la concurrence d'autres opérateurs de dimension nationale ou régionale, la

³⁴ Décision de la Commission du 1^{er} septembre 1994, aff. IV/M.493, Tractebel / Distrigaz, JOCE C 249/3 du 7 septembre 1994, pt 33.

³⁵ Décision du 29 novembre 2010 du Conseil de la concurrence belge, n° 2010-C/C-48, en cause Telenet.

³⁶ Voy. spécialement point 91 et points 78 et suiv. de la décision précitée.

Cour d'appel de Bruxelles avait conclu à l'existence d'un marché de la câblodistribution à l'échelle de la Région flamande et non à un échelon purement local ³⁷.

Le raisonnement est logique dans la mesure où la langue, dans l'ensemble du secteur audiovisuel, joue un rôle fondamental dans la définition du marché géographique.

§ 3. Absence de position dominante de Numericable

Résumé

Quelle que soit la définition du marché retenue, l'IBPT devrait également aboutir au constat que Numericable ne dispose d'aucune position dominante individuelle sur le marché pertinent. La taille de l'entreprise, son nombre limité de clients, sa part de marché déclinante ou encore les difficultés concrètes auxquelles elle doit faire face dans les négociations avec les radiodiffuseurs ne constituent que quelques exemples démontrant l'absence de position dominante de Numericable. En s'abstenant de prendre en compte la position modeste dans laquelle se trouve Numericable par rapport à de nombreux autres opérateurs, le projet de décision de l'IBPT s'inscrit une nouvelle fois en porte-à-faux par rapport à la pratique décisionnelle d'autres autorités de régulation nationales, telles que par exemple l'Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit aux Pays-Bas.

36. Au regard de la définition du marché telle qu'admise tant du point de vue de la nature des produits que dans portée géographique par la jurisprudence récente du Conseil de la concurrence ³⁸, il est manifeste que Numericable ne peut se voir reconnaître une position dominante individuelle sur le marché pertinent.

37. Comme indiqué ci-avant, sur le seul sous-segment du « câble coaxial » en Région bilingue de Bruxelles-Capitale, la part de marché de Numericable était en 2005 de [confidentiel] % ³⁹. Même à considérer le seul segment du marché que constitue la radiodiffusion télévisuelle par câble et par DSL, la part de marché de Numericable est bien inférieure, compte tenu de l'arrivée sur le marché de Belgacom en 2005. Ainsi, le nombre de clients individuels de Numericable ⁴⁰ en région bilingue de Bruxelles-Capitale a chuté de plus de [confidentiel] ⁴¹ en 2005 à [confidentiel] en 2010, et il ne représente plus qu'à peine [confidentiel] % du segment de la radiodiffusion télévisuelle par câble et par DSL en région bilingue de Bruxelles-Capitale. Si on prend en compte l'ensemble du marché, même dans la seule région bilingue de Bruxelles-Capitale, la part de marché de Numericable est encore moindre. Or, conformément aux lignes directrices de la

³⁷ Bruxelles, 8^{ème} ch., 19 novembre 1997, Iverlek, Coditel et Consorts / TF1, attendu 44, Ing.-Cons., 1998, 56.

³⁸ Décision du Conseil de la concurrence du 29 novembre 2010, n° 2010-C/C-48, « Telenet ».

³⁹ Donnée tirée du projet de décision de l'IBPT du 17 janvier 2008 relative au marché 18.

⁴⁰ Sont compris dans les clients individuels tant les ménages que les personnes isolées.

⁴¹ Clients individuels, n'incluant pas les abonnés collectifs (hôtels, hôpitaux, etc.).

Commission européenne ⁴², il est improbable que des entreprises dont la part de marché n'excède pas 25 % détiennent une position dominante individuelle sur le marché pertinent.

38. Plusieurs autres critères confirment cette absence de dominance : tant la taille globale de Numericable que son absence d'accès aisé ou privilégié au marché des capitaux ou encore l'absence d'un réseau de vente développé (Numericable ne possède que quatre boutiques) contredisent une position dominante ou même significative sur le marché. Ces éléments, non exhaustifs, confirment donc une absence de dominance.

D'autre part, l'absence de barrières à l'entrée du marché (voy. infra) ainsi que l'existence de concurrents (Belgacom TV, Alpha Networks et son offre « Billi », le groupe « M 7 Group » et ses offres « TeleSat » et « TV Vlaanderen » ou encore Mobistar, nouvel entrant sur le marché depuis octobre 2010) confirment que le marché est de plus en plus concurrentiel et en pleine évolution. Cette évolution a d'ailleurs été expressément reconnue par le Conseil de la concurrence dans sa décision du 29 novembre 2010 ⁴³.

39. Cette absence de dominance de Numericable est encore confirmée par l'appréciation qu'a eue la Commission européenne du marché 18 en Belgique francophone. On se rappellera à cet égard que dans ses projets de décisions de 2007 relatifs au marché 18, le CSA de la Communauté française de Belgique avait considéré que certains câblo-opérateurs disposaient d'une puissance significative sur le marché. La Commission européenne l'a désavoué en ces termes :

« La Commission émet de sérieux doutes sur la désignation PSM [Puissance Significative sur le Marché] d'ALE-Teledis, de Brutélé et d'Ideatel. Alors que les câblo-opérateurs ont payé les fournisseurs de contenus afin d'obtenir l'accès aux programmes télévisés, y compris les chaînes non francophones telles que les programmes flamands ou étrangers, il semble que ces opérateurs, à l'instar de tout autre câblo-opérateurs en Wallonie, n'ont généralement pas été en mesure de percevoir des principaux opérateurs de télévision des paiements pour la distribution de programmes, en dépit du fait qu'actuellement et en général, les câblo-opérateurs wallons négocient collectivement ces contrats avec les fournisseurs de contenus. Les câblo-opérateurs ont pu négocier des paiements uniquement pour un nombre très limité de chaînes, chacune réalisant une faible part d'audience, telles que les chaînes de télé-achat ou les chaînes cryptées payantes. L'incapacité des câblo-opérateurs à facturer aux radiodiffuseurs la livraison de programmes pose une solide hypothèse selon laquelle ces radiodiffuseurs disposent d'une puissance d'achat compensatrice.

⁴² Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques (2002/C 165/03), point 75.

⁴³ Décision n° 2010-C/C-48, point 92.

Alors que les radiodiffuseurs cherchent à obtenir un accès aux services de diffusion, les câblo-opérateurs ont un avantage à inclure les principaux radiodiffuseurs dans leur offre de détail afin de réussir à vendre leur bouquet. Cette dépendance mutuelle entre les radiodiffuseurs et les câblo-opérateurs aboutit dès lors à un équilibre du pouvoir de négociation. Par ailleurs, il convient de tenir compte que les câblo-opérateurs sont soumis à des obligations de diffuser ([must carry]) qui les empêchent de refuser aux radiodiffuseurs jouissant du statut « must carry » l'accès à leurs réseaux. D'autre part, le CSA a confirmé l'absence de plaintes de radiodiffuseurs concernant l'accès au réseau câblé. »⁴⁴.

40. On notera que l'absence de désignation de Numericable comme opérateur dominant dans la décision antérieure de l'IBPT concernant le marché 18 confirme également que Numericable ne peut, trois ans par après, être considéré comme une puissance sur le même marché, alors que la concurrence sur celui-ci s'est significativement accrue, Belgacom TV ayant connu une croissance considérable et de nouveaux entrants étant apparus, notamment sur la zone desservie par le réseau de Numericable. Tel est le cas notamment de l'offre « Billi » d' Alpha Networks, des offres satellitaires « TeleSat » et « TV Vlaanderen » ou de l'offre « Mobistar ».

41. Enfin, même à considérer la définition extrêmement étroite des marchés de produits et géographique proposée dans le projet de décision de l'IBPT, l'absence de position dominante de Numericable sur un tel marché est également manifeste.

Cette conclusion est conforme aux lignes directrices de la Commission qui rappelle en effet ce qui suit :

« 74. La puissance d'une entreprise sur le marché peut être limitée par l'existence de concurrents potentiels.

78. Il est important de souligner que l'existence d'une position dominante ne saurait être établie sur le seul fait qu'une entreprise détient d'importantes parts de marché. En effet, comme indiqué plus haut, l'existence de fortes parts de marché signifie simplement que l'opérateur en question pourrait être en position dominante. C'est pourquoi les ARN doivent procéder à une analyse approfondie et exhaustive des caractéristiques économiques du marché pertinent avant de conclure à l'existence d'une puissance sur le marché. À cet égard, elles peuvent également mesurer la capacité d'une entreprise à se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs en utilisant notamment les critères énumérés ci-dessous:

- la taille globale de l'entreprise,*
- le contrôle d'une infrastructure qu'il n'est pas facile de dupliquer,*
- les avancées ou la supériorité technologiques,*
- l'absence ou la faible présence de contre-pouvoir des acheteurs,*

⁴⁴ Décision de la Commission européenne du 19 mars 2007, BE/2007/0578 : Services de diffusion audiovisuelle, p. 5 et 6, souligné par nous.

- *l'accès facile ou privilégié aux marchés des capitaux et aux ressources financières*
- *la diversification des produits et/ou des services (par exemple, produits ou services groupés),*
- *les économies d'échelle,*
- *les économies de gamme,*
- *l'intégration verticale,*
- *l'existence d'un réseau de distribution et de vente très développé,*
- *l'absence de concurrence potentielle,*
- *des entraves à l'expansion. ».*

Pour les raisons relevées ci-dessus, principalement la taille modeste de l'entreprise, que ce soit en termes de chiffre d'affaires, de nombre d'employés, de zones géographiques desservies, on ne voit pas en quoi Numericable pourrait être considérée en position dominante. Ce constat est d'autant plus certain quand on compare Numericable à d'autres opérateurs, tels que Belgacom, Telenet, « VOO » ou encore Mobistar.

42. L'absence de position dominante de Numericable ressort également de sa faible position de négociation par rapport aux radiodiffuseurs. En effet, comme Numericable l'a déjà signalé à l'IBPT, elle a été confrontée à plusieurs reprises ces derniers mois à des menaces de la part de radiodiffuseurs, tels que [confidentiel] ou [confidentiel], enjoignant à Numericable de cesser de diffuser leurs programmes à défaut pour elle d'accepter des conditions de diffusion imposées unilatéralement et non négociables. Cette attitude de la part de ces radiodiffuseurs confirme le peu d'importance que représente un opérateur tel que Numericable pour des radiodiffuseurs proposant des chaînes intéressant un grand nombre de téléspectateurs et des opérateurs plus importants.

Ce sont des raisons identiques qui ont amené aux Pays-Bas l'OPTA à considérer que des petits opérateurs, se trouvant dans une situation tout à fait similaire à celle de Numericable, ne disposaient pas de position dominante sur le marché.

L'OPTA résume à cet égard parfaitement la situation dans laquelle se trouvent des opérateurs tels que Numericable par rapport aux radiodiffuseurs :

« 318. Kleine kabelmaatschappijen nemen een duidelijk andere positie in ten opzichte van programma-aanbieders dan grote kabelmaatschappijen. Zo heeft een kabelmaatschappij met een groot verzorgingsgebied beduidend meer onderhandelingsruimte dan een kabelmaatschappij met een minder groot verzorgingsgebied. De programma-aanbieders zijn voor hun adverteerders afhankelijk van een groot bereik. Als een kabelexploitant met dertig aansluitingen toegang zou weigeren is het effect op een programma-aanbieder vanzelfsprekend kleiner dan bij kabelexploitanten met een groter bereik. <NAAM KABELXPLOITANT> heeft slechts een zeer beperkt bereik en vormen geen belangrijke peiler onder de (advertentie)inkomsten van programma-aanbieders. Dit

geldt voor zowel aanbieders van televisieprogramma's als voor aanbieders van radioprogramma's (met name de partijen met FM-frequentie).

319. Kabelmaatschappijen hebben er belang bij om de populaire programma's in de pakketten op te nemen, aangezien pakketten met deze programma's door eindgebruikers eerder zullen worden afgenomen. Voor deze programma-aanbieders geldt dat zij over kopersmacht beschikken. Immers, op het moment dat een kabelmaatschappij (om wat voor reden dan ook) ertoe zou overgaan om een programma-aanbieder niet toe te laten, dan zal dit een geringe impact hebben op de advertentie-inkomsten van een programma-aanbieder, waardoor de programma-aanbieder niet langer in het verzorgingsgebied van de individuele kabelmaatschappij te zien is. Een kleine kabelmaatschappij zal zich dit niet kunnen veroorloven en is niet in staat om zich onafhankelijk van programma-aanbieders op te stellen.

320. Bij deze analyse is tevens van belang dat het überhaupt niet waarschijnlijk is dat een (kleine) kabelmaatschappij een programma-aanbieder de toegang zou ontzeggen. De doelstelling is namelijk veelal om een zo uitgebreid mogelijk aanbod aan eindgebruikers te doen. Daarnaast geldt dat onderhavige kabelmaatschappijen geen belangen hebben in programma-aanbieders en derhalve geen prikkels voelen om concurrerende programma-inhoud te weren. Het college concludeert dat er geen prikkels aanwezig lijken om programma-aanbieders de toegang te ontzeggen.

321. Het college concludeert dat er op de transmissiemarkt sprake is van kopersmacht door programma-aanbieders die een tegenwicht vormt in het verzorgingsgebied van de kleine kabelmaatschappijen, waardoor kabelmaatschappijen niet in staat zijn om zich onafhankelijk te gedragen. ».

Cette motivation de l'OPTA fut reprise à l'égard d'autres opérateurs, dont le nombre d'abonnés était inférieur à 150.000.

L'absence de position dominante de Numericable est donc manifeste.

§ 4. Absence de nécessité d'une régulation « ex ante » du marché 18

Résumé

De même, l'adoption d'une réglementation ex ante, souhaitée par l'IBPT, ne se justifie pas. Une telle régulation, dont l'adoption n'est admise, selon la réglementation européenne, que dans des cas exceptionnels dont la réalité est démontrée par l'autorité de régulation nationale, ne tiendrait pas compte d'une analyse prospective du marché de la radiodiffusion audiovisuelle. Ce marché est actuellement en pleine évolution et est caractérisé par une concurrence accrue entre les différents opérateurs, tous modes de diffusion confondus. Cette concurrence, qui s'explique par la présence sur le marché de nouveaux opérateurs, se traduit par des prix particulièrement compétitifs et bas proposés au consommateur, notamment en comparaison avec les prix pratiqués dans d'autres

pays, tels que les Pays-Bas ou la France. L'évolution démontrée de ce marché s'oppose radicalement à l'adoption d'une réglementation « ex ante ».

43. Comme le précise la recommandation de la Commission du 11 février 2003 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 ⁴⁵, il importe de rappeler que l'adoption d'une régulation *ex ante* suppose l'existence d'un préjudice pour le consommateur auquel il ne puisse être remédié au travers d'une réglementation *ex post*.

L'adoption d'une réglementation *ex ante* requiert plus particulièrement que l'autorité nationale de régulation apporte la preuve de la réunion de trois critères distincts.

Le premier critère réside dans la présence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée, qu'elles soient de nature structurelle, légale ou réglementaire. La Commission rappelle à cet égard régulièrement qu'il ne suffit pas que des barrières à l'entrée existent, mais que celles-ci doivent être élevées, c'est-à-dire « *that market entry or its threat is not sufficiently immediate and has not put sufficient constraint on the dominant undertaking's market power and that it is likely that the situation will not change in the timeframe of the review* » ⁴⁶. En outre, précise la Commission, « *eu égard au caractère dynamique et au fonctionnement des marchés des communications électroniques, les possibilités de lever ces barrières dans un délai adéquat doivent également être prises en considération dans l'analyse prospective effectuée en vue de recenser les marchés pertinents susceptibles d'être soumis à une réglementation « ex ante »* » ⁴⁷.

Le deuxième critère consiste, selon la recommandation de la Commission, « *à admettre uniquement les marchés dont la structure ne présage pas d'évolution vers une situation de concurrence effective* » ⁴⁸. Il importe pour cela d'examiner quelle est la situation de la concurrence au-delà des barrières à l'entrée.

Le troisième critère réside dans l'incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul à la ou aux défaillances concernées du marché ⁴⁹.

44. D'emblée, Numericable tient à relever qu'à l'heure actuelle, aucune autorité de régulation nationale au sein des Etats-membres n'a estimé nécessaire de devoir imposer

⁴⁵ JO du 8 mai 2003, L114/45.

⁴⁶ Commentaires de la Commission du 9 février 2009 sur le projet de décision de l'OPTA, affaire NL/2009/0873.

⁴⁷ Point 9 de la recommandation de la Commission.

⁴⁸ Ibidem, souligné par nous.

⁴⁹ Ibidem, souligné par nous.

une réglementation ex ante aux opérateurs actifs sur le segment de la radiodiffusion télévisuelle par câble.

Comme Numericable l'a relevé ci-dessous, si aux Pays-Bas, l'*OPTA* a, dans un premier temps, adopté une décision imposant, uniquement aux câblo-opérateurs les plus puissants, certaines obligations en termes de fourniture d'accès à leur réseau, cette décision a été annulée en appel par le *College van beroep voor het Bedrijfsleven*.

4.1. Examen des barrières à l'entrée du marché

45. S'agissant de l'examen des barrières à l'entrée au marché, il est inexact de soutenir que le réseau de Numericable ne pourrait être dupliqué au niveau économique : ce réseau est en effet peu étendu géographiquement, puisqu'il est limité au territoire de seulement cinq communes en Région bilingue de Bruxelles-Capitale. Ces communes connaissant une très forte densité de population, une telle duplication pourrait être rapidement rentabilisée.

La spectaculaire croissance de Belgacom TV confirme également que l'entrée sur le marché ne se heurte pas à des barrières élevées. En moins de trois ans, Belgacom a pu en effet acquérir un million de clients sur le seul marché de la télévision, revendiquant sur la dernière année une augmentation de 39 % en glissement annuel.

De même, en quelques mois, l'offre « Billi » d'Alpha Networks a pu s'étendre en Région de Bruxelles-Capitale et annonce qu'il s'étendra à l'ensemble du territoire belge dans le courant de l'année 2011⁵⁰.

Les offres satellitaires concurrentes, qu'elles soient celles de M 7 Group ou de Mobistar, s'étendent à l'ensemble du territoire national, en ce compris la zone couverte par le réseau de Numericable, sans que ces nouvelles infrastructures ne se heurtent à des difficultés matérielles ou réglementaires particulières.

46. Quant à la négociation relative à l'accès au contenu avec les propriétaires de contenus et les détenteurs de droits (radiodiffuseurs et sociétés de gestion collective de droits), une telle négociation doit intervenir dans tous les cas : ainsi, dans l'hypothèse où une réglementation « ex ante » prévoirait une obligation de fournir accès à des opérateurs tiers sur une plateforme, une telle obligation ne dispenserait pas le nouvel entrant de devoir négocier l'autorisation des radiodiffuseurs et des sociétés de gestion collective de droits. Comme le reconnaît d'ailleurs l'IBPT au point 481.2 de sa décision, le régime général du droit d'auteur relatif à la retransmission des services de média, radio et de TV, tel que repris aux articles 51 et suivants de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, s'applique également dans le cadre de la « revente » d'une offre de distribution de services de télévision aux opérateurs alternatifs. Il est dès lors contradictoire de la part de l'IBPT de présenter cette

⁵⁰ Information reprise du site internet de l'opérateur.

négociation avec les ayants droit comme une barrière d'entrée limitant la possibilité de dupliquer une offre de télévision, alors que celle-ci s'applique quelle que soit la régulation « ex ante » du marché.

La gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins, imposée aux ayants droit, en matière de retransmission par câble, par la directive 93/83/CE « câble / satellite », facilite du reste cette négociation.

47. D'autres barrières au changement indiquées par l'IBPT sont en partie inexactes et exagérées.

Dans son projet de décision, l'IBPT souligne à de nombreuses reprises que la possibilité de fournir des signaux de télévision analogique en même temps que des signaux de télévision numérique constituerait une des principales barrières au changement étant donné que plus de 40 % des ménages belges disposent de deux télévisions ou plus. Cela constituerait soi-disant une barrière au changement significative pour passer au concurrent actuel Belgacom TV.

Ces affirmations de l'IBPT sont pour partie inexactes : en Région bilingue de Bruxelles-Capitale, Belgacom TV a en effet développé une technologie particulière de connexions VDSL2 permettant de raccorder deux postes de télévision d'un même abonné. Cette offre est, selon les données figurant sur le site internet de Belgacom, offerte sur 90 % du territoire de la Région de Bruxelles-Capitale.

D'autre part, l'importance de cette barrière est également exagérée quand on considère la croissance du nombre d'abonnés de Belgacom, laquelle revendique, sur l'année 2010, une augmentation de 39 % du nombre de ses abonnés en glissement annuel.

Enfin, on relèvera que Belgacom a la possibilité technique de prévoir une connexion analogique après le déploiement de son réseau « Fibre To The Home » ou « FTTH ». Si Belgacom ne procède pas pour le moment au déploiement de cette couverture, ou peut douter que cette connexion analogique constitue une « barrière » au changement.

48. La seule nécessité d'un décodeur ou l'existence d'offres « multi play » ne constituent pas davantage des barrières élevées à l'entrée du marché.

L'importance du décodeur est largement exagérée dès lors que tous les opérateurs le proposent en location.

Dans sa décision du 18 août 2010, le *College van beroep voor het Bedrijfsleven* releva d'ailleurs à juste titre l'importance toute relative du coût d'acquisition d'un décodeurs, ceci justifiant des lors qu'on ne puisse, pour ce motif, considérer que la radiodiffusion télévisuelle analogique et numérique constituaient deux marchés distincts. Le *College van beroep voor het Bedrijfsleven* décida à cet égard que « *De omstandigheid dat voor het gebruik van digitale televisie een decoder nodig is doet niet af aan het oordeel dat*

OPTA zich op het standpunt mocht stellen dat de alternatieve platforms binnen de reguleringsperiode een voldoende substituuat (gaan) bieden voor de kabel. Onweersproken is door de kabelexploitanten gesteld dat een of meer decoders door de alternatieve aanbieders van digitale televisie tegen beperkte kosten beschikbaar worden gesteld, zodat hierin niet een overstapdrempel van betekenis kan worden gevonden". Par identité de motifs, la même conclusion s'impose en Belgique.

Quant à la présence d'offres « multi play », force est de constater que presque tous les opérateurs développent aujourd'hui des offres « multi play », de sorte que les barrières qu'elles constitueraient n'apparaissent pas élevées.

49. Il importe également, selon la recommandation de la Commission, de tenir compte des possibilités de lever ces barrières dans un délai adéquat. Or, s'agissant de l'offre analogique, présentée par l'IBPT comme constituant une telle barrière, celle-ci ne cesse de diminuer en importance et elle est amenée à terme à disparaître eu égard au passage vers le numérique, lequel constitue l'objectif poursuivi tant par le législateur communautaire que par les législateurs belges. Sur certains réseaux, tels que spécialement celui de Numericable, le nombre d'abonnements analogiques est d'ailleurs plus que marginal. Ce nombre est en constante diminution, étant encore passé de 23 % en décembre 2009 à 18 % en décembre 2010.

50. En outre, comme le précise le point 13 de la recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003, « l'importance des barrières à l'entrée peut être relativisée sur des marchés orientés vers l'innovation, évoluant au rythme des progrès technologiques ». Or, en l'espèce, le marché des communications électroniques se caractérise par une évolution technologique constante. De nouvelles possibilités d'offres de signaux de télévision numérique se développent notamment sur des smart phone et des tablettes (« iPad »), tandis que la « web TV » se développe également.

Comme le relève le CEO de Belgacom dans un commentaire du rapport trimestriel de Belgacom 2010, « *les clients seront bientôt en mesure de regarder n'importe quel contenu sur n'importe quel appareil, n'importe où et n'importe quand* ».

Il est étonnant dès lors que dans son analyse de l'importance des barrières à l'entrée du marché, l'IBPT ne tienne pas compte de ces évolutions technologiques ni du caractère dynamique du fonctionnement des marchés. De ce point de vue, l'analyse proposée par l'IBPT apparaît « statique » et s'écarte donc de l'analyse prospective à laquelle il y a lieu de procéder conformément à la recommandation de la Commission du 11 février 2003 ⁵¹.

4.2. L'analyse de la concurrence sur le marché

51. S'agissant du second critère, à savoir l'analyse du marché, on ne peut que constater que la position de l'IBPT est sur ce point en contradiction avec l'analyse du

⁵¹ Voy. point 9 de la recommandation.

même marché qu'avait eue le Conseil de la concurrence dans sa décision du 29 novembre 2010⁵². Alors que l'IBPT considère que la structure du marché ne tend pas vers une concurrence effective, le Conseil de la concurrence a au contraire constaté, sur la base d'un rapport d'instruction, ainsi que d'un rapport complémentaire de l'auditeur et des réactions des parties, que le marché se trouvait en pleine évolution⁵³. Cette évolution avait d'ailleurs déjà été soulignée en 2008 par le Conseil de la concurrence dans ses décisions relatives à la concentration du câble wallon⁵⁴.

52. La position de l'IBPT semble en outre entachée de certaines contradictions : d'une part, l'IBPT soutient que la présence d'une offre analogique chez les câblodistributeurs empêcherait une concurrence effective, alors que l'IBPT reconnaît au demeurant la substituabilité existant entre les offres de télévision analogique et les offres de télévision numérique, puisqu'il considère qu'elles font partie du même marché.

Le projet de décision ne manque également pas de se contredire en considérant, d'une part, que le marché serait limité à la zone de couverture de chaque opérateur et, d'autre part, en ne tenant pas compte des spécificités de cette zone de couverture. Ainsi, s'agissant par exemple de la zone de couverture de Numericable, l'IBPT affirme au point 350 de son projet de décision, que la télévision analogique reste un produit important sur le marché de détail pertinent. Or, sur la zone de couverture de Numericable, le taux de pénétration des abonnements numériques est de 82 % de la clientèle de Numericable, la seule diffusion analogique étant devenue marginale (18 %). Sur la base de la définition du marché de produits retenue ci-dessus et en considérant la seule zone géographique du réseau de Numericable, la diffusion analogique représente moins de 10 %.

S'agissant également de l'attrait de la télévision analogique pour les ménages ayant plusieurs postes de télévision, l'IBPT omet d'ailleurs de considérer qu'en Région bilingue de Bruxelles-Capitale, Belgacom TV déclare couvrir 90 % du territoire de cette région au moyen de connexions « VDSL2 », lesquelles permettent à ses abonnés d'utiliser simultanément plusieurs postes de télévision. Les avantages de la télévision analogique semblent donc exagérés par l'IBPT.

En outre, ainsi que le reconnaît l'IBPT, Belgacom TV a la possibilité technique de prévoir une connexion analogique après le déploiement de son réseau FTHH (« Fibre To The Home »). Ce réseau FTHH serait déployé principalement dans les zones urbaines, c'est-à-dire en Région bilingue de Bruxelles-Capitale. Cette possibilité technique existe donc et la simple affirmation de l'IBPT selon laquelle il est peu probable qu'au cours des prochaines années, Belgacom procède au déploiement de cette couverture ne permet pas de considérer pour autant que l'offre de télévision analogique actuellement disponible auprès des câblo-opérateurs constituerait une « facilité essentielle ». Au

⁵² Décision du Conseil de la concurrence du 29 novembre 2010, n° 2010-C/C-48, « Telenet », spécialement point 92.

⁵³ Point 92 de la décision précitée.

⁵⁴ Décision du Conseil de la concurrence n° 2008-C/C-16 du 25 avril 2008 et décision du Conseil de la concurrence n° 2008-C/C-57 du 31 octobre 2008.

contraire, cette possibilité qu'a Belgacom contredit radicalement l'existence d'une telle « facilité essentielle » au sens du droit de la concurrence.

La circonstance que Belgacom ne procéderait pas immédiatement au déploiement d'une telle couverture FTHH lui permettant une connexion analogique, alors qu'elle en a la possibilité, permet de douter de ce que cette connexion analogique constitue en soi un tel avantage concurrentiel.

53. S'agissant de l'analyse de marché, les parts de marché indiquées dans le projet de décision de l'IBPT pour les câblo-opérateurs doivent être corrigées, car elles ne tiennent pas compte d'une définition correcte du marché, telle que reconnue par le Conseil de la concurrence ⁵⁵.

54. On doit encore relever que l'analyse proposée par l'IBPT apparaît purement statique : elle se focalise sur la situation actuelle du marché, alors que la recommandation de la Commission du 11 février 2003 impose au contraire une analyse prospective ⁵⁶.

Or, force est de constater que ce marché se caractérise par une forte croissance de Belgacom, qui en trois années de présence sur le marché, a acquis plus d'un million d'abonnés. Selon le dernier résultat trimestriel de Belgacom, cette croissance représentait en 2010 une augmentation de 39 % en glissement annuel.

En outre, plusieurs nouveaux opérateurs sont apparus sur le marché, qu'il s'agisse d'Alpha Networks et de son offre « Billi », de M 7 Group et ses offres « TeleSat » et « TV Vlaanderen » ou de Mobistar.

Le succès que rencontre l'offre « Mobistar », qui déclare près de 30.000 nouveaux abonnés en seulement deux mois d'activités (soit près du tiers du nombre d'abonnés de Numericable en Région bilingue de Bruxelles-Capitale), confirme également le caractère concurrentiel du marché et l'absence de barrières élevées à l'entrée.

Comme l'a constaté le Conseil de la concurrence dans sa décision du 29 novembre 2010, le marché est ainsi en pleine évolution (« in volle evolutie ») ⁵⁷.

55. L'IBPT omet également de considérer que le marché se caractérise par de grands progrès technologiques et qu'il est orienté vers l'innovation. Or, comme l'a relevé la Commission dans sa recommandation 2003/311/CE, les pressions concurrentielles découlent souvent dans ce cas des ambitions innovatrices de concurrents potentiels qui ne sont pas encore présents sur le marché. Dans le cadre d'une analyse prospective,

⁵⁵ Décision du Conseil de la concurrence du 29 novembre 2010, n° 2010-C/C-48, « Telenet ».

⁵⁶ Point 9 de la recommandation de la Commission du 11 février 2003.

⁵⁷ Point 92 de la décision du Conseil de la concurrence du 29 novembre 2010.

l'IBPT eût dû tenir compte de cette orientation de nombreux opérateurs vers l'innovation et le progrès technologique.

56. La convergence indiquée ci-avant entre les différentes plateformes technologiques constitue également une évolution du marché qui est reconnue par les autorités de la concurrence, mais dont l'IBPT ne tient pas compte dans son analyse du marché. De même, l'importance de l'internet comme mode de diffusion d'une offre télévisée et la « web TV » sont totalement absentes de l'analyse de l'IBPT.

57. Le marché semble donc se caractériser par une évolution constante, un dynamisme, une innovation technologique, l'apparition de nouveaux opérateurs, ainsi qu'une concurrence croissante entre les infrastructures s'accompagnant des pertes constantes des parts de marché des sociétés de câblodistribution.

Cette conclusion est du reste confirmée par le fait que l'abonnement à la télévision numérique par câble proposé par Numericable est inférieur aux prix pratiqués dans des pays voisins tels que la France ou les Pays-Bas, alors précisément qu'aucune régulation du marché de la radiodiffusion télévisuelle par câble n'est en vigueur dans ces pays. Ainsi, alors que le prix de l'abonnement à la télévision numérique proposé par Numericable est de 15,50 € par mois, le prix de cet abonnement est compris entre 15,95 € et 22,05 € aux Pays-Bas⁵⁸ et il s'élève à 22,90 € en France⁵⁹.

58. Numericable relève d'ailleurs qu'en 2008 déjà, l'IBPT avait refusé de considérer, dans son projet de décision relative au marché de la radiodiffusion télévisuelle, que le deuxième critère visé dans la recommandation de la Commission de 2003 en vue d'une réglementation « ex ante » du marché fût rempli.

59. La même conclusion s'impose aujourd'hui, d'autant que la concurrence sur le marché s'est encore accrue depuis lors.

4.3. Le rôle et l'efficacité du droit de la concurrence

60. S'agissant du troisième critère, à savoir la prétendue incapacité du droit de la concurrence à remédier à la ou aux défaillances du marché, l'analyse proposée par l'IBPT apparaît également erronée.

L'incapacité du droit de la concurrence est affirmée par l'IBPT sur la base de la difficulté de démontrer que les réseaux câblés constitueraient une « facilité essentielle » selon les critères de l'arrêt « Oscar Bonner » de la Cour de justice⁶⁰. Or, si les réseaux câblés ne peuvent être qualifiés de facilité essentielle, c'est précisément parce qu'ils n'en constituent pas une. Indépendamment même des critères de l'arrêt « Oscar Bonner », la

⁵⁸ Données reprises sur les sites de Ziggo, Caiway et UPC.

⁵⁹ Données reprises sur le site de Numericable France

⁶⁰ CJUE, 26 novembre 1998, aff. C-7/97.

possibilité reconnue par l'IBPT que possède Belgacom de prévoir une connexion analogique grâce au déploiement de son réseau « Fibre To The Home » (« FTTH »), le confirme.

61. S'agissant du dernier critère à considérer, le projet de décision de l'IBPT contient en outre une erreur manifeste en ce qu'il affirme (au point 358) que plusieurs opérateurs auraient sans succès demandé à Numericable de pouvoir accéder à son infrastructure. A ce jour, aucun opérateur alternatif⁶¹ n'a jamais effectué une telle demande auprès de Numericable et aucune négociation n'est en cours à cet égard.

En outre, même à supposer que d'éventuels opérateurs demanderaient dans le futur à Numericable de pouvoir accéder à son infrastructure, rien ne permet de présumer que Numericable ne leur accorderait pas un tel accès, que du contraire. En France, il est en effet constant que Numericable France a précisément accordé à des tiers ne disposant pas d'infrastructure tels que Darty, Bouygues ou Auchan un tel accès à son infrastructure. En France, aucun cadre réglementaire n'encadre cette ouverture, preuve s'il en est qu'une régulation « ex ante » n'est pas nécessaire pour l'assurer.

62. Enfin, l'affirmation d'une prétendue incapacité du droit de la concurrence à permettre une ouverture des réseaux câblés est contredite par la jurisprudence de la cour d'appel de Bruxelles, relative précisément à l'application de la loi sur la protection de la concurrence économique. A cet égard, l'on peut en effet relever à titre d'exemple le cas de Canal + Belgique (aujourd'hui devenue Be TV), et qui était un des seuls distributeurs de programmes qui ne soit pas également opérateur de réseau, et qui s'était opposé, en Région bilingue de Bruxelles-Capitale, à un refus de distribution ou à des conditions jugées équivalentes à un refus de distribution par plusieurs sociétés de câble actives en Région bilingue de Bruxelles-Capitale. Par application des dispositions de la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 1^{er} juillet 1999 (et aujourd'hui remplacée par la loi sur la protection de la concurrence économique coordonnée le 15 septembre 2006), obligation fut faite aux sociétés de câblodistribution concernées de donner accès à leurs réseaux ou aux services numériques de Canal + Belgique⁶².

A cet égard, l'IBPT omet en outre de considérer que l'application du droit de la concurrence économique peut non seulement être requise devant les autorités belges de la concurrence, le cas échéant sous la forme de mesures provisoires et urgentes, mais aussi devant les cours et tribunaux de l'Ordre judiciaire, notamment dans le cadre de procédures en référé ou en cessation commerciale où l'urgence est présumée, de sorte que la pleine efficacité du droit de la concurrence peut être garantie selon plusieurs voies procédurales. S'agissant plus particulièrement du Conseil de la concurrence, il ne saurait

⁶¹ Belgacom ne constituant pas un « opérateur alternatif » compte tenu, d'une part, de sa propre infrastructure, de sa position sur le marché (un million d'abonnés TV) et de sa position dominante sur les marchés connexes (spécialement celui de l'accès à l'internet à haut débit à destination de la clientèle résidentielle).

⁶² Bruxelles, 28 janvier 1999, Canal + Belgique / Radio publique, inédit ; Bruxelles, 9^{ème} chambre bis, 18 juin 2004, Auteurs & Media, 2004, p. 357.

par ailleurs être nié que celui-ci, certainement depuis la dernière modification de la loi sur la protection de la concurrence économique, dispose de toutes les capacités humaines, économiques et juridiques lui permettant de donner plein effet aux règles du droit de la concurrence, que ce soit au travers de l'adoption de sanctions, telles que l'imposition de mesures ⁶³, ou encore en rendant obligatoires des engagements proposées par des entreprises en position dominante ⁶⁴ (art. 53 § 1 LPCE).

Le troisième critère pour une régulation « ex ante » n'est pas rempli.

4.4. Conclusion

63. Il résulte de ce qui précède que les critères de la recommandation du 11 février 2003 ne sont pas remplis, de sorte qu'il n'existe aucune nécessité de soumettre le marché 18 à une réglementation « ex ante ». A cet égard, il convient de rappeler également que dans sa recommandation du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques, la Commission européenne incitait à une certaine prudence en ce qui concerne toute forme de réglementation « ex ante » de ce marché.

Comme le rappelait le premier considérant de cette recommandation, « *l'objectif est de réduire progressivement la réglementation sectorielle « ex ante » au fur et à mesure que la concurrence s'intensifie sur le marché* ». Or, tel est manifestement le cas du marché 18 en Belgique et spécialement en Région bilingue de Bruxelles-Capitale depuis 2008.

64. Dans sa communication du 29 janvier 2006 concernant le réexamen du cadre réglementaire EU pour les réseaux et services de communications électroniques ⁶⁵, la Commission observait d'ailleurs que les marchés dans lesquels elle estime qu'une réglementation peut se justifier, et les critères utilisés pour identifier ces marchés, et qui sont énumérés dans la recommandation de la Commission de 2003, sont en cours de réexamen eu égard au changement de la technologie et des conditions de marché. Dans cette même communication, la Commission relevait que les investissements européens dans le secteur ont été, ces dernières années, aussi élevés, sinon plus, que dans les autres régions du monde et que pour répondre à la concurrence, tant les nouveaux entrants que les opérateurs historiques investissent dans l'extension et la modernisation des infrastructures de réseaux. Parmi les principales tendances de l'évolution technologique attendue, la Commission soulignait notamment l'utilisation croissante des communications sans fil et des plateformes d'accès sans fil (3 G, Wi Fi, Wi Max et satellite par exemple), ainsi que le déploiement des liaisons de fibre optique dans le réseau d'accès local et le passage à la télévision numérique. La Commission en concluait : « *les opérateurs se trouvent confrontés à de nouveaux concurrents et*

⁶³ Décision du Conseil de la concurrence, 8 sept. 2003, aff. MEDE – C/C – 03/0046, *Telenet Bidco NV et Canal + NV*.

⁶⁴ Décision du Conseil de la concurrence, 30 novembre 2005, aff. Conc-I/0-98/0012, *Distri-One S.A. c. Coca Cola Entreprises Belgium SPRL*.

⁶⁵ SEC (2006) 816 et SEC (2006) 817.

cherchent de nouveaux plans d'affaires face au changement imminent que devrait connaître le marché des communications électroniques actuelles. Tout cela conduira à l'apparition de services nouveaux et innovants pour les consommateurs, les services « triple play » actuels (voix, internet et télévision) annonçant dès à présent les services groupés complexes de l'avenir. Les frontières entre les produits et les services de communications électroniques continueront de s'estomper ; on verra apparaître de nouvelles formes d'appareils mobiles et portables offrant des possibilités d'interactivité et de radiodiffusion. Le respect de la vie privée et la sécurité continueront d'être un sujet d'inquiétude pour les utilisateurs ».

65. Cette évolution rapide des marchés se trouve également confirmée par la communication du 18 juillet 2007 de la Commission en vue de renforcer le marché intérieur de la télévision mobile ⁶⁶. La Commission y relève que la TV mobile illustre le recoupement de deux tendances majeures dans la société : une plus grande mobilité et de nouveaux moyens d'accès au contenu, de sorte qu'elle pourrait devenir l'une des prochaines technologies grand public à forte croissance.

66. Le marché et sa définition apparaissent ainsi en pleine évolution, ce qui s'oppose radicalement à la nécessité d'une réglementation « ex ante ».

L'opportunité d'une réglementation « ex ante » est d'autant moins établie que les activités sur le marché sont déjà très réglementées, notamment, en Région bilingue de Bruxelles-Capitale, par la loi du 30 mars 1995 concernant les réseaux de communications électroniques, les services de communications électroniques et l'exercice d'activités de radiodiffusion dans la Région bilingue de Bruxelles-Capitale ⁶⁷. En Communauté française et en Communauté flamande, les décrets respectifs en matière de services de médias audiovisuels constituent également des réglementations contraignantes pour les opérateurs, ainsi que pour les distributeurs de services.

On rappellera que ces différentes législations ont confirmé un système de « must carry » en faveur de certains radiodiffuseurs. Conformément aux termes de la loi du 16 mars 2007 modifiant sur ce point l'article 13 de la loi du 30 mars 1995, ces dispositions en matière de « must carry » visent à garantir « l'existence d'une saine concurrence » entre les opérateurs. Ce statut de « must carry » assure ainsi une position privilégiée à de nombreux radiodiffuseurs ou éditeurs de services dans le cadre de leurs négociations avec les sociétés de câblodistribution.

67. En outre, il échet également de rappeler que la commercialisation d'une offre analogique de programmes télévisés reste en Belgique soumise au contrôle des prix. Les montants de redevances pratiquées par n'importe quel opérateur pour la distribution analogique de programmes télévisés doivent être établis conformément à la loi du 22 janvier 1945 sur la réglementation économique et les prix, et à l'arrêté

⁶⁶ SEC (2007) 980 et SEC (2007) 981.

⁶⁷ telle que modifiée par la loi du 16 mars 2007, MB, 5 avril 2007.

ministériel du 20 avril 1993 portant dispositions particulières en matière de prix ⁶⁸. Les câblodistributeurs ne peuvent donc fixer librement les prix ou leurs redevances et ceux-ci sont soumis au contrôle et à l'autorisation du service des prix dépendant du SPF Economie.

Cette soumission de l'abonnement analogique au contrôle des prix, l'imposition des « must carry » par la loi ou par décret, ainsi que l'application de la réglementation en matière de réseaux de communications électroniques et de services de communications électroniques constituent en soi des contraintes importantes pour les opérateurs du câble, de sorte qu'une réglementation « ex ante » du marché 18 se justifie d'autant moins.

§ 5. Quant aux obligations de l'IBPT se propose d'imposer à certains opérateurs du câble

Résumé

Plusieurs objections, voire craintes, doivent enfin être émises par Numericable en ce qui concerne les mesures que propose d'imposer l'IBPT aux opérateurs de câble. Ces mesures sont en effet fondées sur des prémisses erronées telles que la prétendue faiblesse de la concurrence, l'absence de prix compétitifs ou encore le prétendu refus d'accès qu'aurait opposé Numericable à des opérateurs alternatifs, alors que Numericable n'a jamais été saisie d'aucune demande en ce sens. Elles ne se justifient dès lors pas. Elles sont en outre particulièrement critiquables et excessives en ce qu'elles placent sur le même pied un opérateur de taille modeste tel que Numericable avec d'autres opérateurs dont la taille, le nombre d'abonnés, la couverture géographique ou encore le personnel sont sans commune mesure avec ceux de Numericable. Les obligations particulièrement lourdes prévues dans le projet de décision à charge de Numericable sont disproportionnées et ne manqueraient pas, si elles devaient être adoptées, de mettre en péril sa viabilité.

68. Dans son projet de décision, l'IBPT se propose d'imposer aux opérateurs de câble l'obligation de donner accès à leur plateforme de télévision numérique, de donner accès à une offre de revente de l'offre de télévision analogique, ainsi que de donner accès à une offre de revente de l'offre d'accès au haut débit. En outre, des obligations de non-discrimination, de transparence et de contrôle de prix seraient imposées.

Ces obligations suscitent, tant dans leur principe que dans leurs modalités pratiques, un certain nombre d'objections.

69. Il apparaît tout d'abord contraire aux principes d'égalité, de non-discrimination et de proportionnalité, d'imposer aux opérateurs du câble **les mêmes obligations**, quelle que soit la taille de ces opérateurs.

⁶⁸ Moniteur belge du 28 février 1993.

Les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination sont expressément consacrés par l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et les articles 10 et 11 de la Constitution. Ils constituent également des principes de droit communautaire. Ils ont pour corollaire le principe de proportionnalité, qui interdit aux autorités, en droit de la concurrence, toute intervention arbitraire ou disproportionnée (L. Vogel, Droit européen de la concurrence, Paris, Lawlex, 2010, p. 335).

La Cour de Justice et le Tribunal de l'Union européenne ont eu l'occasion de rappeler à plusieurs reprises que les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination exigent que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit justifié par des **différences objectives d'une certaine importance**⁶⁹.

Dans son arrêt T-106/96, le TPI souligne spécialement :

« il y a lieu de rappeler la jurisprudence selon laquelle, «pour qu'on puisse reprocher à la Commission d'avoir commis une discrimination, il faut qu'elle ait traité d'une façon différente des situations comparables, entraînant un désavantage pour certains opérateurs par rapport à d'autres, sans que cette différence de traitement soit justifiée par l'existence de différences objectives d'une certaine importance» (voir notamment les arrêts de la Cour du 13 juillet 1962, Klöckner Werke et Hoesch/Haute Autorité, 17/61 et 20/61, Rec. p. 615, 652, et du 15 janvier 1985, Finsider/Commission, 250/83, Rec. p. 131, point 8). Afin de juger si le traitement de la situation d'Irish Steel reproché à la Commission constitue une violation du principe d'égalité de traitement, il faut examiner si ce traitement repose sur l'existence de différences objectives ».

70. Or, en l'espèce, à supposer même qu'il faille suivre la définition du marché telle que proposée par l'IBPT et qu'une réglementation *ex ante* s'impose, *quod non*, il existe des différences objectives entre les différents opérateurs actifs sur le marché de la radiodiffusion télévisuelle par câble ou par DSL.

Comme Numericable l'a déjà exposé, des différences plus que significatives la distinguent d'entreprises telles que Belgacom ou Telenet, que ce soit en termes de :

- chiffre d'affaires : celui de Numericable est 60 fois inférieur à celui de Belgacom et 27 fois inférieur à celui de Telenet
- personnel : Numericable n'emploie que 62 personnes alors que Belgacom en emploie 12.610 et Telenet 9086 ;
- nombre d'abonnés : Numericable compte au total [confidentiel] clients à la télévision pour 920.000 à Belgacom et 1.168.800 à Telenet pour la seule télévision numérique ;

⁶⁹ CJUE, 14 avr. 2005, C-110/04, Belgique / Commission, *J.T.Dr.Eur.*, 2005, p. 207 ; TPI, 7 juillet 1999, *Wirtschaftsvereinigung Stahl / Commission*, T-106/96, *Rec.*, p. II-2155, point 103.

- importance du réseau de distribution : plusieurs milliers de boutiques et points de vente de Belgacom, près de 1000 boutiques pour Telenet alors que Numericable n'en compte que 4 ;
- couverture géographique : Telenet est active partout en Flandre et dans plusieurs communes en Région bilingue de Bruxelles-Capitale ; Belgacom est active partout en Belgique ; alors que Numericable est active à peine dans cinq communes de la région bilingue de Bruxelles-Capitale et deux communes de la Région flamande.

C'est dès lors dans le respect des principes d'égalité, de non-discrimination et de proportionnalité que l'OPTA, aux Pays-Bas, n'imposa à aucun opérateur de radiodiffusion télévisuelle par câble possédant moins de 150.000 clients de mesure d'accès à leur plateforme de télévision numérique ou d'accès à une offre de revente de l'offre de télévision analogique, alors que de telles obligations furent en revanche imposées à des opérateurs plus importants.

Pour les raisons expliquées ci-dessus, rien ne justifie qu'une solution différente soit adoptée à l'égard de Numericable.

71. D'autre part, l'IBPT tente de justifier les mesures qu'il propose en soulignant que certains autres opérateurs seraient demandeurs pour un accès aux infrastructures en cause et pour la mise en œuvre d'une telle obligation. Numericable n'a cependant jamais reçu aucune demande en ce sens d'un opérateur alternatif⁷⁰ et a fortiori, elle ne les a jamais refusées. Elle n'a également jamais mené de quelconque négociation en ce sens avec un opérateur.

72. Si de telles mesures d'accès devaient en outre bénéficier à Belgacom TV, le projet de décision de l'IBPT aboutirait à une situation paradoxale, à savoir un renforcement de la position dominante que possède Belgacom sur les marchés connexes de l'accès à internet à haut débit à destination de la clientèle résidentielle en Belgique. La position dominante de Belgacom sur le marché de la fourniture d'accès à internet haut débit à destination de la clientèle résidentielle ne fait en effet guère de doute, avec une part de marché de Belgacom estimée par l'IBPT à 53 %.

73. Les liens entre les différents marchés des communications électroniques et en particulier ceux composant les différents éléments des offres multiservices à haut débit sont de plus en plus étroits. Compte tenu de la convergence croissante des différentes technologies de diffusion de services de télévision, le lien de connexité entre le marché des services de télévision, d'une part, et celui de la fourniture d'accès à internet à haut débit, d'autre part, augmente sans cesse et est aujourd'hui étroit.

Belgacom dispose en outre d'un important parc de clientèle captive (abonnés à son offre d'accès à internet haut débit) auprès de laquelle elle offre même gratuitement les

⁷⁰ Belgacom ne constituant pas un tel opérateur alternatif, voy. supra note 60

services de télévision de Belgacom TV pour augmenter encore sa puissance sur le marché de la fourniture d'accès à internet haut débit.

En conséquence, l'ouverture de l'accès aux plateformes de télévision analogique et/ou numérique des câblo-opérateurs permettra à Belgacom d'utiliser encore davantage la puissance qu'elle détient sur l'accès haut débit internet, au préjudice de la concurrence dans ce marché.

Le risque est donc important que les mesures proposées par l'IBPT, si elles devaient bénéficier à Belgacom TV, produisent des effets anticoncurrentiels sur un marché lié.

A tout le moins, il conviendrait, à supposer que l'IBPT décide d'imposer à certains opérateurs du câble les mesures envisagées, d'en réserver le bénéfice uniquement à des opérateurs ne disposant pas encore de leur propre infrastructure leur permettant de développer une offre concurrente. Une telle limitation a d'ailleurs été décidée aux Pays-Bas par l'OPTA.

74. Les mesures proposées par l'IBPT, même si elles devaient être limitées aux opérateurs alternatifs ne disposant pas de plateforme, et même si elles se limitaient s'agissant d'un petit opérateur, au seul accès à son offre de télévision analogique, impliquent des contraintes très lourdes. Des obligations telles notamment que celles envisagées en ce qui concerne le contenu des « offres de référence » ou la publication mensuelle d'indicateurs sur la qualité du service ou d'indicateurs de performance, constitueraient de telles contraintes qu'elles seraient disproportionnées pour des petits opérateurs tels que Numericable. Ceux-ci ne disposent pas des ressources matérielles, humaines et financières pour faire face à de telles contraintes.

Si Numericable devait être soumise à de telles obligations, la poursuite de son activité en Belgique s'en trouverait menacée eu égard aux coûts financiers que de telles mesures représenteraient pour elle. Selon l'expérience de Numericable en France, ces mesures nécessiteraient en effet à tout le moins un doublement des ressources techniques et marketing de Numericable en Belgique et un coût de mise en place de plus de 5 millions d'euros. Un tel coût est clairement insupportable pour une entreprise de la taille de Numericable Belgique. Les mesures proposées pourraient donc aboutir à la disparition de certains opérateurs du marché, à savoir les plus petits, et cela confirme également le caractère démesuré des mesures envisagées à tout le moins s'agissant d'opérateurs de petite taille économique.

75. Plus fondamentalement encore, à supposer qu'il faille considérer que les entreprises de câblodistributeurs sont des entreprises puissantes sur le marché 18, ce qui est pourtant contredit par l'analyse de ce marché, il n'en demeure pas moins que pour que les obligations d'accès soient justifiées, il faut qu'il y ait un « problème constaté » (article 8, § 4 de la directive « accès »).

A cet égard, le projet de décision croit pouvoir identifier un manque de contrepoids objectif suffisant pour encadrer la liberté commerciale des opérateurs concernés de négocier l'accès et les conditions d'accès de distributeurs tiers à leur réseau. Or, de tels contrepoids se trouveront naturellement dans les menaces que représentent pour les opérateurs de réseaux de câble coaxial les plateformes alternatives que sont notamment l'XDSL et le satellite.

En outre, dès lors que comme indiqué ci-dessus, Numericable n'a jamais reçu de demande spécifique d'un opérateur alternatif en vue d'avoir accès à son réseau et qu'elle n'a a fortiori jamais refusé une telle demande, les mesures proposées n'apparaissent ni justifiées ni proportionnelles car elles ne visent pas à répondre à un « problème constaté ».

76. Une autre défaillance que l'IBPT croit pouvoir constater sur le marché de détail et qu'elle qualifie de « principale » serait un manque de concurrence caractérisé par un faible nombre d'opérateurs actifs sur le marché de détail et par des prix soi-disant supérieurs à ceux qui existeraient si le marché était davantage concurrentiel.

Cette double affirmation ne résiste pas à l'examen.

D'une part, comme indiqué ci-avant, on constate plusieurs nouveaux entrants sur le marché, dont la concurrence augmente en conséquence. Depuis 2008, outre Belgacom TV, les offres de Alpha Networks (« Billi »), de M 7 Group (« TeleSat » et « TV Vlaanderen »), Mobistar, sont apparues. Le marché tend donc naturellement vers davantage de concurrence, sans que les mesures proposées apparaissent justifiées.

D'autre part, il n'est pas exact d'affirmer que les prix seraient supérieurs à ceux qui existeraient si les mesures proposées étaient adoptées. Le prix de l'abonnement au câble en Belgique, que ce soit pour la télévision analogique ou la télévision numérique, est en effet moins élevé que dans d'autres Etats membres de l'Union européenne.

Le prix de l'abonnement (analogique ou numérique) sur le réseau de Numericable est, comme indiqué ci-dessus, largement inférieur au prix d'un abonnement au câble dans d'autres pays, notamment en France.

En revanche, si Numericable devait par impossible faire face à des obligations similaires à celles qui sont projetées dans le projet de décision à charge de certains opérateurs, cela pourrait remettre en cause la poursuite des activités de Numericable sur le marché belge et, de manière directe, le montant de ses redevances d'abonnement devra être substantiellement augmenté de manière à essayer de faire face aux coûts que représenterait la charge de ces obligations.

§ 6. Conclusion

77. Dans la présente contribution, Numericable a établi qu'il constitue un opérateur de taille modeste, tant au regard de la zone géographique où il opère qu'au regard de son nombre d'abonnés.

Même s'il fallait se cantonner à la Région bilingue de Bruxelles-Capitale, Numericable possède une part de marché manifestement inférieure au seuil de 25 %, quelle que soit la définition de ce marché.

Numericable formule également plusieurs objections, en fait comme en droit, au projet de décision de l'IBPT concernant l'analyse du marché 18.

S'agissant de la définition du marché, le projet de décision témoigne d'une analyse statique du marché, alors que la réglementation européenne impose de procéder à une analyse prospective. Le projet s'écarte également de la pratique décisionnelle de la Commission européenne et de la jurisprudence récente du Conseil belge de la concurrence relatives à la définition du marché de la radiodiffusion télévisuelle. Se fondant sur une analyse approfondie du marché, le Conseil de la concurrence a en effet confirmé dans sa décision du 27 novembre 2010 que non seulement le câble, le mode DSL, mais aussi le satellite, font partie d'un même marché de détail pertinent. L'évolution du marché se caractérise ainsi par la convergence croissante entre les différentes plateformes et par l'apparition de nouveaux opérateurs. Le marché se caractérise aussi par une importante évolution technologique. S'agissant de la pression concurrentielle exercée par les opérateurs satellitaires, celle-ci est sous-estimée par l'IBPT, spécialement en Région bilingue de Bruxelles-Capitale, où une forte population allochtone vit.

En ce qui concerne la délimitation géographique du marché, l'approche de l'IBPT apparaît également inexacte. Le marché se caractérise en effet par une majorité d'opérateurs possédant une couverture nationale (Belgacom TV, Mobistar, M 7 Group et ses offres « TeleSat » et « TV Vlaanderen ») ou à tout le moins régionale (« VOO » en Région wallonne et en Région bilingue de Bruxelles-Capitale ; Telenet en Région flamande et Région bilingue de Bruxelles-Capitale ; Alpha Networks et son offre « Billi » à Bruxelles). Il est également constant que les prix de détail pratiqués par les différents opérateurs présentent une homogénéité. Ces constats auraient dû amener l'IBPT à reconnaître, à l'instar des autres régulateurs nationaux, notamment aux Pays-Bas, que le marché possède une dimension nationale, à tout le moins que celui-ci s'étend à chacune des deux grandes communautés linguistiques existant en Belgique. En tout état de cause, une dimension à tout le moins régionale du marché paraît difficilement contestable, d'autant que la réglementation applicable connaît en l'espèce une application régionale. A nouveau, le projet de décision de l'IBPT s'écarte sur ce point de la pratique décisionnelle de la Commission, de celle du Conseil de la concurrence et de celle des autres autorités de régulation nationales.

Quelle que soit la définition du marché retenue, l'IBPT devrait également aboutir au constat que Numericable ne dispose d'aucune position dominante individuelle sur le marché pertinent. La taille de l'entreprise, son nombre limité de clients, sa part de marché déclinante ou encore les difficultés concrètes auxquelles elle doit faire face dans les négociations avec les radiodiffuseurs ne constituent que quelques exemples démontrant l'absence de position dominante de Numericable. En s'abstenant de prendre en compte la position modeste dans laquelle se trouve Numericable par rapport à de nombreux autres opérateurs, le projet de décision de l'IBPT s'inscrit une nouvelle fois en porte-à-faux par rapport à la pratique décisionnelle d'autres autorités de régulation nationales, telles que par exemple l'Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit aux Pays-Bas.

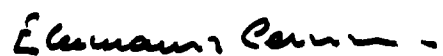
De même, l'adoption d'une réglementation ex ante, souhaitée par l'IBPT, ne se justifie pas. Une telle régulation, dont l'adoption n'est admise, selon la réglementation européenne, que dans des cas exceptionnels dont la réalité doit être démontrée par l'autorité de régulation nationale, ne tiendrait pas compte d'une analyse prospective du marché de la radiodiffusion audiovisuelle. Ce marché est actuellement en pleine évolution et est caractérisé par une concurrence accrue entre les différents opérateurs, tous modes de diffusion confondus. Cette concurrence, qui s'explique par la présence sur le marché de nouveaux opérateurs, se traduit par des prix particulièrement compétitifs et bas proposés au consommateur, notamment en comparaison avec les prix pratiqués dans d'autres pays, tels que les Pays-Bas ou la France. L'évolution démontrée de ce marché s'oppose radicalement à l'adoption d'une réglementation « ex ante ».

Plusieurs objections, voire craintes, doivent enfin être émises par Numericable en ce qui concerne les mesures que propose d'imposer l'IBPT aux opérateurs de câble. Ces mesures sont en effet fondées sur des prémisses erronées telles que la prétendue faiblesse de la concurrence, l'absence de prix compétitifs ou encore le prétendu refus d'accès qu'aurait opposé Numericable à des opérateurs alternatifs, alors que Numericable n'a jamais été saisie d'aucune demande en ce sens. Elles ne se justifient dès lors pas. Elles sont en outre particulièrement critiquables et excessives en ce qu'elles placent sur le même pied un opérateur de taille modeste tel que Numericable avec d'autres opérateurs dont la taille, le nombre d'abonnés, la couverture géographique ou encore le personnel sont sans commune mesure avec ceux de Numericable. Les obligations particulièrement lourdes prévues dans le projet de décision à charge de Numericable sont disproportionnées et ne manqueraient pas, si elles devaient être adoptées, de mettre en péril sa viabilité.

78. En synthèse, Numericable est d'avis que le marché 18 a été mal identifié, que l'analyse de celui-ci s'en trouve nécessairement affectée, que les différents critères pour déterminer si le marché est susceptible d'une régulation « ex ante » n'ont pas été appliqués correctement, que Numericable ne pourrait en tout état de cause se voir reconnaître comme un opérateur dominant, et enfin que les mesures que l'IBPT se propose d'imposer à certains opérateurs ne sont ni justifiées ni proportionnelles, de sorte qu'elles pourraient même avoir un effet anticoncurrentiel.

Veillez agréer, Monsieur le Président, Monsieur, l'assurance de ma considération distinguée.

Pour Numericable,
Son avocat,

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Emmanuel Cornu". The signature is written in a cursive style with a horizontal line at the end.

Emmanuel Cornu