

Expédition

Numéro du répertoire 2017 / 8295
Date du prononcé 25/10/2017
Numéro du rôle 2014/AR/330 2014/AR/425 2016/AR/649 2016/AR/750

Délivrée à	Délivrée à	Délivrée à
le € CIV	le € CIV	le € CIV

Non communicable au
receveur

Cour d'appel Bruxelles

Arrêt définitif

18^{ème} chambre
affaires civiles

Présenté le
Non enregistrable

COVER 01-00000959378-0001-0059-01-01-1



R.G. n° 2014/AR/330 - 2014/AR/425 - 2016/AR/649 - 2016/AR/750

EN CAUSE DE :

I. R.G. n° 2014/AR/330

ORANGE BELGIUM S.A. (anciennement MOBISTAR S.A.), dont le siège social est établi à 1140 Bruxelles, avenue du Bourget 3, inscrite à la Banque carrefour des entreprises sous le numéro 0456.810.810,
partie requérante,
représentée par Maître GOFFINET Pierre, avocat à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 81,
représentée par Maître DEPREEUW Sari, avocat à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 81,
représentée par Maître VERBOUWE Kato (BRUXELLES) loco Maître VAN NUFFEL D'HEYNSBROECK Emmanuel, avocat à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 81,
représentée par Maître HONINCKX Sarah, avocat à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 81,

contre :

La **CONFÉRENCE DES RÉGULATEURS DU SECTEUR DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES**, organisme d'intérêt public, dont la présidence est assurée actuellement par l'IBPT, dont le siège est établi à 1030 Bruxelles, boulevard du Roi Albert II, 35, ci-après « la **CRC** »,
partie défenderesse,
représentée par Maître DEPRE Sebastien, avocat à 1050 BRUXELLES, place Eugène Flagey 7,
représentée par Maître VERNET Philippe, avocat à 1050 BRUXELLES, place Eugène Flagey 7,
représentée par Maître WOUTERS Tinne, avocat à 1050 BRUXELLES, place Eugène Flagey 7,
représentée par Maître VIAENE Hendrik, avocat à 1000 BRUXELLES, rue de Lozum 25,
représentée par Maître GILLET Delphine, avocat à 1000 BRUXELLES, rue de Lozum 25,



II. R.G. n° 2014/AR/425

1. PUBLIFIN S.C.R.L. (anciennement TECTEO S.C.R.L.), dont le siège social est établi à 4000 LIEGE, rue Louvrex 95, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0204.245.277,

partie requérante,

représentée par Maître L'ECLUSE Peter, avocat à 1170 BRUXELLES, chaussée de la Hulpe 166, représentée par Maître LEFEVER Valérie, avocat à 1170 BRUXELLES, chaussée de la Hulpe 166,

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

partie requérante,

représentée par Maître L'ECLUSE Peter, avocat à 1170 BRUXELLES, chaussée de la Hulpe 166, représentée par Maître LEFEVER Valérie, avocat à 1170 BRUXELLES, chaussée de la Hulpe 166,

contre

La CONFÉRENCE DES RÉGULATEURS DU SECTEUR DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES, organisme d'intérêt public, dont la présidence est assurée actuellement par l'IBPT, dont le siège est établi à 1030 Bruxelles, boulevard du Roi Albert II, 35, ci-après « la CRC »,

partie défenderesse,

représentée par Maître DEPPE Sebastien, avocat à 1050 BRUXELLES, place Eugène Flagey 7, représentée par Maître VERNET Philippe, avocat à 1050 BRUXELLES, place Eugène Flagey 7, représentée par Maître WOUTERS Tinne, avocat à 1050 BRUXELLES, place Eugène Flagey 7, représentée par Maître VIAENE Hendrik, avocat à 1000 BRUXELLES, rue de Loosum 25, représentée par Maître GILLET Delphine, avocat à 1000 BRUXELLES, rue de Loosum 25,

PARTIE INTERVENANTE

ORANGE BELGIUM S.A. (anciennement MOBISTAR S.A.), dont le siège social est établi à 1140 Bruxelles, avenue du Bourget 3, inscrite à la Banque carrefour des entreprises sous le numéro 0456.810.810,

partie en intervention volontaire,

représentée par Maître GOFFINET Pierre, avocat à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 81, représentée par Maître DEPREUW Sari, avocat à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 81,



représentée par Maître VERBOUWE Kato (BRUXELLES) loco Maître VAN NUFFEL D'HEYNSBROECK Emmanuel, avocat à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 81,
représentée par Maître HONINCKX Sarah, avocat à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 81,

III. R.G. n° 2016/AR/649

ORANGE BELGIUM S.A. (anciennement MOBISTAR S.A.), dont le siège social est établi à 1140 Bruxelles, avenue du Bourget 3, inscrite à la Banque carrefour des entreprises sous le numéro 0456.810.810,
partie requérante,

représentée par Maître GOFFINET Pierre, avocat à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 81,
représentée par Maître DEPREEUW Sari, avocat à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 81,
représentée par Maître VERBOUWE Kato (BRUXELLES) loco Maître VAN NUFFEL D'HEYNSBROECK Emmanuel, avocat à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 81,
représentée par Maître HONINCKX Sarah, avocat à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 81,

contre

La CONFÉRENCE DES RÉGULATEURS DU SECTEUR DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES, organisme d'intérêt public, dont la présidence est assurée actuellement par l'IBPT, dont le siège est établi à 1030 Bruxelles, boulevard du Roi Albert II, 35, ci-après « la CRC »,
partie défenderesse,

représentée par Maître DEPRE Sebastien, avocat à 1050 BRUXELLES, place Eugène Flagey 7,
représentée par Maître VERNET Philippe, avocat à 1050 BRUXELLES, place Eugène Flagey 7,
représentée par Maître WOUTERS Tinne, avocat à 1050 BRUXELLES, place Eugène Flagey 7,
représentée par Maître VIAENE Hendrik, avocat à 1000 BRUXELLES, rue de Lozum 25,
représentée par Maître GILLET Delphine, avocat à 1000 BRUXELLES, rue de Lozum 25,

PARTIES INTERVENANTES

1. NETHYS S.A., dont le siège social est établi à 4000 LIEGE, rue Louvrex 95, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0465.607.720,
partie en intervention volontaire,
représentée par Maître L'ECLUSE Peter, avocat à 1170 BRUXELLES, chaussée de la Hulpe 166,
représentée par Maître LEFEVER Valérie, avocat à 1170 BRUXELLES, chaussée de la Hulpe 166,



2. BRUTELE S.C., dont le siège social est établi à 1050 BRUXELLES, rue de Naples 29, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0205.954.655, partie en intervention volontaire, représentée par Maître L'ECLUSE Peter, avocat à 1170 BRUXELLES, chaussée de la Hulpe 166, représentée par Maître LEFEVER Valérie, avocat à 1170 BRUXELLES, chaussée de la Hulpe 166,

IV. R.G. n° 2016/AR/750

NETHYS S.A., dont le siège social est établi à 4000 LIEGE, rue Louvrex 95, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0465.607.720, partie requérante, représentée par Maître L'ECLUSE Peter, avocat à 1170 BRUXELLES, chaussée de la Hulpe 166, représentée par Maître LEFEVER Valérie, avocat à 1170 BRUXELLES, chaussée de la Hulpe 166,

contre

La CONFÉRENCE DES RÉGULATEURS DU SECTEUR DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES, organisme d'intérêt public, dont la présidence est assurée actuellement par l'IBPT, dont le siège est établi à 1030 Bruxelles, boulevard du Roi Albert II, 35, ci-après « la **CRC** », partie défenderesse, représentée par Maître DEPRE Sebastien, avocat à 1050 BRUXELLES, place Eugène Flagey 7, représentée par Maître VERNET Philippe, avocat à 1050 BRUXELLES, place Eugène Flagey 7, représentée par Maître WOUTERS Tinne, avocat à 1050 BRUXELLES, place Eugène Flagey 7, représentée par Maître VIAENE Hendrik, avocat à 1000 BRUXELLES, rue de Lozum 25, représentée par Maître GILLET Delphine, avocat à 1000 BRUXELLES, rue de Lozum 25,

PARTIE INTERVENANTE

ORANGE BELGIUM S.A. (anciennement MOBISTAR S.A.), dont le siège social est établi à 1140 Bruxelles, avenue du Bourget 3, inscrite à la Banque carrefour des entreprises sous le numéro 0456.810.810, partie en intervention volontaire,



représentée par Maître GOFFINET Pierre, avocat à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 81,
représentée par Maître DEPREEUW Sari, avocat à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 81,
représentée par Maître VERBOUWE Kato (BRUXELLES) loco Maître VAN NUFFEL
D'HEYNSBROECK Emmanuel, avocat à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 81,
représentée par Maître HONINCKX Sarah, avocat à 1050 BRUXELLES, avenue Louise 81,

* * *

Les décisions contestées :

Les recours sont dirigés contre :

- (1) La décision de la Conférence des Régulateurs du Secteur des Communications Electroniques (ci-après « CRC ») du 11 décembre 2013 concernant les tarifs de gros pour les services d'accès aux réseaux câblés sur le territoire de la région de langue allemande, et
- (2) La décision de la CRC du 19 février 2016 concernant les tarifs de gros pour les services d'accès aux réseaux câblés sur le territoire de la région de langue allemande,

Les recours contre les décisions applicables dans la région de langue allemande :

Par requête déposée au greffe de la cour en date du 7 février 2014, ORANGE BELGIUM ¹ a introduit un recours tendant à l'annulation de la décision contestée de la CRC du 11 décembre 2013 concernant les tarifs de gros pour les services d'accès aux réseaux câblés sur le territoire de la région de langue allemande (2014 AR 330) ;

Par requête déposée au greffe de la cour en date du 14 avril 2016, ORANGE BELGIUM ² a introduit un recours tendant à l'annulation de la décision contestée de la CRC du 19 février 2016 concernant les tarifs de gros pour les services d'accès aux réseaux câblés sur le territoire de la région de langue allemande (2016 AR 649) ;

Par requête déposée au greffe de la cour en date du 18 février 2014, PUBLIFIN-NETHYS (ci-après « PUBLIFIN-NETHYS-BRUTELE ») ont introduit un recours tendant à l'annulation de la

¹ Initialement "MOBISTAR"

² Initialement "MOBISTAR"



décision contestée de la CRC du 11 décembre 2013 concernant les tarifs de gros pour les services d'accès aux réseaux câblés sur le territoire de la région de langue allemande (2014 AR 425) ;

Par requête déposée au greffe de la cour en date du 25 avril 2016, PUBLIFIN-NETHYS-BRUTELE ont introduit un recours tendant à l'annulation de la décision contestée de la CRC du 19 février 2016 concernant les tarifs de gros pour les services d'accès aux réseaux câblés sur le territoire de la région de langue allemande (2016 AR 750) ;

Plusieurs parties sont intervenues volontairement.

Le cadre légal et réglementaire:

La loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (ci-après « LCE ») dispose :

« Art. 1er

La présente loi règle une matière visée à l'article 78 de la Constitution.

La présente loi constitue la transposition en droit belge de:

- la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive "Cadre") (J.O.C.E. 24 avril 2002, L 108/33);*
- la directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive "Autorisation") (J.O.C.E. 24 avril 2002, L 108/21);*
- la directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées (directive "Accès") (J.O.C.E. 24 avril 2002, L 108/7);*
- la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive "Service universel") (J.O.C.E. 24 avril 2002, L 108/51);*
- la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive "Vie privée et communications électroniques") (J.O.C.E. 31 juillet 2002, L 201/37);*
- et la directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques (directive "Concurrence") (J.O.C.E. 17 septembre 2002, L 249/21).*



La présente loi transpose partiellement la Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la Directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la Directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le Règlement (CE) n° 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs et la Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les Directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques.

La présente loi transpose partiellement la directive 2014/53/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative à l'harmonisation des législations des États membres concernant la mise à disposition sur le marché d'équipements radioélectriques et abrogeant la directive 1999/5/CE. »

La (première) décision contestée – du 11 décembre 2013 – justifie la base juridique dans « Kapitel 3 » pages 6 et 7, numéros 8 à 10.

La (seconde) décision – du 19 février 2016 – justifie la base juridique comme suit (chapitre 4, numéros 11 à 15, pages 7 à 9) :

« 11. Conformément à l'article 72/5 §§ 1 à 3 phrase 2 du décret du 27 juin 2005 sur les services de médias audiovisuels et les représentations cinématographiques (ci-après « le décret du 27 juin 2005 »), des obligations de contrôle des prix et de systèmes de comptabilisation des coûts peuvent être imposées à des entreprises désignées comme étant puissantes sur le marché:

[renvoi à l'article 72.5]³

³ Artikel 72.5 – Verpflichtung zur Preiskontrolle und Kostenrechnung

« § 1 – Weist eine Marktanalyse darauf hin, dass ein Betreiber aufgrund eines Mangels an wirksamem Wettbewerb seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte, so kann die Beschlusskammer dem betreffenden Betreiber gemäß Artikel 72 Absatz 1 Nummer 6 hinsichtlich bestimmter Arten von Zusammenschaltung und/oder Zugang



12. Par une décision du 1er juillet 2011, la Conférence des régulateurs des communications électroniques (CRC) a imposé une obligation de contrôle des prix à l'opérateur Nethys pour ses activités sur le territoire de la région de langue allemande. La même décision prévoit également une obligation de transparence à l'égard de Nethys, qui comporte l'obligation d'établir une offre de référence. À plusieurs endroits, la décision prévoit une possibilité de modification, adaptation ou précision des méthodes de calcul des coûts.⁴

13. Par ses décisions du 3 septembre 2013⁵, la CRC s'est prononcée sur les propositions d'offres de référence de Nethys.

14. Par une décision du 11 décembre 2013⁶, la CRC a procédé à une première détermination des tarifs de gros des câblo-opérateurs. La décision du 11 décembre 2013 prévoit que la valeur des minus est d'application jusqu'à l'entrée en vigueur d'une décision procédant à leur révision.⁷

15. Conformément à l'article 6 de l'accord de coopération du 17 novembre 2006 relatif à la consultation mutuelle lors de l'élaboration d'une législation en matière de réseaux de communications électroniques, lors de l'échange d'informations et lors de l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques par les autorités de régulation en charge des télécommunications ou de la radiodiffusion et la télévision (ci-après « l'accord de coopération du 17 novembre 2006 »)⁸, l'autorité de régulation qui a soumis un projet de décision à la CRC est responsable de l'exécution de la décision de la CRC. Le MEDIENRAT est compétent

Verpflichtungen betreffend die Kostendeckung und die Preiskontrolle einschließlich kostenorientierter Preise auferlegen und ihm bestimmte Auflagen in Bezug auf Kostenrechnungsmethoden erteilen. Um zu Investitionen der Betreiber auch in Netze der nächsten Generation anzuregen, trägt die Beschlusskammer den Investitionen des Betreibers Rechnung und ermöglicht ihm eine angemessene Rendite für das entsprechend eingesetzte Kapital, wobei gegebenenfalls die spezifischen Risiken im Zusammenhang mit einem bestimmten neuen Netzprojekt, in das investiert wird, zu berücksichtigen sind.

§ 2 – Die Beschlusskammer stellt sicher, dass alle vorgeschriebenen Kostendeckungsmechanismen und Tarifsysteme die wirtschaftliche Effizienz und einen nachhaltigen Wettbewerb fördern und für die Verbraucher möglichst vorteilhaft sind. In diesem Zusammenhang kann die Beschlusskammer auch Preise berücksichtigen, die auf vergleichbaren, dem Wettbewerb geöffneten Märkten gelten.

§ 3 – Wurde ein Betreiber dazu verpflichtet, seine Preise an den Kosten zu orientieren, so obliegt es dem betreffenden Betreiber, gegebenenfalls nachzuweisen, dass die Preise sich aus den Kosten sowie einer angemessenen Investitionsrendite errechnen. Zur Ermittlung der Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung kann die Beschlusskammer eine von der Kostenberechnung des Unternehmens unabhängige Kostenrechnung anstellen. [...] »

⁴ Décision de la CRC du 1er juillet 2011 (région de langue allemande), §§ 710, 809 et 908.

⁵ Décisions de la conférence des régulateurs du secteur des communications électroniques (CRC) du 3 septembre 2013 concernant l'offre de référence de gros.

⁶ Décision de la CRC du 11 décembre 2013 (région de langue allemande).

⁷ Décision de la CRC du 11 décembre 2013 (région de langue allemande), § 267

⁸ M.B. 28 décembre 2006, p. 75371.



pour mettre en œuvre les décisions de la CRC mentionnées sur le territoire de la région de langue allemande. »

Jonction et langue de la procédure:

Par arrêts du 8 février 2017 les recours connus sous les numéros de rôle 2014 AR 330; 2014 AR 425 ; 2016 AR 649 et 2016 AR 750 ont été joints. Il a été décidé que la procédure devait se poursuivre en français et que les parties déposeraient des conclusions de synthèse au plus tard en date du 31 mars 2017.

A l'occasion des plaidoiries les parties ont eu l'opportunité de déposer de nouvelles conclusions de synthèse.

Les conclusions suivantes ont été déposées :

Partie :	Date:
ORANGE : conclusions confidentielles + non-confidentielles	21 septembre 2017
PUBLIFIN-NETHYS-BRUTELE: conclusions de synthèse confidentielles + non-confidentielles	25 septembre 2017
PUBLIFIN-NETHYS-BRUTELE: conclusions de désistement d'instance de l'intervention volontaire	25 septembre 2017
CRC : conclusions de synthèse confidentielles + non-confidentielles	25 septembre 2017

Interpellées par la cour à l'audience du 25 septembre 2017, toutes les parties ont confirmé que toutes les conclusions doivent être considérées comme ayant été déposées dans les délais (voir le procès-verbal de l'audience publique du 25 septembre 2017).

Les demandes des parties comme spécifiées dans les dernières conclusions:

- SCRL PUBLIFIN (anciennement TECTEO), NETHYS SA et BRUTELE SCRL demandent⁹ :

⁹ 1.Nethys est une filiale de l'intercommunale Publifin s.c.r.l. En effet, les activités de Publifin (ex-Tecteo) ont fait l'objet, au cours de l'année 2014, de mutations. Les activités de télécommunications et de télévision de cette dernière ont ainsi fait l'objet d'un apport de branche d'activités à sa filiale Nethys le 20 juin 2014.



«Concernant la décision de la Conférence des Régulateurs du secteur des Communications électroniques (CRC) du 11 décembre 2013 concernant les tarifs de gros pour les services d'accès aux réseaux câblés sur le territoire de la Région de langue allemande :

- *De déclarer la demande recevable et fondée, et par conséquent,*
- *D'annuler (1) la décision de la CRC du 11 décembre 2013 concernant les tarifs de gros pour les services d'accès aux réseaux câblés sur le territoire de la Région de la langue allemande ;*
 - *à titre subsidiaire, de modifier (1) la décision de la CRC du 11 décembre 2013 concernant les tarifs de gros pour les services d'accès aux réseaux câblés sur le territoire de la Région de la langue allemande ;*

afin (1) de prévoir une distinction claire entre Nethys et Publifin d'une part, et Brutélé d'autre part (en tant qu'entités juridiques distinctes) ; (2) de prévoir que les coûts de mise en œuvre des offres de gros soient spécifiquement calculés pour chacun des câblo-opérateurs en fonction des coûts effectivement encourus par ces derniers ; (3) que les coûts de mise en œuvre des offres de référence soient exclusivement supportés par les opérateurs alternatifs ; et (4) qu'aucune adaptation ou indemnité quelconque ne doive être entreprise ou payée afin de compenser la présence des canaux d'auto-promotion de Publifin.

- *De condamner la CRC aux frais et dépens de l'instance fixée conformément à l'arrêté royal du 26 octobre 2007 portant exécution*

2. Nethys est depuis active dans plusieurs secteurs économiques, dont les secteurs de la distribution et de la fourniture de communications électroniques et de télévision en Région wallonne et dans une commune de la Communauté flamande. Via le câble de télédistribution (ou "câble coaxial"), Nethys offre à la clientèle située sur son territoire la possibilité de souscrire à la télévision analogique, numérique et interactive, la vidéo à la demande ("Video on Demand" ou "VOD"), Internet à haut débit, la téléphonie fixe et un certain nombre d'autres services destinés à une clientèle non résidentielle (dont d'autres opérateurs de communications électroniques).

3. Brutélé est une intercommunale active dans les secteurs de la distribution et de la fourniture de télécommunications et de télévision en Région wallonne et en Région de Bruxelles-Capitale. Brutélé offre à sa clientèle la possibilité de souscrire à la télévision analogique, numérique et interactive, la Video on Demand (VOD), Internet à haut débit, la téléphonie fixe et un certain nombre d'autres services destinés à une clientèle non résidentielle (dont d'autres opérateurs de communications électroniques).

4. Via leur groupement d'intérêt économique et grâce à la marque VOO, Nethys et Brutélé commercialisent sur le marché de détail une offre commune de téléphonie fixe, d'accès à Internet et de télévision, vendue depuis 2006 sous la marque commerciale "VOO". Par ailleurs, la signature, en avril 2012, des accords Full-MVNO (Mobile Virtual Network Operator) intervenus entre Telenet et Orange en présence de Nethys, a permis à cette dernière de lancer une offre de téléphonie mobile.



de la loi du 21 avril 2007 relative à la répétibilité des honoraires et frais d'avocat, au montant de base de 1.320 euros par affaire.

Concernant la décision de la Conférence des Régulateurs du secteur des Communications électroniques (CRC) du 19 février 2016 concernant la révision des tarifs de gros pour les services d'accès aux réseaux câblés sur le territoire de la Région de langue allemande :

- *De déclarer la demande d'Orange Belgium non fondée et de l'écartier ;*
- *De déclarer la demande de Nethys et de Brutélé recevable et fondée, et par conséquent ;*
- *D'annuler la décision de la CRC du 19 février 2016 concernant les tarifs de gros pour les services d'accès aux réseaux câblés sur le territoire de la Région de langue allemande ;*
- *À titre subsidiaire, en ce qui concerne la décision de la CRC du 19 février 2016 concernant les tarifs de gros pour les services d'accès aux réseaux câblés sur le territoire de la Région de langue allemande :*
 - *d'annuler les paragraphes 142 à 161, la quatrième ligne de la Figure 9, la Figure 10, le paragraphe 166 et la Figure 13 de la décision qui portent sur l'octroi d'une phase de lancement; et/ou*
 - *d'annuler les paragraphes 211 à 214 de la décision ;*
- *À titre infiniment subsidiaire, en ce qui concerne la décision de la CRC du 19 février 2016 concernant les tarifs de gros pour les services d'accès aux réseaux câblés sur le territoire de la Région de langue allemande :*
 - *d'annuler les paragraphes 152 et 153 de la décision qui portent sur l'octroi d'une phase de lancement au bénéfice d'Orange; et/ou*
 - *de modifier le paragraphe 166 de la décision de manière à ce que le point de départ de la phase de lancement coïncide avec la mise à disposition, par la Concluante, de son offre de gros au profit de chaque opérateur bénéficiaire ayant introduit une demande d'accès dans les 6 mois suivant l'entrée en vigueur de la décision.*



- *Si nécessaire, de surseoir à statuer pour poser à la Cour de Justice de l'Union européenne les deux questions préjudicielles suivantes :*
 - *"Les paragraphes 6 et 7 de l'article 16 de la Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive "cadre") s'opposent-ils à ce qu'une autorité réglementaire nationale adopte de nouvelles obligations réglementaires sur la base d'une analyse de marché datant de plus de trois ans ?"*
 - *"L'article 16, paragraphe 6, de la Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive "cadre") doit-il être interprété en ce sens que, lorsqu'une autorité réglementaire nationale n'a pas adopté une nouvelle analyse de marché à l'expiration de la période de trois ans prévue audit article, la précédente analyse de marché ainsi que toutes les obligations réglementaires adoptées sur la base de cette analyse de marché deviennent automatiquement caduques ?"*

De condamner la CRC aux frais et dépens de l'instance fixée conformément à l'arrêté royal du 26 octobre 2007 portant exécution de la loi du 21 avril 2007 relative à la répétibilité des honoraires et frais d'avocat, au montant de base de 1.320 euros. »

Par conclusions déposées à l'audience publique du 25 septembre 2017, PUBLIFIN, NETHYS et BRUTELE demandent de leur donner acte du désistement d'instance uniquement en ce qui concerne leur intervention dans les recours introduits par ORANGE BELGIUM et TELENET (numéros du rôle 2014/AR/330, 2014/AR/425, 2016/AR/649 et 2016/AR/750).

Ce désistement est accepté par la CRC (voir les conclusions de désistement).

- ORANGE demande:

"Sur le fond,

En ce qui concerne les recours de pleine juridiction d'ORANGE BELGIUM,

PAGE 01-00000959378-0013-0059-01-01-4



Déclarer, en cas de maintien de celles-ci, les interventions formées par NETHYS recevables mais non fondées,

Déclarer les recours de pleine juridiction d'ORANGE BELGIUM recevables et fondés, et, par conséquent :

A titre principal, constater l'illégalité des Décisions 2013 et 2016 et partant user de son pouvoir de pleine juridiction de manière à :

- Réformer la Décision 2016 de la manière suivante :

- *Déterminer que la phase de lancement doit être prolongée d'au moins deux ans ;*
- *Augmenter le niveau des Minus en ;*
 - *Augmentant tous les Minus de 5% ;*
 - *Déterminant que tous les Minus doivent être égaux aux valeurs des Minus applicables par câblo-opérateur et par type d'offre après la phase de lancement dans le Projet de décision de révision de mai/juin 2015 :*

	NETHYS
<i>TV analogique</i>	<i>34,64%</i>
<i>TV analogique + numérique</i>	<i>30,67%</i>
<i>Dual play (TV analogique + TV numérique + haut débit)</i>	<i>22,87%</i>

En déterminant que les Minus de NETHYS pendant la phase de lancement doivent être remplacés par les Minus qui avaient été obtenus avant d'utiliser un ratio promotions/revenus correspondant à la moyenne des câblo-opérateurs (hors Numericable) ;

- *Diminuer la Base d'application du Minus :*
 - *En augmentant la valeur commerciale du service d'accès wi-fi, des services de courrier électronique et du modem qui est déduite de la Base d'application du Minus de la manière suivante :*
 - *(Au moins) 5 euros au lieu de 1 à 2 euros pour le service d'accès Wi-Fi (homespots et/ou hotspots) ;*
 - *1,5 euros au lieu de 0,5 euros pour les services de courrier électronique ;*



- *4 euros au lieu de 2,50 euros pour le modem.*
 - *En décidant que la valeur du droit relatif à la mise à disposition du contenu premium à titre gratuit ou à prix réduit (c'est-à-dire, la différence entre le prix en « standalone » et le prix en « offre conjointe » du contenu premium) doit être totalement déduite de la Base d'application du Minus (comme le service de téléphonie fixe) ;*
 - *En augmentant la valeur des coûts d'acquisition du contenu qui est déduite de la Base d'application du Minus (à savoir, les coûts réels d'acquisition du contenu du câblo-opérateur, qui sont confidentiels vis-à-vis d'ORANGE BELGIUM, divisés par le nombre de clients de ce câblo-opérateur pour les services de télévision) afin de mieux refléter les coûts réels d'acquisition du contenu que doit supporter un nouvel entrant ;*
 - *En fixant la pondération pour obtenir des profils spécifiques aux coefficients 35/35/30 ;*
 - *En déterminant que dans une situation où le prix de gros de l'offre « double play » est supérieur au prix de gros d'une offre « triple play » pour un produit internet présentant les mêmes caractéristiques, le prix de gros le plus avantageux pour le nouvel entrant doit s'appliquer ;*
 - *En décidant que le prix de détail d'une offre « quadruple play » puisse servir de point de départ pour le calcul du prix de gros, que la valeur des services de communication mobile telle qu'offerte en service unique (« standalone ») soit déduite de la Base d'application du Minus et que le prix de gros le plus avantageux pour le nouvel entrant doit s'appliquer dans une situation où le prix de gros des offres « double play », « triple play » ou « quadruple play » sont différents pour un produit Internet présentant les mêmes caractéristiques, que ce soit entre des offres ayant un nombre de services de communication différents (par exemple, offre « quadruple play » par rapport à une offre « triple play ») ou entre des offres ayant un nombre de services de communication identiques (offres « quadruple play » entre elles) ;*



- *En décidant que, si le paramètre du profil propre est identique au paramètre pour les deux profils de détail déterminés antérieurement, l'on prend le prix le moins cher ;*
- *Réformer la Décision 2013 de la manière suivante :*
 - *En décidant que le nombre d'opérateurs alternatifs attendus doit être de 3 et en adaptant sur cette base le montant des Coûts de mise en œuvre à récupérer : la Contribution initiale doit passer de 750.000 euros à 500.000 euros et le Minus doit être augmenté d'un point de pourcentage ;*
 - *En ordonnant aux câblo-opérateurs d'attribuer aux opérateurs alternatifs une partie du temps de diffusion (25%) sur la chaîne d'auto-promotion du câblo-opérateur afin que les opérateurs alternatifs puissent y faire leur publicité ;*

A titre subsidiaire, constater l'illégalité des Décisions 2013 et 2016 et partant annuler les Décisions 2013 et 2016 et maintenir les effets des Décisions 2013 et 2016 tels qu'existants au jour de l'arrêt, jusqu'au jour de la prise d'une nouvelle décision par le régulateur compétent ;

A titre infiniment subsidiaire, constater l'illégalité des Décisions 2013 et 2016 et partant annuler les Décisions 2013 et 2016 ; »

La CRC conclut comme suit:

« A titre principal,

Concernant les recours de Nethys :

- *Déclarer irrecevables ou, à tout le moins, non fondées les demandes d'annulation de Nethys ;*
- *Condamner les requérantes aux dépens, en ce compris l'indemnité de procédure calculée conformément à l'arrêté royal du 26 octobre 2007 fixant le tarif des indemnités de procédure visées à l'article 1022 du Code judiciaire et estimée à 1.440 euros par recours ;*



Concernant les recours d'Orange :

- *Déclarer non fondées les demandes d'annulation et de réformation d'Orange ;*
- *Condamner la requérante aux dépens, en ce compris l'indemnité de procédure calculée conformément à l'arrêté royal du 26 octobre 2007 fixant le tarif des indemnités de procédure visées à l'article 1022 du Code judiciaire et estimée à 1.440 euros par recours*

A titre subsidiaire, avant dire droit, adresser à la Cour de justice de l'Union européenne la question préjudicielle suivante :

« La Directive 2002/21/EC du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (Directive Cadre) doit-elle être interprétée dans le sens qu'elle autorise une ARN, après l'écoulement du délai de 3 ans faisant suite à la réalisation d'une étude de marché, tel que prévu à l'article 16(6)(a) de la Directive Cadre, à encore imposer des obligations réglementaires, au sens de l'article 16(2) de la Directive Cadre, à une entreprise considérée comme ayant une puissance significative de marché, sachant que ces obligations réglementaires ne contiennent qu'une adaptation et une clarification d'obligations imposées au préalable à cette entreprise ?

A titre subsidiaire, en cas d'annulation, maintenir les effets des Décisions annulées, du jour de leur entrée en vigueur jusqu'à l'adoption par la CRC du nouveau contrôle des prix prévu dans la nouvelle décision d'analyse de marché, ou à tout le moins jusqu'au jour du prononcé de l'arrêt. »

Recevabilité des demandes principales:

L'article 5, paragraphe 3 et suivants de « l' Accord de coopération du 17 novembre 2006 entre l'Etat fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone relatif à la consultation mutuelle lors de l'élaboration d'une législation en matière de réseaux de communications électroniques, lors de l'échange d'informations et lors de l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques par



les autorités de régulation en charge des télécommunications ou de la radiodiffusion et la télévision »¹⁰ est rédigé comme suit :

« Contre toutes les décisions de la CRC, un recours en pleine juridiction peut être introduit devant la Cour d'appel de Bruxelles statuant comme en référé, dans les 60 jours suivant la notification de la décision à toutes les parties concernées par recommandé. La Cour peut remplacer la décision contestée par une nouvelle décision.

L'appel est formé par voie de requête contre la CRC. La cour d'appel de Bruxelles informe les parties concernées par la décision contestée, de l'existence du recours par recommandé.

Le recours visé dans ce paragraphe n'est pas suspensif sauf si la cour prononce la suspension de la décision concernée. Pour tous les aspects relatifs à la procédure devant la cour d'appel de Bruxelles, le Code judiciaire est d'application. »

Les décisions ont été notifiées en date du 20 décembre 2013 pour la décision du 11 décembre 2013 et en date du 25 février 2016 pour ce qui concerne la décision du 19 février 2016.

Les recours sont recevables, leur recevabilité n'est pas contestée.

Recevabilité des interventions volontaires:

La CRC conclut à l'irrecevabilité des interventions volontaires de ORANGE et de NETHYS-BRUTELE.

Dans la mesure que tant ORANGE que NETHYS-BRUTELE se sont désistées de leur intervention volontaire, la demande de la CRC d'entendre déclarer ces interventions volontaires irrecevables, est sans objet.

Les autres points relevés par la CRC concernent le fondement des recours. La question de savoir si un moyen est recevable ou non, concerne le fondement de la demande.

¹⁰ ci-après : « accord de coopération »



Au fond:

**La décision du 11 décembre 2013 –
Assimilation de NETHYS (TECTEO) et BRUTELE et contradiction créée par la
décision du 11 décembre 2013 entre les décisions du 1^{er} juillet 2011 et du 3
septembre 2013 :**

PUBLIFIN-BRUTELE-NETHYS font valoir :

(i) *Assimiler Nethys à Brutélé est contradictoire avec les décisions que la CRC est supposée mettre en œuvre par sa Décision Contestée 2013*

1. *La Concluante tient à souligner que, comme la CRC le reconnaît elle-même, "Brutélé et Tecteo ont été traitées par la CRC comme deux entreprises séparées, opérant sur des marchés distincts" dans ses Décisions du 1^{er} juillet 2011¹¹.*

2. *La Concluante souligne qu'aucun changement factuel intervenu depuis le 1^{er} juillet 2011 ne justifie ce volte-face de la CRC, qui "considère ensemble" des entreprises qu'elle traitait en 2011 de manière séparée.*

3. *La Décision Contestée 2013 est dès lors contradictoire par rapport aux Décisions du 1^{er} juillet 2011, alors même qu'elle est supposée en être une mesure d'application.*

4. *Ce point sera également abordé infra, section 1.1.1(B).*

(ii) *Assimiler Nethys à Brutélé est contraire au principe de sécurité juridique et au principe du respect de leurs attentes légitimes*

(a) *Introduction*

¹¹ Décision de la CRC du 11 décembre 2013 concernant les tarifs de gros pour les services d'accès aux réseaux câblés sur le territoire de la Région de langue française, point 34, p. 22.



5. *Les principes de sécurité juridique et de protection des attentes légitimes sont inhérents au droit belge, au droit européen et à la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour de justice de l'Union européenne a eu récemment l'occasion de rappeler que "selon une jurisprudence constante, le principe de sécurité juridique, qui a pour corollaire celui de la protection de la confiance légitime, exige qu'une législation entraînant des conséquences défavorables à l'égard des particuliers soit claire et précise et que son application soit prévisible pour les justiciables"¹².*

6. *La Concluante estime que la CRC a enfreint le principe de sécurité juridique et de la protection de la confiance légitime à deux titres : d'une part, en changeant d'attitude de manière incompréhensible et inattendue (point (b)), et d'autre part, en ne prévoyant aucune répartition des montants entre Nethys et Brutélé (point (c)).*

(b) *Le changement d'attitude de la CRC est incompréhensible*

7. *La CRC reconnaît elle-même que "Brutélé et Tecteo ont été traitées par la CRC comme deux entreprises séparées" dans les Décisions du 1^{er} juillet 2011¹³. De même, et comme déjà examiné supra (voir point **Error! Reference source not found.**), la CRC a reconnu que "les [Décisions du 3 septembre 2013] de Tecteo, d'une part, et de Brutélé, d'autre part, évoquent chacune le paiement d'un acompte de 600.000 euros aux destinataires respectifs de ces différentes décisions"¹⁴.*

8. *Or, la CRC estime dans la Décision Contestée 2013 que "Tecteo et Brutélé doivent être considérés ensemble dans l'exercice de détermination des tarifs de gros pour les services d'accès aux réseaux câblés"¹⁵.*

9. *Il est clair que la CRC a radicalement changé sa manière de traiter la Concluante, puisqu'elle régulaît en 2011 Nethys et Brutélé de manière individuelle et qu'elle régule à présent Nethys et Brutélé "ensemble".*

10. *La Concluante souhaite émettre deux critiques à cet égard.*

¹² Affaire C-362/12, *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation*, arrêt du 12 décembre 2013, point 44 et jurisprudence citée.

¹³ Décision de la CRC du 11 décembre 2013 concernant les tarifs de gros pour les services d'accès aux réseaux câblés sur le territoire de la Région de langue française, point 34, p. 22.

¹⁴ Conclusions principales de la CRC déposées le 12 mai 2014 dans le litige en référé opposant la Concluante à Orange devant le Tribunal de première instance de Bruxelles (Affaire 2014/254/C), **Pièce I.7**.

¹⁵ Décision de la CRC du 11 décembre 2013 concernant les tarifs de gros pour les services d'accès aux réseaux câblés sur le territoire de la Région de langue française, point 46, p. 26.



11. *Premièrement, la CRC n'explique pas ce que le fait de "considérer ensemble" Nethys et Brutélé implique au niveau juridique. Nethys est-elle considérée par la CRC comme formant une seule entreprise avec Brutélé au sens du droit de la concurrence? La CRC voit-elle Nethys et Brutélé comme une seule société au sens du droit des sociétés? Cela ne semble pas être le cas, puisque la CRC reconnaît "l'existence de deux sociétés"¹⁶. La CRC omet cependant d'expliquer le régime juridique qu'elle sous-entend par l'expression "considérer ensemble".*

12. *Outre le défaut manifeste de motivation que constitue cette omission, il s'agit d'une violation du principe de sécurité juridique. Cette violation du principe de sécurité juridique a pour conséquence que la Concluante ne peut, à la lecture de la Décision Contestées 2013, mesurer les conséquences juridiques attachées à la décision de la CRC d'assimiler Nethys à Brutélé.*

13. *Deuxièmement, aucun changement structurel ou opérationnel intervenu au sein de Nethys ou de Brutélé entre le 1^{er} juillet 2011 (date d'adoption des décisions de la CRC concernant la radiodiffusion télévisuelle) et la date de soumission des présentes conclusions ne permet de justifier la décision de la CRC d'assimiler Nethys à Brutélé. La Concluante ne pouvait dès lors s'attendre à ce revirement de la part de la CRC. Sur la base des Décisions du 1^{er} juillet 2011, la Concluante ne pouvait que s'attendre à être traitée de manière individuelle.*

14. *Ce revirement de la CRC constitue dès lors à la fois une violation du principe de sécurité juridique et une violation du principe du respect de ses attentes légitimes.*

15. *Peu importe à cet égard que "les projets de décision tarifaire soumis à consultation publique" précisaient déjà que « le droit d'entrée auquel [Nethys et Brutélé] pouvaient prétendre serait calculé conjointement pour l'une et l'autre"¹⁷. D'une part, ce point ne contredit ni ne remédie au caractère flou de l'expression "considérer ensemble" et à l'absence de changement structurel ou opérationnel justifiant ce revirement par rapport aux Décisions du 1^{er} juillet 2011. D'autre part, aucun recours n'est ouvert contre un projet de décision soumis à consultation publique : la Concluante a donc été contrainte d'attendre la publication de la Décision Contestée 2013 pour faire valoir ses griefs en justice.*

¹⁶ Décision de la CRC du 11 décembre 2013 concernant les tarifs de gros pour les services d'accès aux réseaux câblés sur le territoire de la Région de langue française, point 38, p. 24.

¹⁷ Deuxièmes conclusions de la CRC du 11 mai 2015, p. 42.



16. Enfin, il est erroné de considérer que par "leur recherche d'une plus grande efficacité à tous les niveaux, y compris au niveau de gros, les requérantes n'ont pas pu être surprises que la CRC tienne le plus grand compte de cette réalité" et qu' "il n'y a là aucun changement d'attitude"¹⁸. Toutes les entreprises cherchent l'efficacité économique, particulièrement celles qui, comme Nethys et Brutélé, se voient soumises à des coûts additionnels causés par des obligations réglementaires. Il n'en résulte pas que ces entreprises doivent être pénalisées parce qu'elles tentent de rester concurrentielles. Nethys et Brutélé ne voient en outre pas en quoi le fait de tenir compte de leurs coûts implique nécessairement de nier leur individualité, comme la CRC le fait pourtant. Cette négation constitue dès lors un changement d'attitude par rapport aux décisions précédentes de la CRC.

17. Il résulte de ce qui précède que le revirement de la CRC viole le principe de la sécurité juridique et du respect des attentes légitimes.

(c) La CRC ne prévoit aucune répartition des coûts entre Nethys et Brutélé

18. Après avoir estimé que "Tecteo et Brutélé doivent être considérés ensemble dans l'exercice de détermination des tarifs de gros pour l'accès aux réseaux câblés"¹⁹, la CRC décide que "[l]es contributions initiales aux coûts de mise en œuvre et les coûts non-récurrents par ligne sont" déterminés comme suit²⁰ :

Offre TV analogique				
Coûts initiaux de mise en œuvre	€	369.951	332.263	365.195
Coûts non-récurrents par ligne	€ par ligne	2,00	2,00	2,00
Offre TV analogique + TV numérique				
Coûts initiaux de mise en œuvre	€	639.695	626.833	637.751
Coûts non-récurrents par ligne	€ par ligne	4,00	4,00	4,00
Offre dual-play (TV analogique + TV numérique + haut débit)				
Coûts initiaux de mise en œuvre	€	750.000	750.000	750.000
Coûts non-récurrents par ligne	€ par ligne	5,00	5,00	5,00

Figure 8 : Contributions initiales aux coûts de mise en œuvre et coûts non-récurrents par ligne

¹⁸ Deuxièmes conclusions de la CRC du 11 mai 2015, p. 47.

¹⁹ Décision de la CRC du 11 décembre 2013 concernant les tarifs de gros pour les services d'accès aux réseaux câblés sur le territoire de la Région de langue française, point 46, p. 26.

²⁰ Décision de la CRC du 11 décembre 2013 concernant les tarifs de gros pour les services d'accès aux réseaux câblés sur le territoire de la Région de langue française, point 286, p. 88.



19. *La Concluante note que la CRC a prévu une seule colonne, intitulée "Bruté + Tecteo" dans la détermination des contributions initiales aux coûts de mise en œuvre et aux coûts non-récurrents par ligne. Outre le fait que la Concluante conteste le fait même que Nethys soit assimilée à Bruté, elle s'interroge sur la clé de répartition de ces contributions entre Nethys et Bruté.*

20. *La CRC ne fournit par exemple aucune clé de répartition permettant, soi-disant, de répartir le montant du "start-up fee" entre Nethys et Bruté. À suivre le raisonnement de la CRC, on en déduirait que :*

- *Un versement de 500.000 euros à Nethys et de 100.000 euros à Bruté ;*
- *Un versement de 400.000 euros à Nethys et de 200.000 euros à Bruté ;*
- *Un versement de zéro euro à Nethys et de 600.000 euros à Bruté ;*
- *Un versement de 5 euros à Nethys et de 599.995 euros à Bruté ; ou*
- *Un versement de 600.000 euros à Nethys et de zéro euro à Bruté ;*

sont autant de possibilités parmi de nombreuses autres qui permettraient de déclencher le délai de mise en œuvre de six mois de l'offre de référence de la Concluante. C'est une situation juridiquement absurde lorsque l'on sait que Nethys et Bruté sont deux sociétés juridiquement indépendantes opérant des réseaux distincts sur des marchés que la CRC a défini séparément dans ses Décisions du 1^{er} juillet 2011.

21. *En outre, le raisonnement suivi par la CRC implique que les managements respectifs de Nethys et de Bruté se mettent d'accord sur la clé de répartition des 600.000 euros et sur les critères applicables à cette répartition. Une répartition déterminée sur la base du nombre d'abonnés de l'opérateur bénéficiaire ne serait pas raisonnable. Premièrement, le coût de mise en œuvre est en partie fixe et indépendant du nombre d'abonnés attendus au service de gros. Deuxièmement, cette répartition impliquerait qu'en cas de nombre limité de connexions, le câblo-opérateur concerné doive supporter lui-même l'échec commercial de l'autre câblo-opérateur. Troisièmement, le nombre de connexions n'est pas connu au moment de la mise en œuvre à réaliser par la Concluante. Une répartition déterminée sur la base du nombre d'abonnés de détail de Nethys et de Bruté ne serait pas non plus justifiée car le nombre d'abonnés de détail d'un câblo-opérateur ne présente aucun lien avec l'offre de services de l'opérateur bénéficiaire. De telles négociations entre Nethys et Bruté sont dès lors non seulement coûteuses mais également extrêmement difficiles à faire aboutir.*

22. *Il est par conséquent incontestable que l'absence de description du raisonnement sous-tendant le choix d'une clé de répartition, est contraire au principe de sécurité juridique.*



23. Enfin, contrairement à ce que sous-entend la CRC²¹, le fait que Nethys et Brutélé aient été contraintes de se mettre d'accord sur une clé de répartition ne supprime absolument pas cette incertitude juridique : ce n'est pas parce que Nethys et Brutélé ont été contraintes de pallier les déficiences de la Décision Contestée 2013 que ces déficiences n'existent pas et ne leur portent pas préjudice.

24. Au final, l'explication fournie par la CRC selon laquelle il appartiendrait à Nethys et à Brutélé de s'arranger entre elles pour répartir les coûts d'investissements²² ne convainc pas. En ne répondant pas adéquatement aux préoccupations de Nethys et de Brutélé, la CRC viole ainsi son obligation de bonne administration.

(iii) Conclusion sur ce moyen

25. Nethys et Brutélé sont deux entreprises distinctes. La CRC affirme dans ses deuxièmes conclusions que "l'existence propre de ces deux entreprises n'est pas contestée" et que "[c]e débat est clos"²³.

26. Le débat serait clos si la Décision Contestée 2013 ne méconnaissait pas de manière flagrante l'existence propre de Nethys et celle de Brutélé.

27. Rien dans la Décision Contestée 2013 ne justifie la décision de la CRC de les "considérer ensemble" dans l'exercice de détermination des tarifs de gros pour les services d'accès aux réseaux câblés de Nethys et de Brutélé.

28. Au contraire, cette assimilation de Nethys à Brutélé s'oppose tant aux principes fondamentaux de la personnalité juridique, de l'égalité, de la non-discrimination, de la sécurité juridique et de la bonne administration qu'aux Décisions du 1^{er} juillet 2011 adoptées par la CRC elle-même (et sur lesquelles se base la Décision Contestée 2013).

29. La position incertaine et indécise sur cette question adoptée par le CSA dans son courrier du 22 mai 2014 (voir point **Error! Reference source not found.**)²⁴ ne fait d'ailleurs que renforcer l'opinion de la Concluante, selon laquelle rien ne justifie que Nethys soit considérée "ensemble" avec Brutélé.

²¹ Deuxièmes conclusions de la CRC du 11 mai 2015, p. 31. De même, contrairement à ce qu'avance la CRC, la manière de répartir ces coûts est une décision qui appartient au régulateur (deuxièmes conclusions de la CRC du 11 mai 2015, p. 43) : la CRC doit en effet faire preuve de suffisamment de précision pour permettre aux opérateurs régulés de comprendre la nature et l'ampleur des obligations qui leur sont imposées. Ce n'est pas le cas lorsque le montant des obligations tarifaires qui pèse sur les opérateurs dépend de leur capacité de négocier une clé de répartition des coûts.

²² Conclusions principales de la CRC du 30 avril 2014, point 83, p. 31.

²³ Deuxièmes conclusions de la CRC du 11 mai 2015, p. 33.

²⁴ Pièce I.10. et pièce I.10.bis.



30. Pour l'ensemble de ces motifs, la Concluante considère que la Décision Contestée 2013 doit être annulée. Si Votre Cour ne devait toutefois pas prononcer l'annulation de la Décision Contestée 2013 en vertu de ce moyen, il lui reviendrait de faire usage de sa compétence de pleine juridiction afin de prévoir que Nethys et Brutélé soient traitées comme deux opérateurs distincts.

(B) Moyen I. 2 de la Concluante : La Décision Contestée 2013 contredit les Décisions du 1^{er} juillet 2011 qu'elle est supposée mettre en œuvre ainsi que ses Décisions du 3 septembre 2013

(i) *La Décision Contestée 2013 contredit la définition du marché de détail adoptée par la CRC dans ses Décisions du 1^{er} juillet 2011*

31. Dans ses Décisions du 1^{er} juillet 2011 concernant la radiodiffusion télévisuelle, la CRC a considéré que les marchés de détail pertinents devaient être définis géographiquement de manière à les faire correspondre à la zone de couverture de chaque câblo-opérateur²⁵.

32. Or, dans la Décision Contestée 2013, la CRC n'examine pas les marchés de manière individuelle (mais bien plutôt en fonction des régions linguistiques) lorsqu'il s'agit de déterminer les tarifs applicables à l'offre de référence, en tous cas en ce qui concerne Nethys et Brutélé. Cela reflète un manquement au principe de prudence de la part de la CRC, qui ne peut réglementer à l'aveugle des marchés. Cela constitue également un manquement au devoir de motivation formelle auquel est soumis la CRC.

33. Plus fondamentalement, la Décision Contestée 2013 assimile Nethys à Brutélé alors que celles-ci se trouvent, d'après les Décisions du 1^{er} juillet 2011, sur deux marchés géographiques différents et devraient donc être soumises à deux réglementations différentes.

34. Enfin, la Concluante s'étonne que la CRC se réfère à la décision adoptée par l'Autorité belge de la concurrence dans le cadre du rachat des Editions de l'Avenir pour appuyer sa décision d'assimiler Nethys à Brutélé²⁶. Il est en effet indéniable que la définition de marché retenue par l'Autorité belge de la concurrence, à savoir celle d'un marché de détail des signaux de télévision "dans la zone de couverture de VOO"²⁷, contredit directement les Décisions du 1^{er} juillet 2011 sur laquelle est basée la Décision Contestée 2013.

²⁵ Cela a, à nouveau, été confirmé dans les conclusions principales de la CRC du 30 avril 2014, point 92, page 33.

²⁶ Deuxièmes conclusions de la CRC du 11 mai 2015, p 31.

²⁷ Définition d'ailleurs adoptée sans aucune analyse.



35. *La Concluante ne peut comprendre cette référence à la décision de l'Autorité belge de la concurrence que comme un aveu de la part de la CRC de la contradiction existant entre les Décisions du 1^{er} juillet 2011 et la Décision Contestée 2013 quant au marché géographique retenu.*

36. *La Concluante estime que cette contradiction justifie à elle seule l'annulation de la Décision Contestée 2013 et que la CRC devrait, par la suite, prendre position de manière claire et univoque sur la définition des marchés pertinents.*

(ii) *Nethys et Brutélé ont été considérées par la CRC comme étant chacune dominante sur un marché distinct*

37. *Rien ne justifie que la CRC diminue de moitié les tarifs auxquels Nethys et Brutélé peuvent prétendre, étant donné que l'objectif de la CRC devrait être d'ouvrir le marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle et que celui-ci est limité à la zone de couverture de chaque câblo-opérateur. La seule manière de comprendre ce choix de la CRC est de considérer que celle-ci cherche à ouvrir un marché qui est en réalité d'ampleur nationale.*

38. *Cette hypothèse est confirmée par la CRC elle-même dans la Décision Contestée 2013 quand elle indique qu'"[a]ccepter une telle duplication des coûts serait contraire au principe d'efficacité, conduirait à augmenter artificiellement les coûts des opérateurs concurrents et nuirait à la réalisation des objectifs visés par la décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011, en particulier parvenir à une situation de concurrence effective et de rendre l'entrée sur le marché possible pour les opérateurs qui sont actuellement entravés par des barrières à l'entrée élevées"²⁸.*

39. *Ce passage ne peut se comprendre que si l'on considère que Nethys et Brutélé appartiennent au même marché. L'emploi du singulier pour "le marché" est révélateur à cet égard. La Concluante estime que cette tendance à considérer que le marché comprend plusieurs zones de couverture des câblo-opérateurs, qui existe également dans les Décisions du 3 septembre 2013, contredit formellement les Décisions du 1^{er} juillet 2011 que la Décision Contestée 2013 est supposée appliquer.*

²⁸ Décision de la CRC du 11 décembre 2013 concernant les tarifs de gros pour les services d'accès aux réseaux câblés sur le territoire de la Région de langue française, point 38, pp. 24-25 (nous soulignons).



40. À cet égard, l'argument de la CRC selon lequel "Brutéle et Tecteo négligent le fait que leur assimilation sur le plan comptable ne fait pas disparaître les zones de Telenet et de Coditel" et "ne crée donc pas par elle-même un marché national"²⁹ est vidé de sens. Il ressort clairement de la Décision Contestée 2013 que la CRC a saisi les prétextes à sa disposition (en l'occurrence, l'existence de la marque commerciale VOO) pour assimiler Nethys à Brutélé afin de simplifier son travail de réglementation tarifaire et de faciliter la tâche aux opérateurs bénéficiaires de l'ouverture du câble (au mépris des droits que Nethys et Brutélé pouvaient dériver du cadre réglementaire existant). La CRC en aurait probablement fait de même avec d'autres opérateurs si elle en avait eu l'occasion. Cela ne justifie en rien l'assimilation de Nethys à Brutélé : la Concluante le répète, il était possible pour la CRC d'adopter des décisions tarifaires efficaces sans nier l'individualité de Nethys et de Brutélé.

(iii) Nethys et Brutélé ont fait l'objet d'un traitement individuel dans les Décisions du 1^{er} juillet 2011 et du 3 septembre 2013

41. La Concluante a déjà eu l'occasion de souligner l'illégalité de l'assimilation de Nethys à Brutélé³⁰. Elle tient également à rappeler que dans les Décisions du 1^{er} juillet 2011, "Brutéle et Tecteo ont été traitées par la CRC comme deux entreprises séparées, opérant sur des marchés distincts"³¹ (ce qui a d'ailleurs été confirmé par la CRC dans le cadre de la procédure en référé intentée par Orange³²).

42. La CRC ne met en avant aucun fait intervenu depuis le 1^{er} juillet 2011 qui serait de nature à justifier que Nethys soit à présent assimilée à Brutélé. La Concluante estime que cette absence de justification implique une contradiction entre les Décisions du 1^{er} juillet 2011 et la Décision Contestée 2013 sur ce point.

(iv) Conclusion sur ce moyen

43. Pour l'ensemble de ces raisons, la Concluante considère que la Décision Contestée 2013 doit être annulée. Si Votre Cour ne devait toutefois pas prononcer l'annulation de la Décision Contestée 2013 en vertu de ce moyen, il lui reviendrait d'user de sa compétence de pleine juridiction afin de prévoir que la Décision Contestée 2013 ne contredit pas les Décisions du 1^{er} juillet 2011 qu'elle est supposée mettre en œuvre. »

²⁹ Deuxièmes conclusions de la CRC du 11 mai 2015, p. 47.

³⁰ Voir point 3.2.1(A).

³¹ Décision de la CRC du 11 décembre 2013 concernant les tarifs de gros pour les services d'accès aux réseaux câblés sur le territoire de la Région de langue française, point 34, p. 22.

³² Conclusions principales de la CRC déposées le 12 mai 2014 dans le litige en référé opposant la Concluante à Orange devant le Tribunal de première instance de Bruxelles (Affaire 2014/254/C) Pièce I.7.



Tandis que PUBLIFIN-BRUTELE-NETHYS invoquent comme moyen que c'est à tort qu'ils ont été considérés ensemble, la CRC développe une argumentation pour considérer que TECTEO et BRUTELE doivent être considéré comme un seul opérateur.

La CRC fait valoir :

« Certes, au regard du droit des sociétés, Tecteo et Brutélé sont des entreprises individuelles, dotées d'une personnalité juridique propre. La création d'un groupement d'intérêt économique commun n'a pas modifié le statut de ces deux entités juridiques. Le projet de fusion entre ces deux sociétés ne s'est toujours pas concrétisé. Aucun des projets d'acquisition de Brutélé envisagés par Telenet et Coditel ne s'est formalisé. La CRC est donc partie du constat que ces deux entreprises étaient distinctes sur le plan du droit des sociétés. Les Décisions contestées le relèvent expressément³³. Les régulateurs le leur ont confirmé par la suite³⁴. Aucun élément remettant ce constat en cause n'est intervenu depuis l'adoption des Décisions contestées.

*Cependant, la distinction apparente entre Tecteo et Brutélé n'existe que sur le plan formel, au regard du droit des sociétés. En pratique, Tecteo et Brutélé ont **choisi**, depuis 2006, de développer des **synergies** à différents niveaux afin de **mutualiser** les coûts et d'**optimiser** les ressources nécessaires à la conduite de leurs **activités** commerciales et régulées. Ces synergies sont réelles et les effets que ces dernières induisent sur la structure organisationnelle respective de ces deux entreprises sont importantes. Tecteo et Brutélé confirment ainsi que cette collaboration leur a permis « d'optimiser leur fonctionnement »³⁵ et « d'augmenter leur efficacité »³⁶.*

*L'imbrication de ces entreprises a pris différentes formes, de sorte que c'est assez naturellement que Tecteo et Brutélé ont **choisi** de développer une **solution de gros unique** et totalement **intégrée**.*

*La CRC a tenu compte de la **conjonction** de ces différentes synergies pour conclure qu'il était approprié de les considérer comme un ensemble unique pour les besoins de la régulation tarifaire. Ce choix, guidé par les principes et objectifs du cadre réglementaire³⁷, repose sur l'**addition** des considérations suivantes³⁸.*

*Sur le plan **capitalistique**, les intérêts que partagent Tecteo et Brutélé sont*

³³ Décision du 11 décembre 2013 « région FR », § 33.

³⁴ Courriel de l'IBPT à Brutélé du 18 février 2014.

³⁵ Requête TECTEO FR, p. 13. Conclusions de Tecteo et de Brutélé du 15 septembre 2015, p. 19.

³⁶ Requête TECTEO FR, p. 14. Conclusions de Tecteo et de Brutélé du 15 septembre 2015, p. 15.

³⁷ Dont le principe d'efficacité économique et l'objectif de promotion de la concurrence.

³⁸ Décision du 11 décembre « région FR », points 33 à 45.



nombreux³⁹.

Bruté est un **associé** de l'intercommunale Tecteo (PUBLIFIN SCIRL)⁴⁰.

Bruté est également, via son association dans PUBLIFIN, actionnaire (minoritaire) de la s.a. NETHYS, filiale chargée d'accomplir diverses tâches opérationnelles et stratégiques pour le compte de ses actionnaires. C'est via NETHYS que Tecteo et Bruté ont mis un pied dans le monde de la presse écrite, avec pour objectif d'apporter du contenu local dans leur offre commune de télédistribution (VOO).

Tecteo et Bruté sont, en outre, les deux actionnaires du G.I.E ALE TELEDIS BRUTELE⁴¹. Le GIE est chargé, de manière **exclusive**, de définir une politique commune sur les prix des services de télédistribution analogique, de télévision numérique interactive, d'accès à Internet, de téléphonie et de mobilophonie ; de sélectionner le fabricant en charge de la fabrication, la fourniture et l'approvisionnement d'un décodeur tripleplay commun pour Tecteo et Bruté ou encore de régler la situation des droits d'auteurs et droits voisins de ses membres. Il est également chargé d'organiser des synergies en ce qui concerne la mise en commun des moyens publicitaires, le partage des investissements, l'harmonisation des systèmes de facturation et des infrastructures informatiques internes et la mise à disposition d'équipes d'intervention technique⁴². Tecteo et Bruté se partagent les coûts de ce G.I.E. à parts égales⁴³.

Tecteo et Bruté contrôlent également ACM. ACM dispose d'un backbone (réseau cœur) mis à disposition de Tecteo et Bruté pour l'acheminement de leurs signaux numériques et l'interconnexion de leurs réseaux d'accès local⁴⁴. ACM est aussi en charge, pour le compte de Tecteo et Bruté, de l'établissement et la gestion des équipements techniques nécessaires à l'interconnexion des réseaux concernés, et de l'étude, la commercialisation et la gestion de la distribution de toutes espèces d'applications basées sur le transport analogique ou numérique sur son réseau à haut débit. Enfin, ACM est active dans la gestion et l'acquisition de contenus enrichissant l'offre VOO, commune à Tecteo et Bruté⁴⁵.

³⁹ Informations tirées des actes, comptes annuels et documents publiés sur le site du *Moniteur belge* (Banque de données des personnes morales).

⁴⁰ Pour rappel, ce sont ces intercommunales (Bruté et Tecteo/Publifin) qui sont les destinataires principaux des décisions de la CRC (1^{er} juillet 2011, 3 septembre 2013 et 11 décembre 2013).

⁴¹ Bruté en détient 50% et Tecteo, via la s.a. NETHYS, les 50% restants.

⁴² Acte de constitution du GIE, article 2.

⁴³ Voir, p. ex., Comptes annuels 2012, publiés au *Moniteur belge*, p. 11.

⁴⁴ Seule cette partie locale est propre à Tecteo et à Bruté. Le reste du réseau et la plupart des équipements sont en effet gérés en commun ; voir à ce propos, Conclusions de Tecteo et de Bruté, pp. 12-13.

⁴⁵ Voir, p. ex., Rapport de gestion consolidé des comptes annuels 2014 de Publifin, p. 54 du document publié sur le site de la Banque nationale de Belgique.



Tecteo et Brutélé (via ACM) sont, par ailleurs, actionnaires de BETV, qui exerce ses activités dans les domaines de l'édition de chaînes à péage premium, la distribution de chaînes thématiques et la fourniture de services interactifs.

Jusqu'à son absorption par BETV, Tecteo et Brutélé (via ACM) étaient, en outre, indirectement actionnaires de BECDN, la filiale de BETV, chargée de la gestion et du traitement de signaux et données en vue de leur intégration sur les réseaux de Tecteo et Brutélé.

*Sur le plan des **investissements**, Tecteo et Brutélé ont, depuis 2006, mutualisé la plupart de leurs investissements⁴⁶.*

*Dans le cadre de leurs recours contre la décision du 1^{er} juillet 2011, Tecteo et Brutélé ont ainsi fait état d'une répartition des dépenses de capital (CAPEX) à concurrence de [75]% pour la première et [25]% pour la seconde⁴⁷. Ceci illustre bien qu'elles n'ont pas à supporter **deux fois** les mêmes dépenses (chacune pour son propre compte) mais qu'au contraire elles **partagent** entre elles des dépenses réalisées **conjointement**.*

Les informations financières communiquées par Tecteo et Brutélé dans le cadre du contrôle ex post des Décisions contestées montrent qu'elles ont appliqué la même clé de répartition aux dépenses opérationnelles (OPEX) induites par l'ouverture de leur plateforme à la concurrence⁴⁸.

*Sur le plan du **réseau de transmission**, Tecteo et Brutélé utilisent le backbone d'ACM pour le transport des signaux numériques jusqu'aux nœuds des réseaux au niveau local, l'interconnexion des différents réseaux locaux et la connectivité de ceux-ci avec les équipements actifs que Tecteo et Brutélé partagent en amont (Video headend, CAS, serveurs, routeurs, etc.).*

*Sur le plan de la **plateforme numérique**, Tecteo et Brutélé ont décidé d'acquérir ensemble une plateforme unique pour la télévision numérique, et d'en assurer en commun les développements informatiques liés à sa mise en œuvre. Leur choix s'est porté sur la solution proposée par Cisco. Cette plateforme constitue la base sur laquelle s'appuient l'essentiel de leurs activités de détail, et notamment une offre enrichie de programmes numériques, la fourniture de programmes en haute définition (HD), la commercialisation d'offres de services interactifs, combinant TV, Internet et téléphonie, un vaste catalogue de films et autres programmes en consultation à la demande (VOD ou catch-up TV), le tout au moyen d'un décodeur à*

⁴⁶ Requête 2011/AR/2265, p. 4.

⁴⁷ Voir informations confidentielles à la note de bas de page n° 608 des conclusions en suspension de Tecteo et Brutélé du 30 décembre 2011 dans leurs recours contre les décisions du 1^{er} juillet 2011, p. 317. Informations confidentielles vis-à-vis des tiers.

⁴⁸ Voir courriers de Tecteo et de Brutélé du 23 octobre 2014 à l'IBPT, Pièce DJ 1 et 2 (Nethys/Brutélé 2013).



disque dur intégré et muni d'un double tuner performant⁴⁹.

Sur le plan du **système d'accès conditionnel** et des **décodeurs**, Tecteo et Brutélé ont fait le choix de mutualiser l'acquisition et la gestion de ces équipements, en optant pour un fournisseur unique (Nagra Marlin pour le CAS, Netgear pour les modems)⁵⁰.

Sur le plan de l'**infrastructure IT**, Tecteo et Brutélé collaborent étroitement pour la gestion de leurs activités de détail (commande, activation, facturation, etc.). Tecteo et Brutélé ont opté pour la même solution IT, certes différenciée sur certains points (notamment au niveau facturation). Tecteo utilise en partie le système IT de Brutélé, ce qui donne lieu à des facturations croisées pour plusieurs millions d'euros sur une base annuelle. En 2011, Tecteo et Brutélé ont ainsi mandaté la société Deloitte en vue d'optimiser le dimensionnement et l'organisation des équipes IT communes. Aussi bien sur la question des factures croisées que sur le chantier de l'évolution de leurs équipes et infrastructures IT, des propositions concrètes ont pu être finalisées et mises en œuvre dans le courant de l'année 2011⁵¹.

Sur le plan de la **gestion des problèmes opérationnels**, Tecteo et Brutélé tiennent régulièrement des groupes de travail communs pour traiter des « problèmes opérationnels apparus entre les deux entités dans le cadre des **synergies** liées au partage de la marque, problèmes liés aux facturations croisées ainsi qu'au partage d'une infrastructure IT commune »⁵².

Sur le plan des **ressources**, et afin d'optimiser le fonctionnement des structures, des collaborations ont été mises en place entre les équipes de Tecteo et de Brutélé permettant de répartir le travail entre les diverses compétences disponibles⁵³. C'est ainsi que les équipes de Brutélé ont effectué des prestations au bénéfice de Tecteo⁵⁴ notamment dans le domaine IT, et inversement dans d'autres domaines. Les prestations croisées effectuées entre Tecteo et Brutélé visent à tirer tout le potentiel « des synergies liées à l'exploitation de la marque commune »⁵⁵.

Sur le plan de l'acquisition des **droits sur le contenu**, Tecteo et Brutélé, via le GIE, « coopèrent étroitement en ce qui concerne les droits d'auteurs »⁵⁶. Elles le font également via ACM et BETV dont elles sont actionnaires.

Sur le plan des **études stratégiques**, Tecteo et Brutélé ont, au cours de ces dernières

⁴⁹ Rapport annuel 2008 de Brutélé, pp. 9-10.

⁵⁰ Voir www.voo.be/fr/internet/modem-wifi/.

⁵¹ Rapport annuel 2011 de Brutélé, p. 7.

⁵² Rapport annuel 2011 de Brutélé, p. 7 ; la CRC souligne.

⁵³ Rapport annuel 2009 de Brutélé, pp. 9-10.

⁵⁴ Voir notamment, Rapport annuel 2011 de Brutélé, p. 7.

⁵⁵ Rapport annuel 2009 de Brutélé, pp. 9-10.

⁵⁶ Requête 2011/AR/2264 (recours dirigés contre les décisions cadre), p. 4.



années, défini leur stratégie de concert. A titre d'exemple, en 2007, Tecteo et Brutélé ont décidé « de se porter candidats acquéreurs de l'ensemble [des huit intercommunales wallonnes Idea - Inatel - Simogel - IGEHO - Telelux - Seditel et Interest], dans la perspective de l'unification de la totalité des réseaux au sein d'une seule société, commercialisant tous les produits sous une marque unique (VOO) »⁵⁷. En 2011, Brutélé et Tecteo ont confié une mission à Mc Kinsey portant sur le positionnement stratégique de la marque VOO, afin d'évaluer les impacts potentiels de l'ouverture du câble à la concurrence⁵⁸.

Sur le plan **commercial**, Tecteo et Brutélé proposent dans leur zone d'activités respective les mêmes offres commerciales de télédistribution⁵⁹ et d'Internet large bande, sous une seule et même marque, VOO, et de nombreuses campagnes marketing menées de concert. « Une seule marque, signifie en effet non seulement une politique de marketing commune sur le plan des campagnes de promotion, mais aussi pour la définition des produits ou encore l'uniformisation des services à la clientèle (numéro d'appel unique). Tout cela a donc un impact inévitable sur l'ensemble des départements de la société »⁶⁰. Tecteo et Brutélé collaborent également au niveau de la commercialisation des offres VOO sur le marché de la téléphonie mobile. Brutélé vend via ses propres canaux de vente les offres mobiles gérées par Tecteo⁶¹.

Sur le plan **judiciaire**, Tecteo et Brutélé ont décidé de mandater le même conseil pour assurer une défense commune de leurs intérêts en justice. Tecteo et Brutélé ont opté pour une stratégie identique, que ce soit contre les décisions cadre du 1^{er} juillet 2011, contre celles du 3 septembre 2013 (décisions sur les offres de référence) ou contre les Décisions contestées : choix procédural identique, requêtes et écrits de procédure identiques, préjudices allégués en suspension similaires et moyens d'annulation identiques.

Sur le plan **réglementaire**, Tecteo et Brutélé ont choisi, dans le cadre de la mise en œuvre des décisions du 1^{er} juillet 2011, d'adopter une position commune⁶². Elles ont ainsi chacune communiqué une proposition identique d'offre de référence, basée sur une architecture technique et opérationnelle unique et intégrée. Elles ont, par la suite, apporté des modifications identiques et fait valoir les mêmes critiques à l'égard

⁵⁷ Rapport annuel 2008 de Brutélé, p. 10.

⁵⁸ Rapport annuel 2011 de Brutélé, p. 8.

⁵⁹ Sous réserve, certes, de certaines différences en ce qui concerne l'offre de télévision analogique, pour des questions historiques. De telles différences existent cependant au sein même de chacune des zones d'activités de Tecteo et de Brutélé. Voir à ce propos, Requête TECTEO FR, p. 10.

⁶⁰ Rapport annuel 2008 de Brutélé, pp. 9-10.

⁶¹ Rapport annuel 2014 de Brutélé, p. 8 : « Concrètement, Nethys propose ses services directement au client final, via une facture spécifique ; Nethys assure également l'ensemble du support technique. De son côté, Brutélé commercialise les services VOO Mobile dans l'ensemble de ses boutiques ».

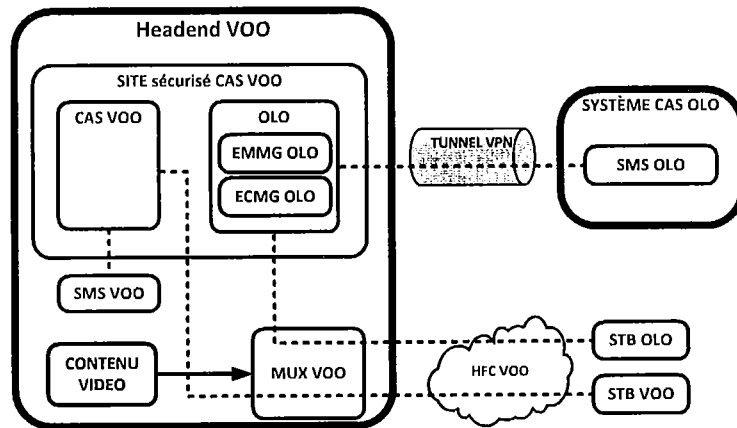
⁶² Les affaires réglementaires de Tecteo et Brutélé sont dirigées par une même personne, employée de BECDN.



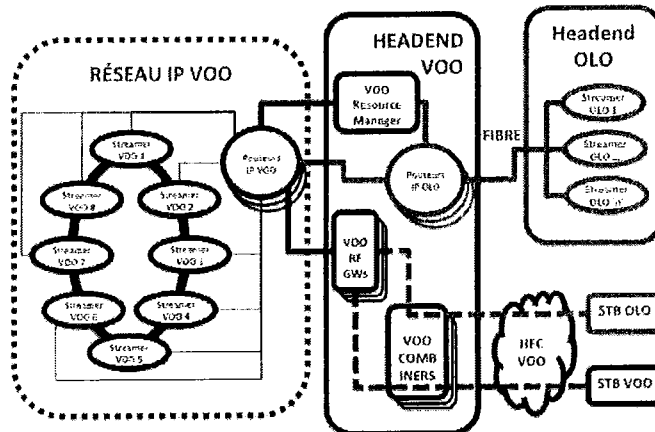
des modifications proposées ou imposées par le régulateur.

Il est d'ailleurs piquant de noter que les offres de référence de Tecteo et de Brutélé présentent leur plateforme, non pas sous le nom de leur société respective, mais sous la marque VOO.

L'architecture, unique et intégrée, proposée par Tecteo et Brutélé pour la télévision numérique et la VOD se présente en effet comme suit :



Integration VOD VOO-OLO



D'autres éléments communs ressortent clairement des offres de référence de Tecteo et Brutélé. A titre d'exemple, Tecteo et Brutélé utilisent un seul et unique Video Headend (VHE DVB), et ce dernier est opéré par BETV. Elles ont également défini un seul et même point d'interconnexion pour l'accès à leur plateforme de



télévision numérique. Ce point unique et commun à Tecteo et Brutélé est établi au siège social de BECDN, filiale de Tecteo.

En résumé, Tecteo et Brutélé ont développé une solution unique et totalement intégrée pour la fourniture des produits régulés. Sur le plan technique et opérationnel, cette solution de gros repose sur :

- un **seul** Video Headend (VHE DVB) opéré par BeTV ;
- un point d'interconnexion **unique** établi au siège social de BECDN ;
- un **seul** réseau cœur, assurant la transmission des chaînes jusqu'aux nœuds locaux, géré par ACM ;
- l'utilisation **croisée** des systèmes et interfaces IT de Tecteo et de Brutélé⁶³ ;
- une « task force » **intégrée**, regroupant les ressources humaines que Tecteo et Brutélé ont affectées à ce projet ;
- une équipe de consultants externes **identique** pour assurer le support et le suivi du projet.

Rejet de l'hypothèse proposée par Tecteo et Brutélé d'une duplication artificielle des coûts. Dans le cadre de l'élaboration des Décisions contestées, Tecteo et Brutélé ont proposé de faire reposer l'évaluation des coûts pertinents les concernant sur la base des coûts fictifs auxquels elles auraient été artificiellement exposées si elles avaient décidé de développer chacune une solution de gros séparée.

La CRC a constaté que cette approche ne correspondait pas à la réalité des choix techniques et opérationnels posés conjointement par Tecteo et Brutélé pour l'ouverture de leur plateforme à la concurrence. Une telle approche aurait eu pour conséquence de devoir dupliquer les coûts de gros de manière totalement artificielle, ce qui aurait été difficilement défendable sur le plan de l'efficacité économique. Il en aurait résulté un tarif de gros excessif par rapport à la réalité des coûts exposés. De tels tarifs auraient mis en péril les objectifs poursuivis en l'espèce, et notamment la promotion d'une concurrence saine et durable sur le marché de la télédistribution et des offres multiplay.

La CRC a dès lors rejeté la solution artificielle proposée par Tecteo et Brutélé :

« l'existence de deux sociétés et de deux marchés géographiques, reconnue par la CRC, ne doit pas conduire à accepter une duplication des coûts qui devraient être supportés par les opérateurs intéressés à acheter des services de gros à Tecteo et Brutélé. Accepter une telle duplication des coûts serait contraire au principe d'efficacité, conduirait à augmenter artificiellement les coûts des opérateurs concurrents et nuirait à la réalisation des objectifs visés

⁶³ Dans l'attente de l'acquisition d'un système IT commun dédié à l'activité de gros.



par la décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011, en particulier parvenir à une situation de concurrence effective et rendre l'entrée sur le marché possible pour les opérateurs qui sont actuellement entravés par des barrières à l'entrée élevées »⁶⁴.

Conclusion – assimilation de Tecteo et Brutélé pour les besoins du modèle de coûts. *C'est sur la base de la conjonction des différentes synergies mises en place par Tecteo et Brutélé⁶⁵ que ces dernières ont été « considérées ensemble dans l'exercice de la détermination des tarifs de gros pour les services d'accès aux réseaux câblés » et que « les coûts de mise en œuvre de la décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 ne doivent être pris en compte qu'une seule fois pour Brutélé et Tecteo »⁶⁶. La CRC a cependant réajusté la part de coûts variables pour tenir compte de la différence d'échelle entre opérateurs régulés et rééchélonné les coûts de Tecteo et Brutélé pour tenir compte de leur taille cumulée. Ce choix est parfaitement conforme aux directives européennes applicables en l'espèce⁶⁷ et à la jurisprudence de la Cour d'appel de Bruxelles, abondante en cette matière⁶⁸. »*

Ces éléments de fait invoqués par la CRC permettent certes de justifier que TECTEO et BRUTELE pourraient être considérés comme un seul et même opérateur.

La CRC justifie son « nouveau » choix en faisant valoir que le régulateur dispose d'une large marge d'appréciation.

Elle fait valoir que dans le cadre de la décision du 1^{er} juillet 2011 elle a délimité des marchés distincts pour des considérations géographiques tandis que « *en ce qui concerne la détermination du tarif de fourniture des produits régulés, la CRC a tenu compte du fait (i) que Brutélé et Tecteo ont choisi de mener une politique de prix uniforme, sous une marque commune, au détail ; (ii) que les coûts évitables, supportés par Tecteo et Brutélé pour leurs activités de détail, concernent des prestations qu'elles ont développées en commun afin d'en*

⁶⁴ Décision du 11 décembre 2013 « région FR », point 38.

⁶⁵ Décision du 11 décembre « région FR », points 33 à 45.

⁶⁶ Décision du 11 décembre « région FR », point 46 ; la concluante souligne.

⁶⁷ Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès »), considérant 20.

⁶⁸ Voy. par exemple, Bruxelles, 16 mai 2012, 2010/AR/2003, point 53 ; Bruxelles, 30 juin 2009, 2006/AR/2332, point 75 ; Bruxelles, 19 mai 2009, 2007/AR/302, point 133 ; Bruxelles, 4 avril 2008, 2007/AR/3394, point 20.



réduire l'impact budgétaire ou qu'elles s'offrent mutuellement afin d'éviter toute duplication inutile ; et (iii) que Tecteo et Brutélé ont choisi une architecture intégrée afin de minimiser l'impact des coûts d'exploitation des services de gros sur leurs opérations respectives. La CRC a intégré ces différents paramètres dans le modèle de coûts. Il en est ressorti un prix régulé uniforme pour Tecteo et Brutélé, à appliquer sur les offres de détail qu'elles commercialisent au même prix (volet retail du contrôle de prix) sous la marque VOO. Rien n'indique des prix régulés différents auraient dû être imposés si les requérantes avaient été envisagées séparément. Les requérantes se gardent bien d'identifier les catégories de coûts – coûts évitables au détail ou coûts de gros – qui varieraient sensiblement de l'une à l'autre en raison notamment de spécificités géographiques propres.

En ce qui concerne la rétribution des coûts de mise en œuvre, à charge des bénéficiaires, la CRC a constaté que ces coûts sont, dans une très forte proportion, des coûts fixes, qui sont en principe indépendants de la taille des opérateurs concernés. Il s'agit dans une large mesure de coûts liés à des développements informatiques et à la mise en place de processus liés à la vente en gros, que Tecteo et Brutélé ont choisi de mutualiser au titre de l'efficacité. Ces coûts ont été rééchelonnés pour tenir compte de leur taille cumulée, et donc de leur couverture géographique étendue. La CRC a estimé qu'un opérateur efficace placé dans une situation comparable aurait vraisemblablement développé une solution exploitant au mieux les synergies développées entre Tecteo et Brutélé. Les requérantes ont suivi cette voie, en décidant de se répartir tous les coûts d'investissements. Il n'était donc pas envisageable de dupliquer ces coûts pour faire comme si elles avaient chacune développé une solution de gros indépendante. Une telle approche aurait été contraire aux principes du cadre réglementaire et à la jurisprudence de la Cour. Les coûts d'investissements ont dès lors été estimés en considérant Tecteo et Brutélé comme une entité unique pour les besoins du contrôle de prix au niveau de gros, nonobstant les marchés géographiques distincts sur lesquelles les composantes de cette entité agissent au détail. La CRC a laissé le soin aux requérantes de décider de l'allocation de ces coûts au sein de cette entité.

L'approche strictement géographique préconisée par les requérantes n'aurait donc eu aucune incidence notable sur le niveau de contribution mise à charge des bénéficiaires. »

Dans ses observations la Commission Européenne avait fait valoir :

« 31.1. La Commission constate que la CRC ne propose pas de modèle pour calculer les coûts de mise en œuvre sur une base ascendante mais utilise comme indicateur indirect les coûts estimés d'un seul opérateur, dont elle estime qu'ils reflètent le plus fidèlement possible les coûts spécifiques des services de gros d'un opérateur efficace. La Commission demande à la CRC de faire valoir, dans sa mesure finale, des éléments supplémentaires permettant



raisonnablement de supposer que les coûts présentés par Coditel sont effectivement le meilleur indicateur indirect des coûts supportés par un opérateur efficace et ne nécessitent pas d'autres ajustements.

31.2. La Commission observe en outre qu'en calculant le prix de détail de référence au moyen d'une ARPU, la CRC se réfère uniquement à la TV analogique, à la TV numérique (avec la TV analogique) et à l'offre «dual play» (TV et Internet haut débit). La Commission invite la CRC à exposer de façon plus détaillée les raisons pour lesquelles elle estime approprié et justifié de ne pas utiliser la même référence pour le «multiple-play» que pour le «double play».

31.3. La Commission rappelle son observation dans l'affaire BE/2011/1229 et dans l'affaire E/2013/1485 que la radiodiffusion numérique semble gagner du terrain en Belgique, tandis que la TV uniquement analogique en perd. La Commission note aussi que la liste des bénéficiaires potentiels du règlement proposé s'est réduite depuis l'adoption des mesures en 2011. La Commission invite la CRC à effectuer dès que possible, et au plus tard en 2014, une nouvelle analyse de marché.

31.4. La Commission attire l'attention sur les parallèles et les liens entre la réglementation du marché de la transmission de signaux de radiodiffusion et de l'accès aux réseaux de radiodiffusion avec le marché de l'accès de gros au haut débit. La Commission encourage donc la CRC à évaluer, dans sa future analyse de marché - dans l'hypothèse où il serait justifié de maintenir un régime réglementé - si une harmonisation de la réglementation des prix d'accès actuels au câble avec la méthode de calcul des coûts de l'accès de gros au haut débit ne serait pas une solution plus appropriée. »

La cour n'examinera cependant pas la pertinence des arguments de fait invoqués par la CRC au motif qu'il ne peut être admis que dans le cadre de plusieurs décisions interdépendantes les parties considérées comme faisant partie du groupe PUBLIFIN-BRUTELE-NETHYS sont considérées comme étant des entités distinctes dans le cadre d'une des décisions, tandis que dans d'autres décisions - qui reposent sur les décisions qui en avaient décidé autrement - ces entités sont considérées comme un seul opérateur.

En effet, dans la décision du 16 février 2016, la CRC fait valoir notamment :

« Que compte tenu des circonstances du marché belge, telles qu'elles ressortent de la décision de la CRC du 1er juillet 2011, il est préférable de déterminer dans les meilleurs délais des tarifs de gros pour l'accès aux réseaux câblés en tenant compte uniquement, dans un premier temps, des avantages dont la valeur est la plus notable



et de procéder ultérieurement à une révision de ces tarifs pour tenir compte de l'ensemble des éléments pertinents (§ 55) ; »

La CRC n'explique pas **dans la décision attaquée** – et ne fournit donc pas une motivation adéquate dans la décision -, pour quel motif elle considère PUBLIFIN-BRUTELE-NETHYS comme un seul et unique opérateur dans le cadre des décisions tarifaires, tandis qu'elle considérerait PUBLIFIN-BRUTELE-NETHYS comme des opérateurs distincts dans le cadre de la décision du 1^{er} juillet 2011 (et celle du 13 septembre 2013).

En vertu des articles 2 et 3 de la loi 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, les actes administratifs des autorités administratives doivent faire l'objet d'une motivation formelle. La motivation exigée consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision. La motivation doit être adéquate.

Le caractère adéquat de la motivation signifie que la motivation doit être pertinente, c'est-à-dire qu'elle doit clairement avoir trait à la décision et doit être solide, ce qui signifie que les motifs invoqués doivent suffire à justifier la décision ⁶⁹.

La contradiction entre d'une part les décisions du 1^{er} juillet 2011 et du 3 septembre 2013 et d'autre part la décision litigieuse du 11 décembre 2013 n'est pas fondée sur des motifs qui justifient cette différence de traitement.

Une pareille contradiction constitue un défaut de motivation sous les formes d'une violation des principes d'égalité, de non-discrimination et de proportionnalité et la décision viole les principes de la sécurité juridique et des attentes légitimes de PUBLIFIN-BRUTELE-NETHYS.

Ces violations de l'obligation de motivation, justifient l'annulation de la décision entachée du défaut de motivation adéquate.

Le moyen est fondé. La décision du 11 décembre 2013 est annulée.

En ce qui concerne les répercussions de l'annulation de la décision du 11 décembre 2013 sur la possibilité de survie indépendante de la décision du 19 février 2016 :

⁶⁹ C.E. (9e ch.) n° 222.266, 28 janvier 2013, <http://www.raadvst-consetat.be> ; T.B.P. 2014, 37.



Dès lors que la décision du 19 février 2016 poursuit et développe la décision du 11 décembre 2013, se pose la question de savoir si cette seconde décision peut survivre de manière indépendante après l'annulation de la décision initiale du 11 décembre 2013.

La décision du 19 février 2016 précise à ce sujet (§ 295):

«295. Les dispositions de la décision de la Conférence des régulateurs du secteur des communications électroniques (CRC) du 11 décembre 2013 concernant les tarifs de gros pour les services d'accès aux réseaux câblés sur le territoire de la région de langue allemande autres que celles qui sont remplacées par la présente décision restent en vigueur pour autant que la présente décision ne les modifie pas. En cas de contradiction entre la décision du 11 décembre 2013 et la présente décision, cette dernière prévaut. »

Il ressort de la lecture conjointe des deux décisions que la décision du 19 février 2016 est en partie une décision indépendante dans la mesure où elle fixe de nouveaux tarifs, mais qu'elle constitue néanmoins partiellement une « révision » de la décision du 11 décembre 2013.

En déclarant que les dispositions de la décision du 11 décembre 2013 restent en vigueur, dans la mesure où elles ne sont pas modifiées par la décision du 19 février 2016, il s'avère que c'est l'intention du CRC que la décision du 19 février 2016 ne soit pas entièrement neuve mais qu'elle opère une continuation, moyennant un réexamen et l'actualisation de la décision prise en date du 11 décembre 2013.

La décision du 19 février 2016 est donc une décision mixte qui (1) exécute et développe partiellement la décision du 11 décembre 2013 et qui (2) constitue partiellement une décision autonome – dans la mesure où elle fixe de nouveaux tarifs qui dérogent au plan tarifaire tel que contenu dans la décision du 11 décembre 2013 -.

Lorsqu'une décision ultérieure exécute, adapte mais constitue pour le surplus un maintien d'une décision antérieure, il y a une dépendance entre les deux décisions de façon telle (...) que l'annulation de la première décision (du 11 décembre 2013) - dans la mesure où l'annulation est fondée sur la méthode de formation de cette décision - a, par répercussion pour effet, que la (deuxième) décision (du 19 février 2016) greffée sur la première, doit être annulée à son tour, au motif qu'elle ne peut pas survivre de manière indépendante. En effet, toutes les décisions déjà prises en 2013, dont la décision de 2016 développe ou exécute certains principes, sont également annulées et ne peuvent donc plus fonctionner comme support pour la nouvelle décision du 19 février 2016.



Dans une autre hypothèse, à savoir celle où la décision du 11 décembre 2013 aurait été annulée sur la base d'un défaut dans le calcul des taux ; sur la base des paramètres utilisés, là où ces mêmes paramètres ne seraient plus utilisés dans la nouvelle décision, la nouvelle décision du 19 février 2016, aurait pu en effet subsister.

Mais, lorsqu'au contraire – comme en l'espèce - la décision du 11 décembre 2013 est annulée au motif que la décision n'est pas juridiquement valablement formée, elle ne peut plus servir de fondement pour la décision du 19 février 2016.

Il faut donc constater qu'en l'espèce, sur base du libellé même de la décision du 19 février 2016 (voir notamment l'article 295 ci – dessus) et au vu de la forte interdépendance entre les deux décisions, l'annulation de la décision du 11 décembre 2013 entraîne par répercussion l'annulation de la décision du 19 février 2016.

Surabondamment, concernant la décision du 11 février 2016. Le moyen pris de la violation de l'article 16 paragraphe 6 de la Directive cadre ⁷⁰:

Surabondamment la cour examine s'il y a des causes d'annulation spécifiques de la décision du 19 février 2016 (c'est à dire, des causes d'annulation qui n'ont trait qu'à cette seconde décision).

PUBLIFIN-BRUTELE-NETHYS fait valoir le moyen suivant (numéros 239 et suivants):

« Annulation de la Décision Contestée 2016 pour violation de l'article 16, paragraphe 6, de la Directive cadre en raison de l'obsolescence de l'Analyse de marché sur laquelle se fonde la Décision Contestée 2016 - (i) La Décision Contestée 2016 ne peut être légalement adoptée alors que l'Analyse de marché qui la fonde est obsolète - (ii) L'obsolescence de l'Analyse de marché est une évidence juridique et factuelle - (iii) Les arguments présentés par la CRC et Orange pour contester le constat d'illégalité de la Décision Contestée 2016 ne sont pas pertinents - (iv) Un examen, même superficiel, de la situation actuelle dans le secteur des télécommunications suffit à conclure à l'obsolescence du cadre réglementaire - (v) à titre subsidiaire : L'envoi de question(s) préjudicielle(s) à la Cour de Justice de l'Union européenne »

⁷⁰ Directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive "cadre")



Il n'est pas contesté que la dernière analyse de marché date du 1^{er} juillet 2011.

La décision attaquée considère à ce sujet:

« 321. Numericable critique le fait que l'analyse de marché sur laquelle se fonde le projet de décision date de plus de 4 ans et le fait que la réglementation tarifaire envisagée dépasse l'étendue de la position de puissance de marché établie dans l'analyse de marché. »

« 227. Certains commentaires font référence au fait que l'analyse de marché sur laquelle se fonde le projet de décision date de plus de 4 ans ou que la décision tarifaire précédente (la décision du 11 décembre 2013) ne s'est jamais appliquée et qu'il était donc prématuré de la modifier.

228. L'article 65 du décret du 27 juin 2005 prévoit qu'une analyse de marché soit réalisée après chaque publication par la Commission européenne de sa « Recommandation concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques », et ensuite à intervalles réguliers. L'article 16.6, a), de la directive «cadre» dispose que : « (...) les autorités réglementaires nationales effectuent une analyse du marché pertinent (...) dans les trois ans suivant l'adoption d'une précédente mesure concernant ce marché (...) ». Ces trois ans ne constituent cependant pas un délai préfix au terme duquel l'analyse de marché précédente deviendrait caduque, entraînant avec elle les obligations imposées. Plusieurs éléments vont dans ce sens :

228.1. L'économie du mécanisme prévu à l'article 16, points 2 à 4, de la directive « cadre » impose un certain formalisme pour lever les obligations imposées. Autrement dit, le « non maintien » d'une obligation préalablement imposée nécessite une (nouvelle) analyse de marché, notamment pour déterminer si le marché est oui ou non devenu concurrentiel depuis lors. La Cour d'appel de Bruxelles a déjà statué dans ce sens à propos d'une analyse des (anciens) marchés 11 et 12 (large bande). Selon la Cour, l'article 16, § 2, de la Directive Cadre et l'article 55, § 2, de la Loi fédérale du 13 juin 2005 requièrent une analyse de marché préalable avant de supprimer une obligation réglementaire qui a été imposée à un opérateur (voir les commentaires du 3 janvier 2008 sur le projet de décision, alors qu'elle s'interrogeait sur la possibilité de faire expirer la décision entreprise le 15 mai 2009, au vu de l'article 16, § 2 de la Directive Cadre) (Bruxelles, 7 mai 2009, 2008/AR/787, considérant 61). :

La phrase-clé de ces commentaires est la suivante : « (...) regulatory obligations imposed on an SMP operator shall remain in force until the next market analysis review is adopted » (Commentaires du 3 janvier 2008, cas BE/2007/0735 et 0736, p. 7).

Encore tout récemment, dans l'Explanatory Note à la Recommandation de la Commission du 9 octobre 2014 concernant les marchés pertinents de produits et de services (...), on pouvait lire que, même dans le cas où c'est à la suite d'une analyse de marché (et non par simple écoulement du temps) que des obligations viennent à être levées, il convient d'accorder une période transitoire aux opérateurs concernés : « (...) when an NRA withdraws remedies imposed as a result of a market analysis, an appropriate periode of notice shall be given to



parties affected by the withdrawal of such obligations » (p. 53). Ceci conforte la thèse selon laquelle il ne peut y avoir d'automatisme dans la levée d'obligations imposées par le régulateur.

228.2. L'article 16.6, b), de la directive « cadre » prévoit qu'en cas de retard de l'autorité réglementaire nationale par rapport au délai de trois ans, « (...) l'ORECE fournit sur demande une assistance à l'autorité réglementaire nationale concernée (...) » (nous soulignons). On notera que la directive n'envisage pas les hypothèses où cette assistance n'aboutit pas à une décision au bout des 6 mois prévus ni celle où l'assistance n'est même pas demandée. Dans l'exposé des motifs de la directive 2009/140/CE, s'il rappelle qu'« Il est important d'effectuer une analyse de marché à échéances régulières et selon un calendrier raisonnable et adapté » (considérant 48, nous soulignons), il constate en effet que « le fait qu'une autorité réglementaire nationale n'analyse pas un marché dans les délais peut nuire au marché intérieur, et les procédures normales d'infraction risquent de ne pas produire les effets voulus à temps » (ibidem). A aucun moment, il n'est question d'une quelconque date de « péremption » automatique des obligations imposées par le régulateur.

229. Il faut encore souligner que, si les décisions du 1er juillet 2011 n'ont pas pu sortir leurs effets dans les délais escomptés, c'est aussi et surtout suite à l'attitude des destinataires de ces décisions. En effet, ils ont :

229.1. introduit des recours en suspension devant la Cour d'appel de Bruxelles contre les décisions de juillet 2011, recours qui n'ont pu être tranchés par la Cour qu'à la fin de l'année 2012. Or, même si les recours en suspension n'ont pas d'effet suspensif en tant que tels, il aurait été contraire au principe de bonne administration pour le MEDIENRAT (et les autres régulateurs) de forcer l'application des décisions de juillet 2011 tant que subsistait l'hypothèque de ces recours ;

229.2. tardé, au surplus, à déposer leurs offres de référence en manière telle que les décisions à ce sujet n'ont pu finalement être prises qu'en septembre et décembre 2013. »

La cour décide:

Le point 6 de la Directive cadre (2002/21/CE du 7 mars 2002) oblige les autorités réglementaires nationales d'effectuer une analyse des marchés pertinents en prenant en considération les marchés recensés dans la recommandation et en tenant le plus grand compte des lignes directrices.



Le texte de l'article 16.6 de la Directive cadre est le suivant:

« Procédure d'analyse de marché

[...]

6. Les mesures prises conformément aux paragraphes 3 et 4 sont soumises aux procédures prévues aux articles 6 et 7. Les autorités réglementaires nationales effectuent une analyse du marché pertinent et notifient le projet de mesure correspondant conformément à l'article 7:

- a) dans les trois ans suivant l'adoption d'une précédente mesure concernant ce marché. Ce délai peut toutefois, à titre exceptionnel, être prolongé jusqu'à trois ans supplémentaires lorsque l'autorité réglementaire nationale a notifié à la Commission une proposition motivée de prolongation et que cette dernière n'y a pas opposé d'objection dans le mois suivant la notification;*
- b) dans les deux ans suivant l'adoption d'une recommandation révisée sur les marchés pertinents pour les marchés qui n'ont pas été préalablement notifiés à la Commission; ou*
- c) dans les deux ans suivant leur adhésion pour les États membres qui ont récemment rejoint l'Union. »*

Le paragraphe 27 des considérations de la Directive cadre est le suivant:

« Il est essentiel que les obligations réglementaires ex ante ne soient imposées qu'en l'absence de concurrence effective c'est-à-dire sur les marchés où opèrent une ou plusieurs entreprises disposant d'une puissance significative sur le marché et lorsque les recours fondés sur le droit national ou le droit communautaire de la concurrence ne suffisent pas à résoudre le problème. Il est donc nécessaire que la Commission élabore, conformément aux principes du droit de la concurrence, des lignes directrices au niveau communautaire à l'intention des autorités réglementaires nationales pour qu'elles puissent évaluer le caractère effectif de la concurrence sur un marché donné et la puissance sur le marché des entreprises concernées. Il convient que les autorités réglementaires nationales déterminent, après analyse, si le marché, pour un produit ou service donné, est réellement concurrentiel dans une zone géographique donnée qui peut couvrir tout ou partie du territoire de l'État membre concerné ou dans un ensemble de zones proches de territoires appartenant à des États membres. Cette analyse du caractère effectif de la concurrence devrait notamment porter sur les



perspectives que ce marché offre en termes de concurrence afin de déterminer si une éventuelle absence de concurrence effective est susceptible de perdurer. Ces lignes directrices aborderont également la question des nouveaux marchés émergents dans lesquels, de facto, l'entreprise qui domine le marché risque d'avoir une part de marché considérable mais ne doit pas pour autant être soumise à des obligations non justifiées. La Commission devrait réexaminer ces lignes directrices régulièrement afin de s'assurer qu'elles sont toujours adaptées à un marché en évolution rapide. Les autorités réglementaires nationales devront coopérer entre elles lorsque le marché pertinent s'avérera être transnational. » (la cour souligne)

Dans ses observations du 5 février 2016 formulées conformément à l'article 7 paragraphe 3 de la Directive cadre (2002/21/CE) la Commission Européenne faisait valoir notamment:

« Comme elle l'a déjà indiqué à plusieurs reprises — d'abord dans ses observations concernant la notification de l'analyse complète relative au marché de détail de la transmission de signaux de radiodiffusion et de l'accès aux réseaux de radiodiffusion en Belgique en 2011 ⁷¹, puis dans les deux notifications relatives aux modifications des mesures correctrices en 2013 ⁷² — la Commission souligne que, conformément à l'article 8, paragraphe 4, de la directive «accès», toutes les obligations imposées par les ARN doivent être fondées sur la nature du problème constaté, proportionnées et justifiées au regard des objectifs énoncés à l'article 8 de la directive «cadre».

La Commission souligne avec force et rappelle l'observation qu'elle a formulée précédemment concernant le marché en cause, à savoir que la radiodiffusion numérique semble gagner du terrain en Belgique, tandis que la TV uniquement analogique en perd en termes d'utilisation et d'importance. Cette tendance s'est confirmée depuis l'adoption de la mesure finale de la CRC en juillet 2011. En réponse à la demande d'informations de la Commission, la CRC a fourni à cette dernière des données sur les parts de marché, qui semblent suggérer que les opérateurs alternatifs gagnent des parts de marché de manière constante, et même importante dans certaines régions, au détriment de l'opérateur PSM correspondant ⁷³.

La Commission estime que, vu l'évolution du marché au cours des dernières années, les contraintes réglementaires imposées aux câblo-opérateurs PSM, ou du moins une

⁷¹ BE/2011/1229.

⁷² BE/2013/1485 et BE/2013/1511 respectivement

⁷³ Sur les territoires concernés, les opérateurs PSM correspondants ont tous vu leurs parts de marché au niveau du commerce de détail baisser de plus de 10 % au cours des cinq dernières années. Dans la zone couverte par le réseau de Nethys et de Brutélé notamment, la part de marché de l'opérateur PSM (VOO) a chuté depuis 2010, passant de près de 80 % à environ 60 % ou moins, tandis que le principal concurrent (Proximus) pourrait obtenir des gains importants en doublant quasiment sa part dans le marché de B radiodiffusion (jusqu'à 40 % désormais).



partie de ces contraintes, risquent de ne plus être adaptées car elles se justifiaient surtout par l'avantage concurrentiel; que ces opérateurs tiraient de leur capacité de fournir de la TV analogique. En tout état de cause, la justification actuelle d'une intervention réglementaire se fonde sur une analyse de marche qui est obsolète. A la lumière de ce qui précède, la Commission se demande si le maintien de l'application des mesures correctrices en général, et le recours à un contrôle des prix fondé sur le «retail-minus» en particulier, demeurent appropriés, proportionnés et objectivement justifiés pour le marché en cause.

Par ailleurs, si elle prend acte de ce que la présente notification n'énonce que des propositions concernant les modalités précises de la méthode «retail minus» pour l'accès aux réseaux câblés, mettant ainsi en œuvre la décision de la CRC de 2011 concernant les marchés de détail de la transmission de signaux de radiodiffusion et de l'accès aux réseaux de radiodiffusion en Belgique, la Commission attire l'attention de la CRC sur le parallélisme et les liens qui existent entre la réglementation du marché de la transmission de signaux de radiodiffusion et de l'accès aux réseaux de radiodiffusion, d'une part, et le marché de l'accès de gros au haut débit en Belgique, d'autre part, notamment en ce qui concerne les mesures correctrices liées à l'accès à haut débit. Des décisions d'investissement similaires doivent être prises sur les deux marchés en ce qui concerne le déploiement et l'entretien des infrastructures, et les signaux «construire ou acheter») résultant d'une méthode de calcul des coûts spécifiques sont comparables.

Par conséquent, il semble plus opportun d'harmoniser les méthodes de calcul des cours utilisées pour les deux marchés.

Compte tenu des éléments qui précèdent, la Commission invite instamment la CRC à réexaminer sans plus attendre son approche générale en matière de réglementation du marché de la transmission de signaux de radiodiffusion et de l'accès aux réseaux de radiodiffusion en Belgique, en vue d'évaluer une nouvelle fois (a) s'il est effectivement toujours justifié de maintenir un régime réglementé de l'accès au câble et, (b) dans l'affirmative, si une harmonisation de la réglementation actuelle des prix d'accès au câble avec la méthode de calcul des coûts de l'accès de gros au haut débit ne serait pas une solution plus appropriée.

A cet égard, la Commission rappelle à la CRC ses obligations au titre de l'article 16, paragraphe 6, point a), de la directive «cadre» et l'invite de nouveau instamment à réaliser une nouvelle analyse de marche dans les meilleurs délais. La Commission attire également l'attention de la CRC sur les pouvoirs qui lui sont reconnus de veiller au respect de cette disposition en ouvrant une procédure en vertu de l'article 258 du TFUE. »



L'article 16.7 de la Directive cadre dispose:

« Lorsqu'une autorité réglementaire nationale n'a pas achevé son analyse du marché pertinent recensé dans la recommandation dans le délai fixé au paragraphe 6, l'ORECE fournit sur demande une assistance à l'autorité réglementaire nationale concernée, en vue d'achever l'analyse du marché pertinent et des obligations spécifiques à imposer. Avec cette assistance, l'autorité réglementaire nationale concernée notifie le projet de mesure à la Commission dans les six mois, conformément à l'article 7. »

Nonobstant les remarques et les observations de la Commission Européenne la CRC n'a pas fait appel à la procédure du paragraphe 7.

L'article 55 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques est rédigé comme suit :

« § 1er

Conformément au § 4, l'Institut effectue [...] une analyse des marchés pertinents en prenant en considération les marchés recensés dans la Recommandation afin de déterminer si ceux-ci sont effectivement concurrentiels. Il tient compte le plus possible des lignes directrices publiées par la Commission européenne. L'échange d'informations nécessaires à cette analyse, se fait conformément à l'article 137, § 2.

Cette analyse de marchés est effectuée par l'Institut conformément aux articles 140 à 143/1:

a)

dans les trois ans suivant l'adoption d'une précédente décision de l'Institut concernant ce marché. Ce délai peut toutefois, à titre exceptionnel, être prolongé jusqu'à trois ans supplémentaires lorsque l'Institut a notifié à la Commission européenne une proposition motivée de prolongation et que celle-ci n'y a pas opposé d'objection dans le mois suivant cette notification;

b)

dans les deux ans suivant l'adoption par la Commission européenne d'une recommandation révisée sur les marchés pertinents pour les marchés qui n'ont pas été préalablement notifiés à la Commission européenne.

Lorsque l'Institut n'a pas achevé son analyse du marché dans le délai fixé à l'alinéa 2, il peut demander à l'ORECE une assistance en vue d'achever l'analyse du marché

COVER 01-00000959378-0046-0059-01-02-1



pertinent et des obligations spécifiques à imposer. Dans ce cas, l'Institut consulte dans les six mois la Commission européenne, l'ORECE et les autorités réglementaires nationales des Etats membres conformément à l'article 141.

§ 2

Si l'Institut conformément au § 4 conclut qu'un marché pertinent est effectivement concurrentiel, il n'impose ni ne maintient une quelconque des obligations visées aux articles 58 à 65/1.

Lorsque l'Institut décide de ne pas maintenir une obligation conformément à l'alinéa 1er, il en informe les parties concernées dans le mois qui suit sa décision.

§ 3

Si l'Institut conclut qu'un marché pertinent n'est pas effectivement concurrentiel, il identifie conformément au § 4 tout opérateur disposant individuellement ou conjointement avec d'autres d'une puissance significative sur ce marché, et décide d'imposer, de maintenir ou de modifier les obligations visées aux articles 58 à 65/1 qu'il estime appropriées.

Un opérateur est considéré comme disposant d'une puissance significative sur un marché pertinent si, individuellement ou conjointement avec d'autres, il se trouve dans une position équivalente à une position dominante, c'est-à-dire qu'il est en mesure de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients ou des consommateurs.

Lorsqu'un opérateur est considéré comme disposant d'une puissance significative sur un marché pertinent (le premier marché), il peut également être considéré comme disposant d'une puissance significative sur un marché étroitement lié (le second marché). Cela peut être le cas lorsque les liens entre les deux marchés sont tels qu'ils permettent à l'opérateur puissant d'utiliser sur le second marché, par effet de levier, la puissance qu'il détient sur le premier marché de manière à renforcer sa puissance sur le marché.

Dans ce cas, l'Institut décide, sans préjudice de l'application de l'alinéa 1er, de l'imposition, du maintien ou de la modification sur le second marché, des obligations visées aux articles 58 à 60 et 62 et lorsque ces obligations se révèlent insuffisantes, des obligations visées à l'article 64, qu'il estime appropriées afin de prévenir cet effet de levier.

Pour chaque marché pertinent, l'Institut publie [...] sur son site Internet, la liste des opérateurs disposant d'une puissance significative et, le cas échéant, des opérateurs disposant d'une puissance significative sur un marché étroitement lié, ainsi que la liste des obligations imposées à chacun de ces opérateurs.

§ 4

L'Institut soumet ses décisions renvoyant à ce paragraphe à une concertation préalable avec l'Autorité belge de la concurrence. L'Autorité belge de la concurrence



émet son avis dans les 30 jours calendrier à dater de l'envoi du projet de décision par l'Institut. Passé ce délai, l'avis de l'Autorité belge de la concurrence n'est plus requis.

§ 4/1

L'Institut envoie ses décisions renvoyant à ce paragraphe, au préalable à l'Autorité belge de la concurrence, qui dans les trente jours, à partir de l'envoi du projet de décision par l'Institut, émet un avis concernant la question de savoir si les décisions projetées par l'Institut sont conformes aux objectifs visés par le droit de la concurrence. Passé ce délai, l'avis de l'Autorité belge de la concurrence n'est plus requis.

§ 5

Dans le cas de marchés transnationaux recensés dans une décision de la Commission européenne, l'Institut effectue l'analyse de ces marchés conjointement avec les autorités réglementaires nationales des autres Etats membres concernés, en tenant le plus grand compte des lignes directrices. L'Institut se prononce de manière concertée avec ces mêmes autorités sur l'imposition, le maintien, la modification ou la suppression d'obligations réglementaires sectorielles visées au paragraphe 3. »

Il n'appartient pas, bien sûr, à la CRC de déterminer elle-même les limites et sanctions des règles juridiques. Le contrôle de légalité effectué par la cour vise à s'assurer que les règles sont suivies.

Le fait que la Directive-Cadre ne détermine pas une sanction spécifique de nullité pour le cas où il n'y a aucune nouvelle analyse de marché effectuée dans un délai de trois ans, n'empêche pas à la cour, au cas par cas, de juger de la sanction pour le non-respect des règles précitées.

Il ressort de l'article 16.6 (a) de la Directive cadre (2002/21/CE) qu'au cas où plus de trois ans se sont écoulés depuis la dernière analyse de marché, les autorités réglementaires nationales doivent effectuer une nouvelle analyse de marché.

L'expiration d'une période de plus de trois ans requiert une nouvelle analyse de marché, en tenant compte de toutes les informations pertinentes relatives aux conditions des changements de marché et des développements technologiques.

Les mesures tarifaires prises en dehors de la période de trois ans après qu'une analyse de marché ait été effectuée ne sont plus supportées par des éléments ressortant d'une analyse de marché désuète.



La décision du 19 février 2016 développe et exécute partiellement la décision du 11 décembre 2013 (voir ci-dessus).

En ce qui concerne l'élaboration des nouveaux tarifs, elle constitue une décision nouvelle et autonome qui ne peut être fondée que sur une analyse de marché effectuée moins de trois ans avant la date de la nouvelle décision.

En application du prescrit de l'article 16.6 de la Directive cadre et tenant compte du fait que la dernière analyse de marché date du 1er juillet 2011, la CRC disposait d'un délai expirant au 30 juin 2014 pour effectuer une nouvelle analyse de marché.

La CRC n'a pas fait usage de cette faculté de respecter le délai de trois ans, de telle sorte que le délai de validité de l'analyse de marché était expiré le 1^{er} juillet 2014 sans nouvelle analyse de marché et sans faire usage des possibilités légales pour prolonger la validité de l'analyse de marché.

Nonobstant les arguments développés par la CRC (voir ci-devant) la CRC n'a pas introduit une procédure de prolongation.

La prétention selon laquelle la nouvelle analyse de marché pratiquée actuellement (septembre 2017) ferait toujours apparaître – selon la thèse unilatérale de la CRC – que la situation n'aurait pas subi de changements depuis l'analyse de marché du 1^{er} juillet 2011, n'est pas pertinente.

Un manquement à une obligation légale, considéré par la cour comme un élément substantiel pour pouvoir prendre une décision tarifaire, ne peut pas *post factum* être réparé par un élément de fait qui se situe un an et demi après la décision critiquée.

L'article 267 du Traité du 25 mars 1957 stipule :

« La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel:

a)

sur l'interprétation des traités,

b)

sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, les organes ou les organismes de l'Union,



Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question.

Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour.

Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais. »

La CRC demande que la question préjudicielle suivante soit posée à la Cour de Justice de l'Union Européenne :

« La Directive 2002/21/EC du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (Directive Cadre) doit-elle être interprétée dans le sens qu'elle autorise une ARN, après l'écoulement du délai de 3 ans faisant suite à la réalisation d'une étude de marché, tel que prévu à l'article 16(6)(a) de la Directive Cadre, à encore imposer des obligations réglementaires, au sens de l'article 16(2) de la Directive Cadre, à une entreprise considérée comme ayant une puissance significative de marché, sachant que ces obligations réglementaires ne contiennent qu'une adaptation et une clarification d'obligations imposées au préalable à cette entreprise ? »

Dans la mesure où les obligations contenues dans la décision du 19 février 2016 contiennent outre une adaptation, une actualisation et une clarification en même temps une substitution de certaines obligations, cette décision est une décision autonome.

Quoi qu'il en soit, le texte de l'article 16.6 de la Directive cadre est clair. Il n'y a dès lors pas lieu de poser une question préjudicielle. Le texte précise qu'une nouvelle analyse de marché doit intervenir *dans les trois ans suivant l'adoption d'une précédente mesure concernant ce marché*. Le texte ne fait aucune distinction quant à la nature de la décision antérieure et/ou à la nature de la nouvelle décision.

Lorsque le texte de la Directive a trait uniquement au fait « d'adopter une nouvelle décision » dans un délai qui suit une décision antérieure, il n'y a pas lieu d'interpréter.

La question préjudicielle proposée par la CRC n'a pas trait à l'explication ou à l'interprétation d'une norme mais tend au contraire uniquement à ce que soit l'étendue d'une norme soit limitée (de telle sorte que seul les 'toutes nouvelles décisions' seraient visées par



l'obligation) soit que la norme soit interprétée en fonction du réel sens et contenu des mots (à savoir qu'une analyse des marchés est indispensable avant toute décision qui suit une décision antérieure).

En ordre subsidiaire BRUTELE suggère de poser les questions préjudicielles suivantes :

«Les paragraphes 6 et 7 de l'article 16 de la Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive "cadre") s'opposent-ils à ce qu'une autorité réglementaire nationale adopte de nouvelles obligations réglementaires sur la base d'une analyse de marché datant de plus de trois ans ?»

"L'article 16, paragraphe 6, de la Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive "cadre") doit-il être interprété en ce sens que, lorsqu'une autorité réglementaire nationale n'a pas adopté une nouvelle analyse de marché à l'expiration de la période de trois ans prévue audit article, la précédente analyse de marché ainsi que toutes les obligations réglementaires adoptées sur la base de cette analyse de marché deviennent automatiquement caduques ?"

La cour n'est pas obligée de poser ces questions préjudicielles.

Une juridiction dont les décisions rendues dans le cadre d'un litige peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation ne peut être qualifiée de juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, au sens de l'article 234, troisième alinéa, CE, y compris lorsque le système procédural dans le cadre duquel ledit litige doit être jugé impose des restrictions pour ce qui concerne la nature des moyens pouvant être invoqués devant une telle juridiction. Moyens qui doivent être fondés sur la violation de la loi.

En effet, de telles restrictions, tout comme l'absence d'effet suspensif du pourvoi en cassation, n'ont pas pour effet de priver les parties ayant comparu devant une juridiction dont les décisions sont susceptibles d'un tel pourvoi, de la possibilité d'exercer de manière effective leur droit de former ce recours contre la décision de cette dernière juridiction statuant sur ledit litige. Ces restrictions et cette absence d'effet suspensif n'impliquent dès



lors pas que celle-ci doit être qualifiée de juridiction prononçant une décision non susceptible de recours⁷⁴.

Conclusion:

Lorsque, comme en l'espèce, l'analyse de marché date de 2011 et les décisions attaquées actuellement trouvent leur fondement juridique dans l'analyse de marché de 2011 et en sont – dans la mesure où la décision du 19 février 2016 est une décision mixte (voir ci-devant) - tout au moins partiellement des formes concrètes de mise en œuvre, la décision du 19 février 2016 est entachée de nullité.

Le fait que la loi ne confère à la disposition (art. 16.6 Directive cadre) aucune sanction explicite d'annulation n'est pas pertinent. Le non-respect de l'obligation d'effectuer tous les trois ans, une analyse de marché, viole les règles de bonne gouvernance et la violation de ces règles est suffisante pour que la décision soit déclarée nulle.

Les recours contre la décision du 19 février 2016 sont fondés. Cette décision – pour autant qu'elle ne soit pas nulle par répercussion de l'annulation de la décision du 11 décembre 2013 – est annulée.

Concernant les contestations sur l'étendue de la compétence de pleine juridiction de la cour d'appel de Bruxelles :

Les parties sont en désaccord sur la portée de la pleine juridiction de la cour.

Dans la mesure où les deux décisions sont annulées – pour les motifs mentionnés ci-dessus – la question de la portée de pleine juridiction, "*dans la mesure où elle se rapporte à la modification des décisions et les paramètres*", n'est plus pertinente.

⁷⁴ voir: C.J.C.E. (Grande Chambre) n°. C-210/06, 16 décembre 2008, <http://curia.europa.eu>, concl. POIARES MADURO, M.; JDE 2009, 32; JT 2009, 793, note PASTEGER, D.; RDC 2009, 625.



Les moyens relatifs à ce point de droit ne doivent pas être répondus étant donné que la réponse à cette contestation n'est pas de nature à pouvoir modifier la décision de la cour.

La cour n'examine dès lors pas les différents moyens invoqués par ORANGE. Des moyens qui tendent à entendre modifier ou remplacer des décisions par de nouvelles décisions de la cour, sont sans objet dans la mesure où la cour a annulé toutes les décisions pour les motifs qui précèdent.

Le juge n'est pas tenu de répondre à un moyen énoncé dans des conclusions lorsque ce moyen est devenu sans pertinence en raison d'une constatation de sa décision⁷⁵.

En ce qui concerne la question de savoir si l'annulation sort ses effets *ex tunc* ou si l'annulation des décisions annulées leur permet de survivre jusqu'à la date de l'annulation, ou si les décisions annulées peuvent encore sortir leurs effets après l'arrêt d'annulation en attendant que la CRC prenne une nouvelle décision tarifaire :

La Cour conclut que l'annulation sort en principe des effets *ex tunc*, ce qui en soi n'est pas contesté.

Dès lors que les deux décisions doivent être retirées de l'ordre judiciaire, elles sont censées ne jamais en avoir fait partie.

ORANGE et la CRC demandent que – lors de l'annulation d'une ou des deux décisions – la cour décide que l'annulation n'opère pas des effets rétroactifs mais qu'au contraire ces décisions continuent à sortir leurs effets jusqu'au moment où la CRC aura pris une nouvelle décision.

La cour estime que la norme qui dispose que « *contre toutes les décisions de la CRC, un recours en pleine juridiction peut être introduit devant la Cour d'appel de Bruxelles qui peut remplacer la décision contestée par une nouvelle décision* » (article 5 paragraphe 3 de l'accord de coopération du 17 novembre 2006), donne à la cour la faculté de déterminer le cas échéant la date à laquelle les décisions annulées disparaissent de l'ordre juridique.

⁷⁵ voir : Cass. AR 6552, 14 octobre 1982, *Arr.Cass.* 1982-83, 237; *Pas.* 1983, I, 215.



Pour évaluer ce principe, la cour peut faire un raisonnement par analogie à l'article 14ter loi Conseil d'Etat.

Le rétablissement de la légalité au contentieux de l'excès de pouvoir se traduit, en règle, par l'annulation de l'acte attaqué, laquelle, par nature, opère avec effet rétroactif. En insérant un article 14ter dans les lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'Etat, le législateur a entendu permettre à la Section d'administration de tempérer, dans certains cas, la rigueur de cette sanction en indiquant, 'par voie de disposition générale, ceux des effets des dispositions d'actes réglementaires annulés qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'elle détermine'. La faculté qui lui a été ainsi donnée ne trouve, selon les termes mêmes de l'article 14ter, à s'exercer qu'à l'égard des actes réglementaires.

Elle doit en faire usage avec sagesse et circonspection lorsqu'il est établi que l'annulation pure et simple de l'arrêté attaqué aurait des circonstances extrêmement graves du point de vue de la sécurité juridique ⁷⁶.

Pour pouvoir appliquer l'art. 14ter loi Conseil d'Etat il y a lieu de prouver (selon la jurisprudence du Conseil d'Etat) que plus précisément du point de vue de la sécurité juridique, l'annulation « *entraînerait des conséquences inacceptables* ».

La cour renvoie à la jurisprudence du Conseil d'Etat ⁷⁷, dans laquelle le Conseil d'Etat considère qu'il y a lieu d'effectuer la faculté de maintenir les suites d'une décision annulée avec prudence.

ORANGE fait valoir:

« 433. L'annulation de la Décision 2016 créera un vide juridique particulièrement préjudiciable à :

- *l'ouverture du marché des communications électroniques que poursuivent le droit européen et, depuis 2011, la CRC, en particulier avec la Décision 2016.*
- *la sécurité juridique d'ORANGE BELGIUM, qui se verrait de facto soumise à une pression destructrice de sa capacité à s'établir durablement sur le marché.*
- *la sécurité juridique des consommateurs, en particulier ceux qui, à la faveur de la Décision 2016, ont migré des opérateurs en situation de puissance sur le marché vers ORANGE BELGIUM.*

⁷⁶ R.v.St. (11e k.) n°. 164.258, 30 octobre 2006, A.P.M. 2006, 195; <http://www.raadvst-consetat.be>

⁷⁷ L'arrêt n° 164.368 du 6 novembre 2006 en cause NV Distrigas e.a. littéralement « Overwegende dat de Raad van State zijn bevoegdheid om de gevolgen van een vernietigde verordeningsbepaling met de nodige omzichtigheid dient uit te oefenen; dat bewezen moet worden dat, specifiek vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid, de vernietiging onaanvaardbare gevolgen zal hebben; »



434. *Il est en particulier impérieux pour l'ouverture à la concurrence, qui est un objectif éminent d'intérêt général, et pour la stabilité du marché et des situations déjà créées, de différer l'annulation de la Décision 2016 à sa réparation par une nouvelle décision de la CRC. »*

ORANGE ajoute les motifs suivants :

« 446. *La Décision 2016 met en place les conditions qui permettent d'ouvrir le marché des communications électroniques à la concurrence. La CRC tend à réaliser cet objectif depuis 2007 ; elle n'est pas parvenue à le faire avec la Décision 2013, seule la Décision 2016 l'a permis, bien que de manière imparfaite.*

447. *Autant pour le motif impérieux d'intérêt général d'ouverture du marché à la concurrence que pour des motifs également impérieux de sécurité juridique de la position concurrentielle d'ORANGE BELGIUM et de stabilité des relations contractuelles avec les consommateurs et dans la mesure où l'annulation de la Décision 2016 va entraîner l'annulation de la Décision 2013 (voir ci-dessous) et où la Décision 2016 repose sur le modèle général mis en place par la Décision 2013, il est nécessaire de maintenir les effets des Décisions 2016 et 2013 jusqu'à l'adoption d'une nouvelle décision tarifaire par la CRC qui en répare les défauts. »*

ORANGE (et elle établit son point de vue avec des calculs en conclusions) démontre que le fait de retomber sous le champ d'application de la décision de 2013 n'est pas acceptable et aurait des conséquences extrêmement graves du point de vue de sécurité juridique.

La CRC expose:

« 66. *En cas d'annulation au motif que les Décisions contestées se fonderaient sur une analyse de marché obsolète ou seraient tardives, la CRC demande à la Cour de maintenir dans l'ordonnancement juridique les effets des Décisions annulées pour le passé et jusqu'à l'adoption d'une nouvelle décision d'analyse de marché par la CRC qui pourrait confirmer les tarifs fixés par les Décisions contestées, au besoin en les mettant à jour, ou, à tout le moins, jusqu'à la date du prononcé de l'arrêt.*

La compétence de pleine juridiction de la Cour lui permet d'agir de la sorte .

67. *Cette demande est justifiée par le fait que les Décisions contestées encadrent les relations contractuelles des opérateurs concernés d'un point de vue tarifaire. Elles fixent les tarifs que les opérateurs régulés peuvent appliquer aux opérateurs qui sollicitent l'accès (en l'occurrence Orange).*

68. *L'annulation rétroactive de ces Décisions causerait de graves perturbations sur le marché.*

Deux scénarios sont envisageables.



- *Soit les Décisions tarifaires de 2013 ne sont pas annulées. Dans ce cas, on pourrait concevoir que ces dernières reprendraient vigueur et que les tarifs qu'elles fixent trouveraient à s'appliquer rétroactivement. Mais cette solution ne serait pas satisfaisante, en particulier pour Orange. Pour rappel, l'objectif poursuivi par la révision des décisions tarifaires de 2013 était, d'une part, de rendre possible une ou plusieurs entrées sur les marchés pertinents en abaissant les barrières à l'entrée et en déterminant des tarifs de gros qui permettent une concurrence effective, durable et non faussée, et, d'autre part, de veiller dans toute la mesure du possible à ce que les tarifs de gros ne soient pas affectés par des éléments étrangers aux services de gros ou ne subissent pas des variations injustifiées engendrées par des variations des tarifs de détail. Dans les Décisions tarifaires de 2016, la CRC a focalisé son travail de révision sur trois problématiques spécifiques : la valorisation des éléments non inclus dans les offres de gros (accès Wi-Fi, deuxième écran, courrier électronique et hébergement web pour pages personnelles, mise à disposition de contenus et autres services et avantages), le mode de tarification des décodeurs et le traitement des promotions. Les Décisions tarifaires de 2016 prévoient également une phase de lancement. Les Décisions tarifaires de 2013 ne contiennent pas ces avancées et aucun lancement commercial n'a pu avoir lieu sur la base de celles-ci. Par conséquent, le retour en 2017 aux tarifs de 2013 ne constituerait pas une situation satisfaisante.*
- *Soit les Décisions tarifaires de 2013 sont également annulées. Dans ce cas, le marché serait placé dans une situation de grave insécurité juridique. Cela pourrait en effet conduire les opérateurs régulés à exiger rétroactivement des tarifs plus élevés que ceux fixés dans les décisions annulées à Orange. Faute de régulation tarifaire, l'opérateur puissant aurait un incitant à augmenter ses prix de gros (le bénéficiaire ne pouvant pas se tourner vers une solution alternative), voire à pratiquer des tarifs excessifs (pour entraver le développement du bénéficiaire qui est son concurrent sur le marché de détail). A défaut d'accord entre les parties, on peut craindre que les opérateurs régulés mettent fin aux accès existants.*

A cela s'ajoute que la tarification de l'accès a des répercussions sur les tarifs de détail qui sont pratiqués. Or, on imagine pas que les tarifs de détail soient corrigés rétroactivement. La Cour d'appel de Bruxelles a déjà jugé en ce sens, à propos de l'annulation des charges de terminaison mobile : « il serait impossible ou excessivement complexe pour les opérateurs de facturer à leurs clients des suppléments de prix pour des périodes passées ou de leur restituer des excédents. Une annulation non accompagnée d'une mesure de maintien provisoire des effets de la décision attaquée entraînerait donc un certain déséquilibre du modèle d'affaires de opérateurs, préjudiciable à ceux-ci » .

69. *Pour toutes ces raisons, il s'impose, en cas d'annulation, de maintenir les effets des Décisions contestées jusqu'à l'adoption d'une nouvelle décision d'analyse de marché qui servirait de fondement légal aux Décisions attaquées ou qui les remplacerait ou, à tout le moins, pour le passé, jusqu'à la date du prononcé de l'arrêt. »*

PUBLIFIN-BRUTELE-NETHYS ne développent pas de moyens à ce sujet.

PAGE 01-00000959378-0056-0059-01-02-4



Il ressort de l'examen de ces moyens que l'annulation des deux décisions pourrait en effet conduire les opérateurs régulés à réclamer à Orange rétroactivement des tarifs plus élevés que ceux fixés dans les décisions annulées.

Faute de régulation tarifaire, l'opérateur puissant aurait un incitant à augmenter ses prix de gros (le bénéficiaire ne pouvant pas se tourner vers une solution alternative), voire à pratiquer des tarifs excessifs (pour entraver le développement du bénéficiaire qui est son concurrent sur le marché de détail). A défaut d'accord entre les parties, on peut craindre que les opérateurs régulés mettent fin aux accès existants.

A cela s'ajoute que la tarification de l'accès a des répercussions sur les tarifs de détail qui sont pratiqués. Or, on n'imagine pas que les tarifs de détail soient corrigés rétroactivement. La Cour d'appel de Bruxelles a déjà jugé en ce sens, à propos de l'annulation des charges de terminaison mobile : « il serait impossible ou excessivement complexe pour les opérateurs de facturer à leurs clients des suppléments de prix pour des périodes passées ou de leur restituer des excédents.

La cour en déduit qu'une annulation non accompagnée d'une mesure de maintien provisoire des effets de la décision attaquée entraînerait donc un certain déséquilibre du modèle d'affaires des opérateurs, préjudiciable à ceux-ci. Ces éléments démontrent que l'annulation des deux décisions, particulièrement du point de vue de la sécurité juridique, occasionnerait des suites et des conséquences inacceptables.

Dans le cadre de la mise en œuvre de l'attribution de compétence de la cour de prendre une décision avec pleine juridiction, il y a suffisamment de motifs (voir ci-devant) pour constater qu'une annulation pure et simple des décisions contestées engendrait des conséquences graves et inacceptables du point de vue de la sécurité juridique de telle sorte que l'annulation des décisions doit sortir ses effets à partir d'une autre date que celle de l'annulation des décisions.

Dans le cadre des plaidoiries les parties ont fait valoir qu'une nouvelle analyse de marché avec une nouvelle décision tarifaire est projetée pour le premier trimestre 2018. La cour décide que l'annulation des décisions du 11 décembre 2013 et du 19 février 2016 sortira ses effets à dater de la fin du sixième mois qui suit la date du prononcé du présent arrêt c'est-à-dire à partir du 30 avril 2018.



Les dépens:

Les différentes parties succombent partiellement.

Il y a lieu de décider que chaque partie prendra à charge, à titre définitif, les frais et dépens exposés par elle sans pouvoir prétendre à obtenir une indemnité de procédure de la part d'une quelconque autre partie en cause.

**PAR CES MOTIFS
LA COUR,**

Statuant contradictoirement;

Eu égard aux dispositions de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire,

Déclare les recours recevables ;

Donne acte à PUBLIFIN-BRUTELE-NETHYS et à ORANGE BELGIUM de leur désistement de l'intervention volontaire ;

Annule :

- (1) la décision de la Conférence des Régulateurs du Secteur des Communications Electroniques (ci-après « CRC ») du 11 décembre 2013 concernant les tarifs de gros pour les services d'accès aux réseaux câblés sur le territoire de la région de langue allemande, et
- (2) la décision de la CRC du 19 février 2016 concernant les tarifs de gros pour les services d'accès aux réseaux câblés sur le territoire de la région de langue allemande,

Dit que les annulations sortiront leurs effets et que les suites et conséquences des décisions prendront fin de plein droit au dernier jour du sixième mois qui suit la date de prononcé du présent arrêt c'est-à-dire à partir du 30 avril 2018.

Dit que chaque partie gardera à sa charge les dépens exposés par elle à titre définitif et dit qu'aucune partie ne pourra prétendre à une indemnité de procédure envers une quelconque autre partie en cause.



Cet arrêt a été rendu par la **18^{ème} chambre** de la cour d'appel de Bruxelles, composée de :

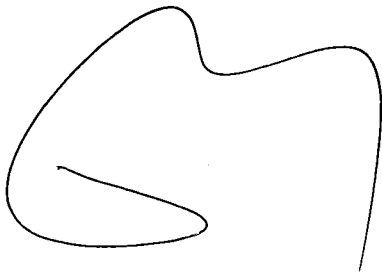
- M. M. BOSMANS, conseiller ff. président,
- M. L. SIMONET, conseiller suppléant,
- Mme M. DE WITTE, conseiller suppléant,

qui ont assisté à toutes les audiences et ont délibéré à propos de l'affaire.

Il a été prononcé le **25 OCTOBRE 2017** par
M. M. BOSMANS, conseiller ff. président, assisté de
M. J. VAN DEN BOSSCHE, greffier.

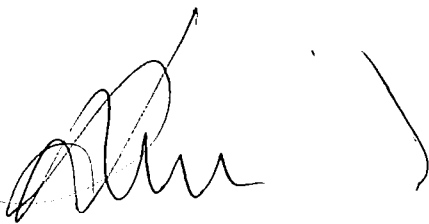
Mme M. DE WITTE, conseiller suppléant, se trouve dans l'impossibilité de signer l'arrêt.

Le greffier informera le procureur général de l'omission conformément à l'article 787 du Code judiciaire.



VAN DEN BOSSCHE

DE WITTE



SIMONET



BOSMANS

