

Cour d'appel de Bruxelles

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

Palais de Justice, Place Poelaert, 1000 Bruxelles

☎ 02 508 66 67

☎ 02 519 84 25

☎ 02 519 81 72

Notification – art. 1056 C.J.

2018/AR/1451, Chambre 18F, 06 septembre 2018 09:00

CRC, présidence assurée par l'IBPT

boulevard du Roi Albert II 35
1030 BRUXELLES

—
votre référence/avocat
Me

notre référence 2018/AR/1451
en cause de : NETHYS SA/CRC

Bruxelles
29 août 2018

annexe
1

Madame, Monsieur,
Maître,

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

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


A. DE CLERCK
Greffier

le 28-08-2018

Cour d'appel de Bruxelles
Cour des marchés

Le greffier

2018/AR/ 1451

REQUÊTE EN ANNULATION

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

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

Partie demanderesse:

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

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

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

Partie défenderesse:

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

Ci-après dénommée la **CRC**;

Décision faisant l'objet du recours:

La décision de la Conférence des régulateurs du secteur des communications électroniques du 29 juin 2018 concernant l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle en région germanophone (*Pièce 1*);

Ci-après la *Décision Contestée*;

La Décision Contestée a été communiquée à la Requérante le 29 juin 2018.

Juge du recours:

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

Code nature de l'affaire:

I.1.c

Date de comparution:

Le 06/09/2018 à 9 heures.

*

* * *

TABLE DES MATIÈRES

1.	INTRODUCTION	8
2.	À TITRE PRINCIPAL : ANNULATION DE LA DÉCISION CONTESTÉE.....	9
2.1	Premier moyen à titre principal : violation de l'article 40, alinéa 2, des lois coordonnées du 18 juillet 1966 sur l'emploi des langues en matière administrative.....	9
2.2	Deuxième moyen à titre principal : il n'y a pas lieu de réglementer le marché de la radiodiffusion télévisuelle – violation du test des trois critères et du principe de bonne administration.....	11
2.2.1	Le test des trois critères n'est pas rempli en ce qui concerne le marché de gros de la radiodiffusion télévisuelle	11
(A)	L'appréciation du premier critère (l'existence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée) est affectée d'erreurs factuelles	13
(B)	Le deuxième critère, relatif à la structure de marché qui ne présage pas d'évolution vers une situation de concurrence effective, n'est pas satisfait	14
(C)	Le troisième critère du caractère insuffisant du droit de la concurrence n'est pas satisfait	15
(D)	Conclusion concernant le marché de gros de la radiodiffusion télévisuelle.....	18
2.2.2	Il n'y a pas lieu de réguler les marchés de gros parce qu'aucun problème concurrentiel n'a été démontré en ce qui concerne le marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle	18
(A)	Définition incomplète et incorrecte du marché géographique de détail	20
(B)	Définition incorrecte du marché de produits de détail.....	21

(C)	Analyse concurrentielle du marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle erronée et insuffisamment prospective	22
2.2.3	Il n'y a pas lieu de réguler le marché de gros parce qu'aucun problème concurrentiel n'a été démontré en ce qui concerne le marché de gros de la radiodiffusion télévisuelle	24
(A)	Incohérence de la définition de marchés de gros distincts pour le câble et pour le cuivre	24
(B)	Analyse concurrentielle erronée et lacunaire	26
(C)	Analyse négligée du marché de gros de la radiodiffusion élargi	26
2.2.4	Il n'y a pas lieu de réguler la Requérante parce qu'elle a déjà fait des offres commerciales de gros raisonnables et suffisantes	27
2.3	Troisième moyen à titre principal : le Régulateur n'établit pas que la Requérante jouit d'une puissance significative sur un marché, en violation des articles 8 et 16 de la Directive Cadre, de son devoir de motivation formelle et des principes de personnalité juridique, de proportionnalité, de bonne administration et de non-discrimination	29
2.3.1	Le Régulateur enfreint le principe de personnalité juridique, de bonne administration et de motivation formelle en assimilant la Requérante à ses concurrents	29
(A)	Les câblo-opérateurs sont examinés ensemble dans l'analyse concurrentielle	29
(B)	Nethys et Brutélé sont assimilées l'une à l'autre dans l'analyse concurrentielle	31
2.3.2	Concernant les deux hypothèses de marché de gros envisagées par le Régulateur : l'analyse du Régulateur est insuffisamment et incorrectement motivée et enfreint le principe de bonne administration ainsi que la procédure de consultation prévue par les articles 6 et 7 de la Directive Cadre	35

(A)	Sur le marché de gros limité au réseau des câblo-opérateurs : analyse erronée contraire à l'obligation de motivation formelle et au principe de bonne administration	35
(B)	Sur l'hypothèse alternative d'un marché de gros élargi (radiodiffusion télévisuelle): analyse insuffisante, erronée, contraire au principe de motivation formelle et de bonne administration et contraire	36
(i)	Analyse concurrentielle erronée, insuffisante et non soumise à consultation publique	36
(ii)	Analyse concurrentielle centrée sur Proximus et Telenet au mépris de Nethys et de Brutélé	36
2.4	Quatrième moyen à titre principal : l'imposition de mesures correctrices à la Requérante viole l'article 8, §2 et §5, de la Directive Cadre relatif à la nécessité de préserver la concurrence et à la viabilité économique, le principe du raisonnable et le principe de proportionnalité ainsi que le principe d'égalité de traitement et de non-discrimination (articles 10 et 11 de la Constitution)	37
2.4.1	Les mesures correctrices affaiblissent le <i>challenger</i> qu'est la Requérante sur le marché de détail et, partant, violent l'article 8, §2 et §5, de la Directive Cadre	37
2.4.2	Les mesures correctrices inhibent la concurrence sur le marché de gros et, partant, violent l'article 8, §2 et §5, de la Directive Cadre	40
2.4.3	Les mesures correctrices imposées à la Requérante violent le principe du raisonnable et de proportionnalité	43
2.4.4	Les mesures correctrices imposées à la Requérante violent le principe d'égalité de traitement et de non-discrimination (articles 10 et 11 de la Constitution et article 8(5) de la Directive Cadre)	47

3.	À TITRE SUBSIDIAIRE : ANNULATION PARTIELLE DE LA DÉCISION CONTESTÉE EN CE QUI CONCERNE CERTAINES MESURES CORRECTRICES.....	49
3.1	Premier moyen à titre subsidiaire : Annulation partielle de la décision contestée en ce qui concerne l'accès de Proximus au réseau de la Requérante pour violation du principe du raisonnable et de proportionnalité, du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination (articles 10 et 11 de la Constitution) et du devoir de minutie et de bonne administration ainsi que pour défaut de motivation formelle	49
3.2	Deuxième moyen à titre subsidiaire : Annulation partielle de la décision contestée en ce qui concerne l'obligation de contrôle des prix pour violation de l'article 8, §2 et §5, de la Directive Cadre relatif à la nécessité de préserver la concurrence et à la viabilité économique ainsi que du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination (articles 10 et 11 de la Constitution).....	51
3.3	Troisième moyen à titre subsidiaire : Annulation partielle de la décision contestée en ce qui concerne l'obligation de comptabilisation des coûts pour violation du principe du raisonnable et de proportionnalité ainsi que du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination (articles 10 et 11 de la Constitution)	52
3.4	Quatrième moyen à titre subsidiaire : Annulation partielle de la décision contestée en ce qui concerne les aspects opérationnels des mesures correctrices imposées pour violation du principe du raisonnable et de proportionnalité ainsi que du principe de prévisibilité réglementaire, de sécurité juridique et de bonne administration.....	53
4.	À TITRE INFINIMENT SUBSIDIAIRE : ANNULATION PARTIELLE DE LA DÉCISION CONCERNÉE EN CE QUI CONCERNE LES TARIFS TRANSITOIRES	54
4.1	Premier moyen à titre infiniment subsidiaire : Le Régulateur ne peut pas, à titre transitoire, reprendre les tarifs préférentiels inclus dans des décisions annulées par la Cour d'appel de Bruxelles	54
4.1.1	Violation de la force de chose jugée des arrêts de la Cour d'appel de Bruxelles du 25 octobre 2017	55

4.1.2 Violation de l'obligation de motivation formelle qui impose que chaque acte administratif soit fondé sur des motifs dont l'existence factuelle est correctement démontrée et qui peuvent être pris en compte comme justification en droit pour cet acte 57

4.2 Deuxième moyen à titre infiniment subsidiaire : Violation du principe du raisonnable et de proportionnalité et de l'article 8, §2 et §5, de la Directive Cadre relatif à la nécessité de préserver la concurrence et à la viabilité économique 57

4.3 Troisième moyen à titre infiniment subsidiaire : Violation des articles 65, 72 et 103, paragraphe 1, du Mediendekret..... 58

*

* *

1. INTRODUCTION

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

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

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

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

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

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

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

2. À TITRE PRINCIPAL : ANNULATION DE LA DÉCISION CONTESTÉE

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

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

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

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

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

- Ces mesures concernent directement le consommateur puisque son bien-être est l'objectif affiché par la CRC, selon laquelle « [e]n accordant l'accès aux réseaux de Proximus et des câblo-opérateurs, la CRC crée une dynamique positive : les utilisateurs peuvent choisir entre davantage de fournisseurs et les opérateurs sont incités à se faire concurrence en diminuant les prix, en augmentant la qualité de leurs services et / ou en lançant de nouveaux services »⁴.
- La Décision Contestée est rendue publique et a fait l'objet d'un communiqué de presse de la CRC à l'intention de l'opinion publique.

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

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

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

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

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

- D'une partie du paragraphe 77, p. 49 de la Décision Contestée ;
- De la quasi-totalité du paragraphe 82, p. 51 de la Décision Contestée ;
- De la quasi-totalité du paragraphe 148, pp. 71-72 de la Décision Contestée ;
- De la quasi-totalité du paragraphe 159, pp. 74-75 de la Décision Contestée ;
- De la quasi-totalité du paragraphe 317, p. 116 de la Décision Contestée ;
- De la légende de la figure 12, p. 117 de la Décision Contestée ;
- De la citation au paragraphe 327, p. 120 de la Décision Contestée ;
- D'une partie de la note de bas de page n°250, p. 160 de la Décision Contestée ;
- De la majeure partie du paragraphe 549, p. 200 de la Décision Contestée, en ce compris la figure n°54 ;
- De la majeure partie du paragraphe 570, pp. 207-208 de la Décision Contestée ;
- De la moitié du paragraphe 578, p. 211 de la Décision Contestée ;
- De la majeure partie de la page 212 (paragraphe 580 et 581) de la Décision Contestée ;
- De la quasi-totalité du paragraphe 608, qui s'étale sur une page et demie (pp. 223-225 de la Décision Contestée) ;
- De la quasi-totalité du paragraphe 609 (pp. 225-226) de la Décision Contestée ;
- Du paragraphe 1185 de la p. 400 de la Décision Contestée ;
- De la note de bas de page n°507, p. 400 de la Décision Contestée ;
- De la citation dans le paragraphe 1191, p. 402 de la Décision Contestée ;
- De la citation dans le paragraphe 1195, pp. 402-403 de la Décision Contestée ;
- De la note de bas de page n°513, p. 403 de la Décision Contestée ;
- De la citation dans le paragraphe 1203, pp. 404-405 de la Décision Contestée ;

- De la citation dans le paragraphe 1212, p. 406 de la Décision Contestée ;
- D'une partie du paragraphe 1329, pp. 444-445 de la Décision Contestée ;
- D'une partie du paragraphe 1331, p. 446 de la Décision Contestée.

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

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

13. Indépendamment de son contenu, la Décision Contestée n'avait pas lieu d'être parce que le cadre réglementaire ne permettait pas au Régulateur de réguler le marché de la radiodiffusion télévisuelle :

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

Ces points sont abordés tour à tour ci-dessous.

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

14. Les marchés qui figurent dans la Recommandation de la Commission européenne du 9 octobre 2014 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour

les réseaux et services de communications électroniques (ci-après, **la Recommandation du 9 octobre 2014**)⁵ doivent être analysés et, au besoin, régulés. À l'inverse, et comme le reconnaît le Régulateur lui-même⁶, les marchés qui ne figurent pas dans la Recommandation du 9 octobre 2014 ne peuvent être soumis à une réglementation *ex ante* que si trois critères cumulatifs sont remplis (ce que l'on appelle le **Test des trois critères**) :

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

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

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

16. Le marché de gros de la radiodiffusion télévisuelle n'est pas inclus dans la Recommandation du 9 octobre 2014, ce qui n'est pas contesté par le Régulateur. Par conséquent, le Test des trois critères doit être satisfait pour que ce marché puisse être régulé. Or, ce n'est pas le cas.

⁵ Recommandation de la Commission européenne du 9 octobre 2014 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.* 11 octobre 2014, L 295/79.

⁶ Décision Contestée, paragraphe 732, p. 265.

⁷ Recommandation du 9 octobre 2014, paragraphe 2.

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

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

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

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

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

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

21. Enfin, le Régulateur estime que « *les différences technologiques entre le réseau de cuivre (ou de fibre) et le réseau câblé font qu'un bénéficiaire utilisant des services de gros sur l'un de ces réseaux pour proposer des services de détail ne peut pas migrer vers les services de gros sur l'autre réseau* »¹². Il s'agit d'un raisonnement trompeur : Orange Belgium a en effet des clients à la fois sur le réseau de cuivre de Proximus et sur le réseau câblé de la Requérante et, comme le

⁹ Paragraphe 740, p. 267 de la Décision Contestée.

¹⁰ Paragraphe 741, p. 267 de la Décision Contestée.

¹¹ Paragraphe 736, p. 266 de la Décision Contestée.

¹² Paragraphe 737, p. 266 de la Décision Contestée.

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

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

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

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

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

25. Ensuite, le Régulateur appuie sa conclusion sur « l'avantage conféré par la télévision analogique »¹⁴, affirmant que « la télévision analogique reste un produit très prisé »¹⁵. Or, le Régulateur ne prouve pas ce fait, et pour cause : les chiffres du Régulateur lui-même démontrent que la télévision analogique ne représente plus qu'une part marginale de la consommation de télévision, et que cette part diminue d'année en année. À l'heure actuelle, pas moins de 92% des raccordements à la télévision sont numériques¹⁶. Il est donc insensé de prétendre que la télévision analogique constitue toujours, et continuera de constituer pendant les années à venir, un « avantage compétitif »¹⁷.

26. En outre, le Régulateur écrit que « [l]e degré de concurrence effective sur le marché de gros de la radiodiffusion dépend [...] fortement de la situation

¹³ Paragraphe 745, p. 267 de la Décision Contestée.

¹⁴ Point 13:2:2:2, p. 268 de la Décision Contestée.

¹⁵ Point 748, p. 268 de la Décision Contestée.

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

¹⁷ Décision Contestée, paragraphe 656.5, p. 243.

concurrentielle sur le marché de détail de la radiodiffusion »¹⁸. Or, ce marché de détail n'est ni défini, ni correctement et suffisamment analysé (voir, section 2.2.2 ci-dessous).

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

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

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

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

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

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

¹⁸ Paragraphe 752, p. 269 de la Décision Contestée.

¹⁹ Paragraphe 157, p. 73 de la Décision Contestée.

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

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

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

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

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

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

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

²² Paragraphe 764, p. 272 de la Décision Contestée.

²³ Article IV.64, §1 du CDE.

²⁴ Paragraphe 765, p. 272 de la Décision Contestée.

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

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

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

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

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

²⁵ Paragraphe 765, p. 272 de la Décision Contestée.

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

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

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

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

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

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

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

42. Le cadre réglementaire n'autorise le Régulateur à réguler les marchés de gros que dans le but de régler des problèmes de concurrence qui auraient été détectés sur les marchés de détail correspondants. Comme l'indique la directive

²⁷ Paragraphe 769, p. 273 de la Décision Contestée.

²⁸ Paragraphe 770, p. 273 de la Décision Contestée.

2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (ci-après, **Directive Cadre**)²⁹ :

*« L'objectif ultime de toute intervention en matière de réglementation ex ante est de procurer des avantages à l'utilisateur final en rendant les marchés de détail effectivement concurrentiels de manière durable. »*³⁰

43. Pour ce faire, il convient de « déterminer si les marchés de détail sont effectivement concurrentiels dans une perspective d'avenir en l'absence de réglementation justifiée par la constatation d'une puissance significative sur le marché », en « ten[ant] compte des effets produits par d'autres types de réglementation applicable aux marchés de détail et de gros pertinents au cours de la période considérée »³¹. C'est seulement « [s]i le marché de détail concerné n'est pas effectivement concurrentiel dans une perspective d'avenir en l'absence de réglementation ex ante » que « les marchés de gros correspondants susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à l'article 16 de la directive 2002/21/CE devraient être analysés »³².

44. Or, comme le Régulateur le reconnaît lui-même, il n'a effectué qu'un examen superficiel des marchés de détail. En effet, ses propres termes, « l'examen des marchés de détail (y compris de leur dimension géographique) est effectué dans la stricte mesure où il est utile à l'analyse des marchés de gros »³³. Le cadre réglementaire impose pourtant la démarche inverse : l'analyse des marchés de détail est fondamentale puisque c'est cette analyse qui détermine s'il existe des problèmes de concurrence rendant nécessaire l'analyse des marchés de gros correspondants.

45. Ce point a été récemment confirmé par le Tribunal de l'Union européenne. Le 26 octobre 2017, le Tribunal a annulé la décision de la Commission européenne autorisant Liberty Global à acquérir Ziggo au motif que la Commission a enfreint son devoir de motivation (article 296 TFUE), (1) en ne définissant pas le marché de la fourniture et de l'acquisition en gros des chaînes sportives premium payantes pouvant être affecté par la concentration parce que, soi-disant, « l'appréciation de l'opération envisagée resterait la même »³⁴ ; et (2) en n'établissant pas qu'aucune des définitions possibles de ce marché n'aboutirait effectivement au constat d'un problème de concurrence.

²⁹ Directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), J.O.U.E. L 108, 24.4.2002, p. 33 (ci-après, **Directive Cadre**).

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

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

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

³³ Annexe J à la Décision Contestée, paragraphe 1338.

³⁴ Arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 26 octobre 2017, *KPN c. Commission*, aff. T-394/15, ECLI:EU:T:2017:756, point 58.

46. Le Tribunal s'est montré particulièrement critique vis-à-vis de l'usage qu'a fait la Commission de cette possibilité de laisser en suspens une définition de marché. En effet, cette approche « exigeait que la Commission explique, même de manière succincte, les raisons pour lesquelles l'opération envisagée ne soulevait pas de problème de concurrence »³⁵. Le Tribunal souligne « [l']importance de la motivation sur ce point », notant que « la définition adéquate du marché en cause est une condition nécessaire et préalable à toute appréciation portée sur l'impact concurrentiel d'une opération de concentration »³⁶. Il n'est admis que la Commission laisse ouverte la définition d'un marché de produit que « dans la mesure où aucune des définitions du marché ne permettait de constater l'existence d'une entrave significative à une concurrence effective à la suite de la concentration »³⁷.

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

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

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

(A) Définition incomplète et incorrecte du marché géographique de détail

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

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

³⁵ Arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 26 octobre 2017, *KPN c. Commission*, aff. T-394/15, ECLI:EU:T:2017:756, point 59

³⁶ Arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 26 octobre 2017, *KPN c. Commission*, aff. T-394/15, ECLI:EU:T:2017:756, point 60.

³⁷ Arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 26 octobre 2017, *KPN c. Commission*, aff. T-394/15, ECLI:EU:T:2017:756, point 60.

³⁸ Paragraphe 375, pp. 132-133 de la Décision Contestée.

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

52. Le même constat s'applique aux parts de marché, comme le confirment les données présentées par le Régulateur lui-même. [CONFIDENTIEL]³⁹.

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

(B) Définition incorrecte du marché de produits de détail

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

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

³⁹ Source : données transmises le 10 août 2017 par l'IBPT à la demande de la Requérante dans le cadre de la consultation publique du projet ayant mené à l'adoption de la Décision Contestée.

⁴⁰ Paragraphe 206, p. 89 de la Décision Contestée.

⁴¹ Paragraphe 200, p. 87 de la Décision Contestée.

analyse prospective, c'est-à-dire une analyse tournée vers les développements futurs du marché. L'inclusion de l'offre analogique est un anachronisme qui a pour effet de surestimer le poids réel de la Requérante sur le marché.

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

57. Troisièmement, s'il est exact que le Régulateur consacre un chapitre de sa Décision Contestée au phénomène des offres groupées (également appelées *bundles* ou *multiple plays*)⁴³, cette analyse est isolée du reste de la Décision Contestée. Or, s'il n'existe pas de marché à part n'incluant que les offres groupées, celles-ci doivent être analysées conjointement avec les offres *standalone* dans le cadre de l'analyse concurrentielle des marchés de détail, particulièrement lorsque le Régulateur analyse l'évolution des prix. En effet, le principal avantage des offres groupées du point de vue de l'utilisateur final est la réduction de prix dont il bénéficie à l'achat de tels produits groupés en comparaison avec les produits *standalone*⁴⁴. Cet aspect est particulièrement important quand on sait que l'immense majorité des produits de radiodiffusion télévisuelle (73%⁴⁵) sont achetés dans le contexte d'une offre groupée. Cette erreur fondamentale de conception de la Décision Contestée affecte nécessairement l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle.

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

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

59. En effet, le Régulateur concentre son analyse des paramètres financiers et des barrières à l'entrée sur Proximus et Telenet et généralise ensuite ses conclusions à la Requérante et à Brutélé, sans inclure ces dernières dans l'analyse⁴⁶.

60. En outre, l'analyse n'est pas prospective, alors que le cadre réglementaire applicable l'exige. Selon le point 13 des Lignes Directrices PSM, il faut que les

⁴² Paragraphe 289, p. 110 de la Décision Contestée.

⁴³ Chapitre 6 de la Décision Contestée.

⁴⁴ Paragraphe 1194 de la Décision Contestée.

⁴⁵ Paragraphe 464, p. 159 de la Décision Contestée.

⁴⁶ Voir, par exemple, paragraphe 425, p. 149 de la Décision Contestée.

régulateurs « procèdent à une évaluation structurelle prospective du marché en cause au cours de la période considérée »⁴⁷.

61. Ce n'est manifestement pas le cas. À titre d'exemple, le Régulateur considère toujours, en 2018, que la télévision analogique constitue un « avantage compétitif »⁴⁸ alors que 92% des raccordements à la télévision sont numériques⁴⁹, un pourcentage en hausse constante depuis des années, et que les consommateurs qui passent au numérique ne retournent pas vers la télévision analogique. Le Régulateur reconnaît d'ailleurs cette disparition progressive de la télévision analogique « à court ou moyen terme », ce qui rend son inclusion dans une analyse prospective d'autant plus incompréhensible⁵⁰. Le Régulateur affirme en outre que le soi-disant « avantage compétitif » de la télévision analogique réside dans la « disponibilité d'une base de clientèle à migrer vers la télévision numérique et dans la plus grande facilité à vendre des services aux utilisateurs qui ont plusieurs téléviseurs », sans démontrer que les utilisateurs de la télévision analogique qui décident de passer au numérique vont forcément rester chez le même opérateur plutôt que de comparer les offres disponibles⁵¹.

62. Par ailleurs, les données présentées dans la Décision Contestée sont analysées de manière statique et non dynamique, les tendances montrées dans les graphiques étant systématiquement ignorées quand elles révèlent l'absence de puissance de la Requête. Il ressort par exemple très clairement des données du Régulateur que les parts de marché de la Requête chutent de manière constante depuis plusieurs années sur le marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle (incluant la télévision numérique et analogique) alors que celles de Proximus augmentent et dépasseront très bientôt celles de la Requête (si ce n'est déjà le cas). Considérer que la part de marché de la Requête est supérieure à celle de Proximus est donc très incomplet, voire trompeur, dans le cadre d'une analyse prospective.

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

64. Enfin, l'analyse concurrentielle ignore les effets de levier dont peuvent bénéficier des opérateurs tels qu'Orange Belgium : pour le Régulateur, les offres

⁴⁷ Paragraphe 13 des Lignes directrices PSM.

⁴⁸ Décision Contestée, paragraphe 656.5, p. 243.

⁴⁹ IBPT, *Situation du marché des communications électroniques et de la télévision en 2017*, p. 38 (**Pièce 3**).

⁵⁰ Décision Contestée, paragraphe 843, p. 292.

⁵¹ Décision Contestée, paragraphe 656.5, p. 243.

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

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

65. Selon les termes de la Directive Cadre, « [i]l est essentiel que les obligations réglementaires ex ante ne soient imposées qu'en l'absence de concurrence effective c'est-à-dire sur les marchés où opèrent une ou plusieurs entreprises disposant d'une puissance significative sur le marché et lorsque les recours fondés sur le droit national ou le droit communautaire de la concurrence ne suffisent pas à résoudre le problème »⁵².

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

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

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

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

⁵² Directive Cadre, considérant n°27.

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

« Pour définir le marché pertinent de produits ou de services, les ARN doivent donc commencer par regrouper les produits ou services qui sont utilisés à une même fin (utilisation finale) par les consommateurs. »⁵³

Or, en séparant dans des marchés de gros distincts des infrastructures servant à fournir des produits concurrents sur le marché de détail, le Régulateur fait exactement l'inverse de ce que prévoit le cadre réglementaire, avec pour corollaire la violation du principe de neutralité technologique⁵⁴.

70. En définissant des marchés de gros distincts pour le câble et pour le cuivre, et en définissant des marchés géographiques séparés correspondant à la zone de chaque câblo-opérateur, la Requérante ne peut forcément être que le seul fournisseur d'accès sur son marché distinct et avoir dès lors 100% de parts de marché. Cela fausse l'analyse et donne l'impression que même un opérateur de taille modeste tel que la Requérante est puissant. Par conséquent, la Requérante se voit imposer des obligations réglementaires identiques à celles de Telenet ou de Proximus [CONFIDENTIEL]. Une telle approche nuit gravement à la concurrence que le Régulateur est supposé promouvoir, selon le cadre réglementaire en vigueur⁵⁵.

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

⁵³ Paragraphe 33 des Lignes Directrices PSM.

⁵⁴ Article 8, §1 de la Directive Cadre.

⁵⁵ Voir, entre autres, le considérant n°27 et l'article 8 de la Directive Cadre et article 1^{er} de la directive du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès »), J.O.U.E. L 108, 24.4.2002, p. 7 (ci-après, **Directive Accès**).

(B) Analyse concurrentielle erronée et lacunaire

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

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

(C) Analyse négligée du marché de gros de la radiodiffusion élargi

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

« En tout état de cause, dans la mesure où un marché de gros de la radiodiffusion élargi était défini et analysé, le Medienrat considère que ce marché posséderait un grand nombre de caractéristiques communes avec l'éventuel marché de gros de l'accès central élargi, dont la situation est examinée dans l'analyse de marché de gros large bande de l'IBPT »⁵⁶.

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

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

77. Ensuite, les rares éléments que contient cette motivation sommaire ne sont ni étayés, ni développés. Par exemple, le Régulateur n'explique pas et ne justifie pas à suffisance de droit l'hypothèse de définition de marché qu'il retient : le marché géographique est-il national, régional, ou suit-il les limites du réseau de chaque câblo-opérateur ? Ce point, pourtant crucial pour toute analyse concurrentielle, n'est même pas abordé. Par conséquent, il n'est même pas possible de savoir avec certitude quels sont les opérateurs visés par l'hypothèse de dominance conjointe.

⁵⁶ Paragraphe 675, p. 248 de la Décision Contestée.

78. Il est également frappant de constater que le Régulateur entretient la confusion en ne faisant aucune distinction entre les câblo-opérateurs, comme s'il s'agissait d'un seul opérateur. Cela fausse manifestement son raisonnement, notamment lorsqu'il écrit qu'« *il existe des indices suffisamment probants pour conclure à l'existence vraisemblable d'une dominance conjointe de Proximus et des câblo-opérateurs* »⁵⁷

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

80. Enfin, le Régulateur postule une dominance conjointe entre la Requérante et Proximus (et peut-être d'autres opérateurs) alors qu'il s'agit d'opérateurs dans des situations très différentes. À la différence de Proximus, la Requérante ne bénéficie ni de vastes économies d'échelle, ni de moyens financiers considérables, ni d'une structure de coûts comparable, ni d'un réseau mobile propre, ni d'une présence importante sur le territoire national, *etc.* D'un point de vue dynamique (qui doit être pris en compte dans le cadre d'une analyse prospective), la Requérante perd des parts de marché alors que Proximus en gagne.

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

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

82. Le cadre réglementaire prévoit que le Régulateur ne peut réguler un marché que lorsque c'est nécessaire et uniquement dans la mesure où c'est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi⁵⁸.

83. L'objectif affiché par le Régulateur lorsqu'il a adopté la Décision Contestée est d'« *aviver encore davantage la concurrence* » sur le marché de la radiodiffusion

⁵⁷ Paragraphe 683, p. 251 de la Décision Contestée.

⁵⁸ Article 8, §5, f) de la Directive Cadre : le Régulateur doit « *n'imposer des obligations de réglementation ex ante que lorsqu'il n'y a pas de concurrence efficace et durable, et suspendre ou supprimer celles-ci dès que cette condition est satisfaite* ».

télévisuelle⁵⁹. En adoptant la Décision Contestée, le Régulateur affirme avoir « ouvert la voie vers plus de concurrence sur les marchés de l'Internet haut débit et de la radiodiffusion »⁶⁰.

84. Cet objectif est, selon le Régulateur, atteint par la possibilité pour les opérateurs alternatifs d'obtenir un accès à des conditions raisonnables aux infrastructures essentielles pour pouvoir être concurrentiel sur le marché en aval. Or, c'est exactement ce que la Requêteurante a proposé au seul opérateur ayant manifesté un intérêt pour l'accès à son réseau, à savoir Orange Belgium.

85. En effet, le 29 décembre 2017, Orange Belgium a pris contact avec la Requêteurante pour lui demander de débiter des négociations en vue d'établir des tarifs de gros pour l'accès au réseau de la Requêteurante sur une base commerciale⁶¹. La Requêteurante a manifesté sa volonté de négocier avec Orange Belgium par courrier daté du même jour⁶².

86. Le 28 février 2018, Orange Belgium a pris la décision unilatérale de mettre fin aux négociations avec la Requêteurante⁶³. Or, la Requêteurante et Orange Belgium s'étaient rencontrées à deux reprises, le 7 et le 12 février 2018 et avaient eu à ces occasions un dialogue constructif.

87. Concernant les tarifs de gros, la Requêteurante avait proposé à Orange Belgium de lui facturer des tarifs correspondant aux tarifs de gros imposés à Telenet dans les décisions tarifaires de 2013 et de 2016. La Requêteurante a ensuite proposé à Orange Belgium de reprendre les tarifs de la Requêteurante (hors phase de lancement) tels qu'ils ont été imposés par le Régulateur en 2016⁶⁴. La Requêteurante était bien évidemment au courant de l'annulation par Votre Cour des décisions de 2016 imposant ces tarifs mais souhaitait que la négociation se fonde sur une base objective et raisonnable et les tarifs décidés par le Régulateur ne pouvaient être ensuite qualifiés par celui-ci de déraisonnables, puisqu'ils ont été établis par le Régulateur de manière à inclure une marge bénéficiaire raisonnable pour Orange Belgium.

⁵⁹ Communiqué de presse de la CRC du 29 juin 2018, « *Les régulateurs télécom et média adoptent une décision pour plus de concurrence et plus de choix dans le marché du haut débit et de la radiodiffusion* » (*Pièce 2*).

⁶⁰ Communiqué de presse de la CRC du 29 juin 2018, « *Les régulateurs télécom et média adoptent une décision pour plus de concurrence et plus de choix dans le marché du haut débit et de la radiodiffusion* » (*Pièce 2*).

⁶¹ Courrier d'Orange Belgium du 29 décembre 2017 (*Pièce 4*).

⁶² Courrier de la Requêteurante du 29 décembre 2017 (*Pièce 5*).

⁶³ Courrier d'Orange Belgium du 28 février 2018 (*Pièce 6*).

⁶⁴ La phase de lancement est une période de deux ans pendant laquelle les tarifs de gros régulés imposés à la Requêteurante (et annulés par Votre Cour) étaient particulièrement bas afin d'aider financièrement Orange Belgium à atteindre les 100.000 clients fixes. Orange Belgium ayant atteint cet objectif et la période de deux ans parvenant en toute hypothèse à son terme, négocier sur la base des tarifs hors phase de lancement était une démarche beaucoup plus logique.

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

2.3 Troisième moyen à titre principal : le Régulateur n'établit pas que la Requérante jouit d'une puissance significative sur un marché, en violation des articles 8 et 16 de la Directive Cadre, de son devoir de motivation formelle et des principes de personnalité juridique, de proportionnalité, de bonne administration et de non-discrimination

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

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

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

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

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

- Paragraphe 103, p. 60 de la Décision Contestée : « *Proximus, les câblo-opérateurs, Orange et M7 sont les seuls opérateurs qui proposent des produits groupés reprenant à la fois une composante de radiodiffusion et une composante Internet large bande* ». Les câblo-opérateurs sont présentés comme un seul opérateur au lieu de trois.
- Paragraphe 90, p. 55 de la Décision Contestée : « *Les opérateurs, tels que par exemple Proximus et les câblo-opérateurs* », comme si « câblo-opérateurs » était un opérateur au même titre que Proximus ;

- Paragraphe 226, p. 94 : le Régulateur compare les prix de Proximus « à ceux de la télévision numérique par le câble des câblo-opérateurs », comme si ces derniers avaient la même politique de prix (alors que c'est loin d'être le cas) ;
- Même commentaire concernant les tarifs mentionnés au paragraphe 227, p. 94 de la Décision Contestée ;
- Tableau 5, p. 95 de la Décision Contestée : le Régulateur présente la couverture du réseau des câblo-opérateurs comme une « [c]ouverture nationale commune par tous les câblo-opérateurs confondus », alors que confondre les câblo-opérateurs n'a pas de sens puisqu'il s'agit d'opérateurs qui, selon le Régulateur, agissent sur des marchés distincts ;
- Paragraphe 359, p. 129 de la Décision Contestée : « les câblo-opérateurs et Proximus possèdent systématiquement une part de marché supérieure à 99 % sur le marché en question » ;
- Paragraphe 393, p. 137 de la Décision Contestée : « outre Proximus et les câblo-opérateurs, d'autres acteurs ont une part de marché très limitée au niveau national », assimilant les câblo-opérateurs en un groupe présenté comme homogène alors que certains de ces câblo-opérateurs, parmi lesquels la Requérante, ont des parts de marché plus comparables à celles d'Orange Belgium qu'à celles de Telenet ;
- Paragraphe 449, p. 154 de la Décision Contestée : le Régulateur mentionne des barrières pouvant « renforcer la position dominante des câblo-opérateurs et de Proximus », comme s'il s'agissait de deux opérateurs de puissance équivalente et non de quatre opérateurs aux profils très différents ;
- Paragraphe 464, p. 158 de la Décision Contestée : il y est de nouveau question de parts de marché de Proximus et des « câblo-opérateurs », alors que les parts de marché doivent être analysées par opérateur ;
- Paragraphe 487, p. 170 de la Décision Contestée : « [l]es câblo-opérateurs ont la plus grande part de marché dans les différentes zones de couverture » ;
- Paragraphe 589.2, p. 217 de la Décision Contestée : « [e]n l'absence de régulation, les clients des offres de gros commerciales disposeraient d'un faible contre-pouvoir d'acheteur vis-à-vis de Proximus et des câblo-opérateurs », comme s'il s'agissait de deux entités de puissance égale face à leurs clients et non de quatre opérateurs très différents ;
- Paragraphe 647, p. 238 de la Décision Contestée : « [l]'accès au multicast ou à la plateforme IPTV de Proximus permet, de même que l'accès à la plateforme de télévision numérique des câblo-opérateurs, de distribuer des signaux de télévision aux utilisateurs finals », comme si les réseaux des câblo-opérateurs ne formaient qu'un grand réseau national équivalent à celui de Proximus ;

- Toute l'analyse incluse aux paragraphes 675 à 685 (p. 248 à 252 de la Décision Contestée) repose sur l'amalgame fait entre tous les câblo-opérateurs et la mise en parallèle de ce groupe (présenté à tort comme homogène) avec Proximus aux fins de suggérer une dominance conjointe.

92. Dans ce contexte de confusion entre câblo-opérateurs et d'assimilation injustifiée de la Requérante à Telenet, il n'est pas étonnant que le Régulateur parvienne à des conclusions erronées telles que, par exemple, parler de « *la position dominante des câblo-opérateurs* » (paragraphe 449, p. 154 de la Décision Contestée).

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

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

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

- Figure 2, p. 58 de la Décision Contestée : cette figure présente Nethys et Brutélé comme un seul opérateur (en rose) alors qu'elle est supposée représenter la « [c]ouverture des réseaux des câblo-opérateurs » :

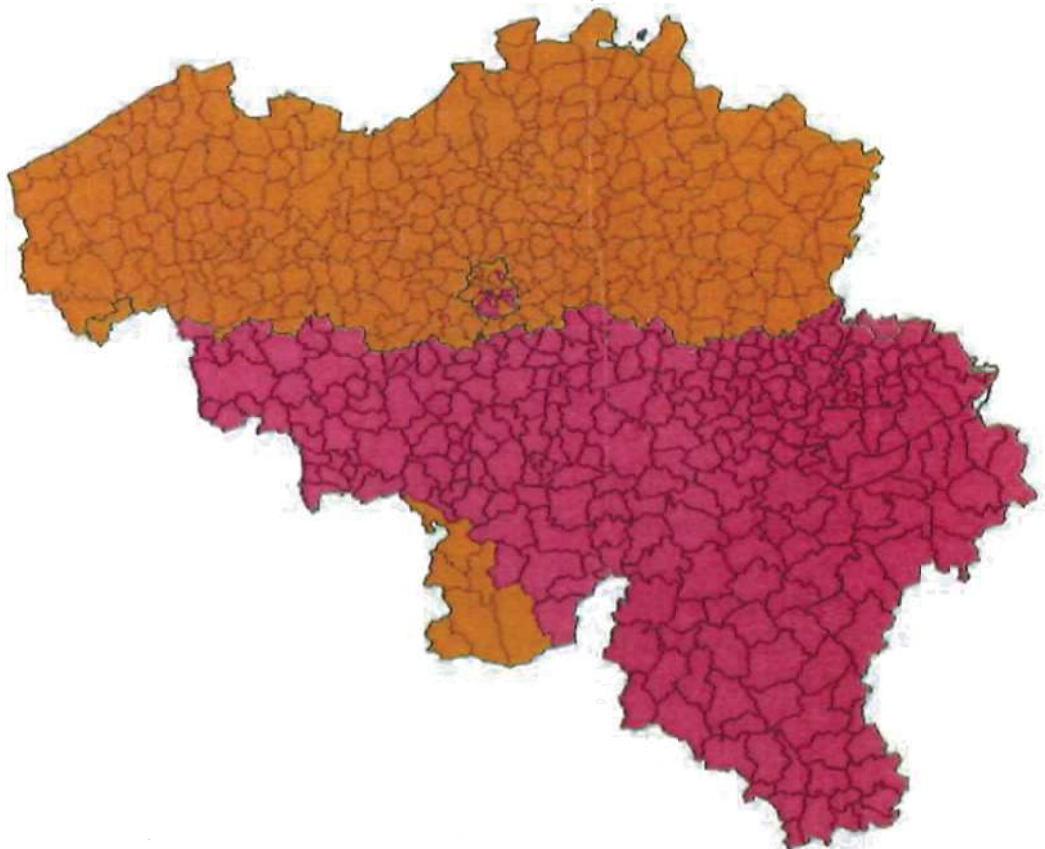


Figure 2 : Couverture des réseaux des câblo-opérateurs

- En ce qui concerne la radiodiffusion télévisuelle, les Tableaux 2 et 3 citent à nouveau VOO comme un opérateur, donnant l'impression qu'il n'existe que deux câblo-opérateurs en Belgique (pp. 62, 63 et 64 de la Décision Contestée).
- Le Tableau 12, concernant les produits *multiple play*, traite à nouveau la Requêteur et Brutélé comme un seul opérateur « VOO » (p. 161 de la Décision Contestée), ce qui donne l'impression erronée qu'un opérateur tel que la Requêteur est de taille comparable à des opérateurs nationaux tels que Proximus ou Telenet.
- Le Régulateur gonfle les parts de marché de la Requêteur en leur additionnant celles de Brutélé en matière de *double play* large bande fixe et télévision (Figure 33, p. 169 de la Décision Contestée) :

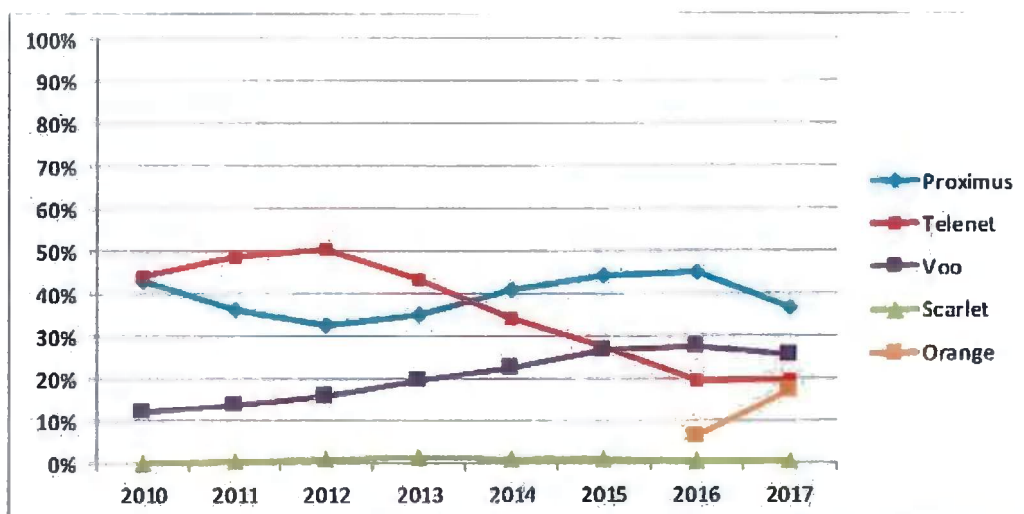


Figure 33 : Parts de marché sur le marché du double play large bande fixe et télévision, avec et sans une composante mobile (Source : Le MEDIENRAT)

- Idem en ce qui concerne le triple play large bande fixe, télévision et téléphonie fixe (Figure 39, p. 172 de la Décision Contestée) :

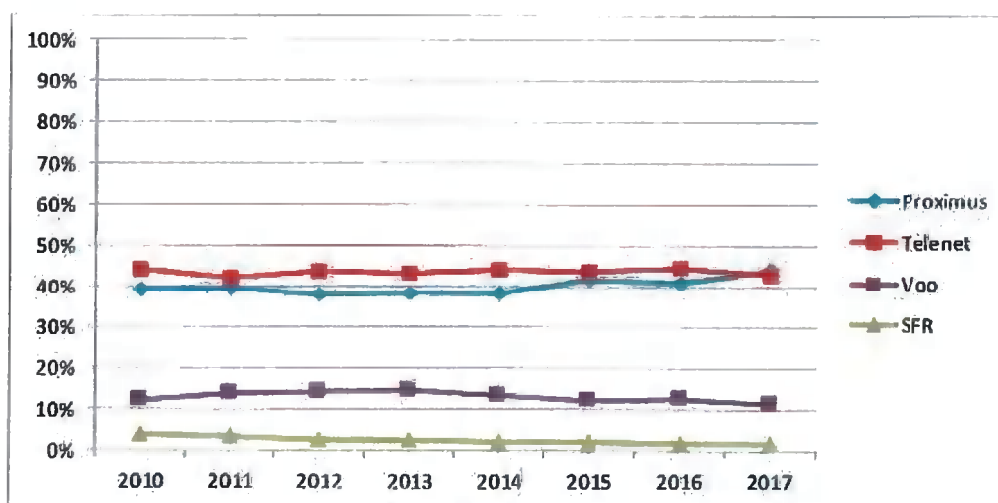


Figure 39 : Parts de marché sur le marché du triple play large bande fixe, télévision et téléphonie fixe (Source : Le MEDIENRAT)

- Même les paragraphes qui suivent ces graphiques et qui sont supposés présenter les parts de marché des opérateurs par zone de couverture de chaque câblo-opérateur parlent encore de VOO comme d'un opérateur : « Telenet et VOO fournissent le double play dans différentes zones de couverture » (paragraphe 486, p. 169 de la Décision Contestée) ; « [i]/ convient de noter que Telenet, VOO et SFR fournissent le triple play dans différentes zones de couverture » (paragraphe 491, p. 172 de la Décision Contestée).