

Réponse de Nethys S.A. et de Brutélé S.C. à la consultation publique organisée par le CSA, l'IBPT, le VRM et le Medienrat concernant l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle et l'analyse du marché du haut débit – 29 septembre 2017

TABLE DES MATIÈRES

1.	Executive Summary.....	7
1.1	Le Projet de décision ne tient pas compte de l'état actuel du marché	7
1.1.1	La régulation des réseaux câblés n'est pas nécessaire et donc pas justifiée	7
1.1.2	Le Projet de décision désigne, à tort, des petits câblo-opérateurs locaux tels que Nethys et Brutélé comme étant puissants.....	8
1.1.3	Le Projet de décision impose des obligations disproportionnées et est discriminatoire	10
1.2	Le Projet de décision est affecté de nombreuses irrégularités juridiques	11
1.2.1	Irrégularités concernant l'ensemble du Projet de décision	11
1.2.2	Irrégularités concernant le marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle	12
1.2.3	Irrégularités concernant les marchés de gros de l'accès central et de la radiodiffusion télévisuelle	15
2.	Introduction	16
3.	Définition des marchés de détail de la radiodiffusion télévisuelle et du haut débit	19
3.1	Remarque préliminaire : nécessité d'analyser le marché de détail de manière exhaustive avant l'imposition d'obligations réglementaires.....	19

3.2	Définition du marché de produits	23
3.2.1	Inclusion erronée de la télévision analogique dans le marché de produits	23
(A)	Absence de substituabilité entre télévision analogique et télévision numérique au sens du droit de la concurrence.....	23
(B)	L'analyse que fait le Régulateur de l'impact concurrentiel de la télévision analogique n'est pas prospective mais rétrospective	27
(C)	Conclusion concernant l'inclusion de la télévision analogique dans le marché pertinent.....	30
3.2.2	Exclusion et sous-estimation de l'offre OTT	33
3.2.3	Manque de motivation de l'exclusion des services de télévision gratuite du marché pertinent	37
3.2.4	Manque d'inclusion des offres groupées dans l'analyse concurrentielle	38
3.2.5	Prise en compte de problèmes concurrentiels liés au coût du contenu dans l'imposition d'obligations réglementaires aux câblo-opérateurs.....	41
3.3	Définition du marché géographique de la radiodiffusion télévisuelle et du haut débit	43
3.3.1	Nécessité de définir le marché géographique de détail	43
3.3.2	Défauts logiques et économiques du Projet de décision	48
(A)	Marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle	48
(B)	Marchés de détail du haut débit	58
3.3.3	Conclusion.....	60
4.	La situation concurrentielle sur le marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle et du haut débit ne justifie pas l'adoption d'une réglementation ex ante	61

4.1	Introduction.....	61
4.2	Parts de marché	63
4.2.1	Niveau national (zone de couverture de Proximus).....	63
4.2.2	Niveau des zones de couverture de Nethys et de Brutélé	67
4.2.3	Conclusion.....	73
4.3	Évolution des prix	74
4.3.1	Évolution des prix des offres <i>standalone</i>	75
4.3.2	Évolution des prix des offres groupées	77
4.3.3	Évolution des prix des services de télécommunications en général.....	82
4.4	Possibilités financières attestant de la capacité d'un opérateur à agir indépendamment de son environnement concurrentiel	84
4.5	Barrières à l'entrée et au changement	88
4.6	Conclusion.....	90
5.	Définition et analyse des marchés de gros de la radiodiffusion télévisuelle et de l'accès en gros au niveau central (haut débit)	92
5.1	Marchés de gros de la radiodiffusion télévisuelle et de l'accès central au haut débit	92
5.1.1	Introduction : incohérence de la définition de marchés de gros distincts pour le câble et le cuivre.....	92
5.1.2	Définition des marchés de gros de la radiodiffusion télévisuelle et du haut débit.....	94
(A)	Substituabilité du réseau de Proximus et de celui de chacun des câblo-opérateurs tant en ce qui concerne le haut débit que la radiodiffusion télévisuelle	94
(i)	Introduction	94

	(ii)	Le réseau de Proximus et celui de chacun des câblo-opérateurs est substituable pour Orange Belgium	95
	(iii)	Le réseau de Proximus et celui de chacun des câblo-opérateurs est substituable pour un opérateur qui envisagerait de lancer des services fixes en Belgique.....	98
	(iv)	Contrainte concurrentielle indirecte	98
	(v)	Conclusion	99
	(B)	Problème méthodologique concernant le marché de gros de la radiodiffusion : définition du marché à partir du réseau des câblo-opérateurs.....	100
	(C)	Impact des erreurs commises au niveau de la définition du marché de produits sur la définition géographique du marché	101
5.2		Analyse concurrentielle du marché de gros de l'accès central	103
5.3		Analyse des marchés de gros de la radiodiffusion télévisuelle et du haut débit : absence de nécessité de réguler en présence de trois opérateurs NGA sur le marché	104
5.4		Conclusion.....	105
6.		Analyse des mesures correctrices	106
6.1		Remarques générales	106
	6.1.1	Débiteur des mesures correctrices.....	107
	6.1.2	Promotion des investissements dans les infrastructures.....	108
	6.1.3	Caractère inapproprié des obligations réglementaires imposées à Nethys et à Brutélé	109
6.2		Commentaires relatifs à l'obligation de pratiquer des prix équitables (marché de gros de l'accès central et marché de gros de la radiodiffusion)	111

6.2.1	Première option	112
6.2.2	Deuxième option.....	113
6.2.3	Troisième option	114
6.3	Commentaires relatifs à l'obligation de mettre en place un système de comptabilisation des coûts (marché de gros de l'accès central).....	116
6.4	Commentaires relatifs aux aspects opérationnels des remèdes imposés (marché de gros de l'accès central et marché de gros de la radiodiffusion)	118
6.5	Commentaires relatifs à la différenciation géographique des obligations (marché de gros de l'accès local et marché de gros de la radiodiffusion)	123
6.5.1	Zones où au moins trois opérateurs NGA sont en concurrence.....	123
6.5.2	Zones couvertes par maximum une seule infrastructure NGA	125
6.6	Commentaires relatifs à l'obligation de fournir un accès à des systèmes d'assistance opérationnelle ou à des systèmes logiciels similaires (marché de gros de l'accès central et marché de gros de la radiodiffusion).....	126
6.7	Commentaires relatifs à l'obligation d'accorder à des tiers l'accès à un débit binaire (marché de gros de l'accès central)	128
6.8	Commentaires relatifs à l'obligation d'accorder à des tiers l'accès à EuroPacketCable / EuroPacketCable Multimedia (marché de gros de l'accès central)	131
6.9	Commentaires relatifs aux autres obligations imposées aux câblo-opérateurs (marché de gros de l'accès central et marché de gros de la radiodiffusion).....	135
6.9.1	Délais relatifs à l'indisponibilité d'un service de gros	135
6.9.2	Fourniture d'accès à un niveau de qualité de service.....	135
6.9.3	Évolutions du réseau et des offres de référence et reproductibilité technique	137

6.9.4	Customer Premises Equipments (CPE)	137
6.9.5	Offre de référence.....	137
6.9.6	Indicateurs de performance	137
6.9.7	Obligation d'information concernant les évolutions du réseau et des offres de référence	138
6.10	Liberté de définition du bouquet de chaînes	140
6.11	Accès de Proximus au réseau de Nethys et au réseau de Brutélé (Annexe K du Projet de décision du CSA et Annexe L du Projet de décision de l'IBPT).....	141

1. EXECUTIVE SUMMARY

Le projet de décision soumis à la consultation publique par Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, de l'Institut Belge des Services Postaux et des Télécommunications, du Vlaamse Regulator voor de Media et du Medienrat der Deutschsprachigen Gemeinschaft Belgiens (ci-après conjointement dénommés le **Régulateur**) concernant l'analyse des marchés de la radiodiffusion télévisuelle et du haut débit (ci-après, le **Projet de décision**) constitue un effort de mise à jour du cadre réglementaire actuel qui est amplement nécessaire. Nethys et Brutélé saluent dès lors cette démarche.

Nethys et Brutélé souhaitent toutefois émettre de vives objections par rapport à ce Projet de décision. D'une part, il ne tient pas compte des rapports de force réels entre opérateurs et impose de très lourdes obligations à Nethys et à Brutélé alors que celles-ci sont des *challengers* de taille modeste face à des géants tels que Proximus, Telenet ou Orange Belgium (section 1.1 ci-dessous). D'autre part, le Projet de décision contient un nombre important d'irrégularités et de contradictions qui font douter de sa validité sur le plan juridique (section 1.2 ci-dessous).

Pour toutes ces raisons, Nethys et Brutélé invitent instamment le Régulateur à revoir en profondeur le Projet de décision.

1.1 Le Projet de décision ne tient pas compte de l'état actuel du marché

1.1.1 La régulation des réseaux câblés n'est pas nécessaire et donc pas justifiée

La décision du Régulateur d'ouvrir les réseaux câblés en 2011 est unique en Europe. Même aux Pays-Bas, qui sont, par la présence d'une infrastructure câblée étendue, l'État membre de l'Union européenne dont la situation est la plus comparable à celle de la Belgique, le régulateur a préféré ne pas ouvrir les réseaux câblés à la concurrence.

Le choix du régulateur néerlandais se comprend : les régulateurs nationaux ne peuvent imposer d'obligations réglementaires que lorsque celles-ci sont nécessaires et strictement proportionnées à l'objectif poursuivi. Or, **l'ouverture du câble telle qu'elle a été décidée en 2011 et telle que le Projet de décision décide de la prolonger, n'est pas nécessaire.**

Premièrement, et contrairement à ce que le Régulateur suggère (sans jamais formellement le démontrer), le secteur des télécommunications est concurrentiel en Belgique : les services offerts aux consommateurs sont performants et en constante amélioration et il existe une véritable concurrence entre les infrastructures câblées et

celle de Proximus, à la différence de nombreux autres pays de l'Union européenne où les réseaux câblés ne sont que peu développés.

Deuxièmement, imposer des mesures correctrices telles que celles qui sont proposées par le Régulateur n'est pas le seul moyen efficace pour agir sur le marché. Le Régulateur pourrait aussi favoriser un accord commercial d'accès entre opérateurs. [CONFIDENTIEL]

Troisièmement, si des mesures devaient néanmoins s'imposer, il convient d'opter pour un régime d'accès de gros qui favorise les investissements. Contrairement aux réseaux câblés, le réseau historique des télécommunications, celui de Proximus, qui est déjà ouvert à la concurrence, permet à l'opérateur alternatif de grimper dans l'échelle des investissements : en commençant par un accès central au réseau de Proximus et puis en migrant vers un accès local, l'opérateur alternatif peut progressivement augmenter ses investissements dans les infrastructures, ce que ne permet pas, pour des raisons techniques, le réseau d'un câblo-opérateur. Or, les investissements dans les infrastructures sont un objectif essentiel du cadre réglementaire européen. En outre, le caractère national du réseau de Proximus rend l'accès au marché bien plus aisé pour les opérateurs alternatifs.

Pourtant, le Régulateur semble ignorer l'atout précieux que représente la concurrence actuelle entre les infrastructures en Belgique puisqu'il minimise la concurrence entre Proximus et chacun des câblo-opérateurs pour se focaliser sur l'entrée hypothétique sur le marché d'opérateurs alternatifs.

Ce faisant, le Régulateur affaiblit la concurrence existante, ce qui est tout à fait contraire tant au cadre réglementaire européen (article 8 de la Directive Cadre¹) qu'à la réglementation belge (article 95 du Décret SMA²). Cette concurrence existe grâce aux *challengers* que sont Nethys et Brutélé, opérateurs locaux face aux opérateurs nationaux et financièrement puissants que sont Proximus, Orange Belgium et Telenet (le réseau fixe de ce dernier opérateur ne couvre pas encore l'ensemble de la Belgique, mais il s'étend, et Telenet dispose en outre d'un réseau mobile de dimension nationale).

1.1.2 Le Projet de décision désigne, à tort, des petits câblo-opérateurs locaux tels que Nethys et Brutélé comme étant puissants

Toutes les données avancées par le Régulateur montrent que Nethys et Brutélé ne sont pas puissantes, ou dominantes, mais bien des *challengers*. Les parts de marché de détail de Nethys et de Brutélé sont tout bonnement négligeables à

¹ Directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, *J.O.U.E.* L 108, 24.4.2002, p. 33.

² Arrêté du Gouvernement de la Communauté française portant coordination du décret sur les services de médias audiovisuels, *M.B.* 24 juillet 2009, p. 50609.

l'échelle nationale, que ce soit en matière de radiodiffusion télévisuelle ou de haut débit. Il est tout à fait aberrant que ces opérateurs soient déclarés puissants en matière de télévision ou de haut débit alors que leurs parts de marché sont très faibles. Il est en particulier insensé de définir Brutélé comme dominant alors que, sur la base du nombre actuel d'abonnés de Brutélé [CONFIDENTIEL] et des prévisions d'Orange Belgium, Brutélé aura en milieu d'année 2018 un nombre d'abonnés inférieur à celui atteint par Orange Belgium pour ses services fixes en l'espace de deux ans.

Les parts de marché de Nethys sur le marché national de la radiodiffusion sont d'à peine [CONFIDENTIEL] et celles de Brutélé sont encore plus basses : [CONFIDENTIEL]. Et les données incluses par le Régulateur dans son Projet de décision montrent que ces parts sont en déclin constant depuis des années, au profit du *leader* du marché Proximus. Ce déclin continu est caractéristique d'une absence de dominance.

Quant aux parts de marché de Nethys et Brutélé en matière de haut débit, elles sont encore plus dérisoires : à peine [CONFIDENTIEL] et [CONFIDENTIEL].

La tendance du Régulateur à assimiler tous les câblo-opérateurs les uns aux autres est trompeuse en ce qu'elle suggère que Nethys et Brutélé peuvent se prévaloir du succès de Telenet, ce qui n'est malheureusement pas le cas. Cette assimilation donne à Nethys et à Brutélé un poids qu'elles n'ont pas et minimise par ailleurs la position très forte dont bénéficie Proximus en Wallonie et à Bruxelles.

En outre, Nethys et Brutélé ne bénéficient pas du soutien financier d'un grand groupe tel que le groupe Orange (pour Orange Belgium), Liberty Global (pour Telenet), ou de l'appui d'une entité puissante (tel que c'est le cas pour Proximus). Nethys et Brutélé n'ont donc ni le pouvoir ni la motivation de se comporter sur le marché de manière indépendante de leurs concurrents ou des consommateurs, ce qui est pourtant la définition même de la position dominante et de la puissance sur un marché.

Le statut de *challenger* de Nethys et de Brutélé se manifeste également dans leur attitude agressive en matière de prix. À cet égard, l'affirmation du Régulateur concernant l'évolution des prix ne s'applique pas à Nethys et à Brutélé : les prix de ces deux opérateurs sont en effet plus bas que ceux de leurs concurrents et l'évolution de leurs prix se situe **en-dessous de l'indice des prix à la consommation**.

Il est dès lors incompréhensible que, dans son Projet de décision, le Régulateur envisage de qualifier Nethys et Brutélé d'opérateurs puissants.

1.1.3 Le Projet de décision impose des obligations disproportionnées et est discriminatoire

Il est encore plus incompréhensible que, non content d'envisager de réguler Nethys et Brutélé alors que ces opérateurs sont loin d'être puissants, **le Régulateur prévoit d'alourdir les obligations réglementaires déjà considérables qui pèsent sur Nethys et Brutélé**, avec de surcroît un délai de mise en œuvre extrêmement lourd. Un tel traitement est d'autant plus choquant eu égard à la taille des opérateurs concernés.

En particulier, l'imposition d'une obligation de contrôle des prix est disproportionnée et non nécessaire étant donné que d'autres moyens plus appropriés sont à la disposition du Régulateur. Au lieu d'imposer des prix de gros, le Régulateur pourrait laisser aux opérateurs la possibilité d'investir dans leur infrastructure et définir eux-mêmes les prix de gros. Imposer une obligation de contrôle des prix *ab initio* est contraire à l'objectif poursuivi par le Régulateur parce que cette mesure a pour conséquence de retirer tous incitants aux investissements dans les infrastructures

L'alourdissement des mesures correctrices se fait en dépit de la logique suivie par le Régulateur lui-même. À titre d'exemple, le Régulateur reprend les tarifs de gros applicables à la « phase de lancement » de deux ans décidée en 2016 (et qui devait se terminer le 1^{er} mai 2018) et envisage de les rendre permanents. Or, le raisonnement ayant mené le Régulateur à l'adoption de ces tarifs en 2016 était précisément que ces derniers ne se justifiaient que de manière temporaire, à titre d'« aide au lancement » de l'opérateur alternatif.

Nethys et Brutélé rappellent à cet égard qu'il est tout à fait incompatible avec la réglementation sectorielle et le droit de la concurrence de faire financer par des câblo-opérateurs les effets négatifs produits par des coûts sans rapport avec le marché où ceux-ci opèrent et en réalité dus au comportement d'autres entreprises (les fournisseurs de contenu qui facturent des coûts très élevés). Sous prétexte de favoriser la concurrence, ce type de mesure fausse la concurrence entre opérateurs et laisse subsister sur d'autres marchés (ceux de la fourniture de contenu) des problèmes de concurrence sur lesquels il conviendrait de se pencher.

Nethys et Brutélé rappellent également que le Régulateur doit tenir compte de la situation de chaque opérateur. Or, **en imposant à des opérateurs locaux tels que Nethys et Brutélé les mêmes obligations qu'à un grand opérateur**, alors que, comme le démontre la présente réponse, ni Nethys ni Brutélé n'est puissante, et donc en traitant de manière identiques des opérateurs dans des situations différentes, **le Régulateur opère une discrimination à l'encontre de Nethys et de Brutélé** qui les empêche de dégager des marges suffisantes pour investir dans leur infrastructure et leurs services **et réduit donc leur potentiel concurrentiel**.

Par conséquent, non seulement le Projet de décision est totalement contreproductif par rapport aux politiques européenne et wallonne de développement des infrastructures, mais il réduit la concurrence actuelle sur les services, en affaiblissant les opérateurs les plus modestes. **Les données recueillies par le Régulateur démontrent en effet que l'affaiblissement de Nethys et de Brutélé profite surtout à Proximus**, alors que, dès à présent, l'IPBT constate qu'« [e]n Wallonie et à Bruxelles, Proximus continue de dominer avec des parts de marché respectives de [40-50%] et [50-60%] » (section 4 ci-dessous).

1.2 Le Projet de décision est affecté de nombreuses irrégularités juridiques

Outre son absence de nécessité et son manque de proportionnalité, le Projet de décision est vicié par de **nombreuses erreurs logiques et enfreint en de nombreux points tant l'esprit que la lettre du cadre réglementaire européen et du droit de la concurrence**. Par conséquent, il ne peut être adopté en l'état et nécessite une refonte en profondeur, sous peine de se voir frappé d'illégalité.

Voici une liste non limitative des vices dont est affecté le Projet de décision.

1.2.1 Irrégularités concernant l'ensemble du Projet de décision

Outre les critiques déjà formulées ci-dessus, le Projet de décision est affecté de deux vices fondamentaux qui, à eux seuls, justifient sa révision complète.

Premièrement, **le Régulateur ne procède pas à une analyse prospective**, contrairement à ce que lui impose le cadre réglementaire européen³ :

- Le Régulateur considère que la télévision analogique constitue toujours une contrainte concurrentielle alors que, déjà en 2011 et avec des chiffres sur la télévision analogique plus élevés, l'OPTA aux Pays-Bas considérait déjà qu'elle était dépassée (ce que la Commission européenne a confirmé en 2016).
- Les parts de marché sans cesse décroissantes de Nethys et de Brutélé montrent sans le moindre doute possible que Proximus est le leader en Wallonie et à Bruxelles tant en matière de haut débit que de radiodiffusion télévisuelle et renforcera sa position au cours de la période de régulation couverte par le Projet de décision. Le choix du Régulateur d'ignorer ces évolutions nettes et prévisibles est contraire à son obligation de mener une analyse prospective.

Deuxièmement, **le Régulateur n'établit pas que le marché de détail des services de radiodiffusion télévisuelle est insuffisamment concurrentiel** : en refusant de procéder à une définition complète de ce marché (voir ci-dessous), il se met dans

³ Directive Cadre, considérant 27.

l'impossibilité d'émettre la moindre conclusion valide sur l'existence ou non d'une concurrence effective sur le marché de détail, ce qui l'empêche d'établir la nécessité de l'adoption de mesures correctives au niveau de gros. **Il est donc impossible que le Projet de décision soit objectivement justifié et que les mesures imposées soient nécessaires et proportionnées.**

1.2.2 Irrégularités concernant le marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle

Tant la définition du marché de produits que du marché géographique de détail sont affectés de vices de logique et de droit auxquels il ne peut être remédié que par une refonte du Projet de décision. Ces vices affectent également l'analyse concurrentielle de ce marché.

- **En ce qui concerne la définition du marché de produits de détail :**
 - Les services OTT qui exercent une contrainte concurrentielle importante sur la télévision classique, auraient dû être placés dans le même marché de produits que cette dernière. Cela ressort des conclusions du test de substituabilité citées par le Régulateur mais totalement ignorées dans sa définition du marché.
 - Inversement, le raisonnement du Régulateur est également contradictoire par rapport à la télévision analogique, qu'il inclut dans le marché de produits, alors que cette dernière n'exerce plus de contrainte concurrentielle notable. La non-inclusion de la télévision analogique rendrait absolument indiscutable l'absence de dominance de Nethys et de Brutélé.
 - Le Régulateur considère qu'une substituabilité dans une seule direction suffit à inclure la télévision analogique dans le marché pertinent alors qu'il refuse une telle conclusion lorsque la substituabilité dans une seule direction concerne les services non linéaires (en ce compris les services OTT).
- **En ce qui concerne la définition géographique du marché de détail :**
 - Des obligations ne peuvent être imposées sur le marché de gros que si des problèmes de concurrence sont identifiés sur le marché de détail. Cela implique que le marché de détail soit correctement et complètement défini. Or, le Régulateur ne définit pas le marché géographique de détail. Il se contente d'affirmer qu'il laisse cette définition ouverte et que la définition de marché géographique n'a pas d'impact sur son raisonnement (sans justifier cette affirmation). Le Régulateur ne peut donc aboutir à la moindre conclusion valide

concernant l'existence ou non de problèmes de concurrence justifiant l'imposition d'obligations réglementaires.

- Bien qu'il se refuse à définir géographiquement le marché, le Régulateur marque une nette préférence pour une définition de marché qui suivrait les contours du réseau de chaque câblo-opérateur, allant jusqu'à analyser les parts de marché de ces derniers sur cette base⁴. Cette attitude est tout à fait contradictoire.
- Le Régulateur exprime, sous la forme d'une « recommandation », sa préférence pour une définition du marché géographique de détail selon les limites du réseau de chaque câblo-opérateur. Or, le Régulateur n'explique nulle part le poids juridique qu'il accorde à cette « recommandation », ce qui est contraire au principe de sécurité juridique.
- Le Régulateur contredit lui-même sa « recommandation » en faveur d'un marché limité à la zone de couverture de chaque câblo-opérateur : de nombreuses données sur lesquelles s'appuie le Régulateur dans son Projet de décision ne respectent absolument pas cette préférence et reflètent plutôt un marché national⁵.
- Le Régulateur oublie de tenir compte du fait que Proximus et Orange Belgium sont des opérateurs nationaux. Il est illogique de définir le marché géographique (si tant est que le Régulateur l'a réellement défini – voir ci-dessus) selon les limites de l'opérateur le moins puissant sur le marché. Or, Proximus a 30-40% de parts sur le marché national de la radiodiffusion télévisuelle, contre seulement [CONFIDENTIEL] pour Brutélé et [CONFIDENTIEL] pour Nethys.
- Le Régulateur affirme que la définition géographique du marché de détail n'a pas d'impact sur l'analyse concurrentielle alors que le Projet de décision inclut des analyses séparées selon que le marché est national ou défini selon les limites des réseaux des câblo-opérateurs, ce qui, en soi, montre que la définition géographique influence son raisonnement.
- Le Régulateur « recommande » une délimitation géographique du marché selon les limites du réseau de chaque câblo-opérateur sous prétexte qu'un client ne pourrait faire appel à

⁴ Voir, par exemple, CSA, para. 313 et suivants.

⁵ Voir, à titre d'exemple, le tableau figurant dans le Projet de décision (CSA, para. 194), qui, d'après son intitulé, illustre la « répartition du nombre de clients entre numérique/analogique sur le marché national de la radiodiffusion » (nous soulignons).

un autre opérateur n'ayant pas d'infrastructure fixe à cet endroit sans devoir déménager. Or, c'est également le cas pour les services de téléphonie fixe ou d'accès à Internet, pour lesquels le marché est de dimension nationale : le client qui souhaite recourir aux services de téléphonie fixe d'un opérateur ne disposant pas d'infrastructure là où il est établi est contraint de déménager.

- Le Régulateur n'explique pas pourquoi ni comment des services qui sont très majoritairement vendus au sein des mêmes offres groupées peuvent être définis différemment sur le plan géographique.
 - Le Régulateur n'aborde pas du tout la question de la substituabilité en chaîne des offres des câblo-opérateurs au niveau de détail, ce qu'il aurait dû faire puisqu'il « recommande » une définition géographique étroite du marché et qu'il indique dans son chapitre concernant la méthodologie que l'analyse de la substituabilité en chaîne est nécessaire.
- **En ce qui concerne l'analyse concurrentielle du marché de détail :**
- Le Régulateur considère que Nethys et Brutélé sont les opérateurs à réguler alors que l'IBPT écrit dans son étude annuelle sur le marché des communications électroniques que, « [e]n Wallonie et à Bruxelles, Proximus continue de dominer avec des parts de marché respectives de [40-50%] et [50-60%] », ce que confirment les données incluses par le Régulateur dans le Projet de décision.
 - Le Régulateur analyse les parts de marché tant à l'échelle nationale qu'à l'échelle des zones de couverture de chaque câblo-opérateur alors qu'il observe l'évolution des prix, sans nuance, sur le marché national.
 - Le Régulateur ne se prononce pas sur l'existence d'un marché des offres groupées mais, dans les faits, analyse les offres groupées comme formant un marché tout à fait distinct alors qu'il a bel et bien une influence sur les conclusions de l'analyse des marchés de gros. En outre, le Régulateur divise sans raison les chiffres de télévision entre les offres *standalone* et les offres groupées (*multiple play*). Cela a pour effet d'augmenter artificiellement la part de marché de Nethys et Brutélé qui offrent des services en *standalone*, et de sous-estimer celles de Proximus et d'Orange Belgium qui n'offrent la

télévision que dans une offre *multiple play*. Même l'analyse de l'évolution des prix des offres groupées est reléguée dans un chapitre distinct.

1.2.3 Irrégularités concernant les marchés de gros de l'accès central et de la radiodiffusion télévisuelle

- Le Régulateur définit deux marchés séparés d'accès central au haut débit, l'un incluant l'infrastructure de Proximus et l'autre celle des câblo-opérateurs. Rien ne justifie une telle approche, qui est en contradiction avec ce qui est pratiqué par les autres régulateurs européens. En procédant de la sorte, le Régulateur cherche à réguler les deux infrastructures. L'existence d'une contrainte indirecte sur le prix de gros via la pression concurrentielle sur le marché de détail justifie pourtant que les réseaux de Proximus et des câblo-opérateurs soient inclus dans le même marché.
- La substituabilité des produits de gros de Proximus et ceux des câblo-opérateurs se démontre également par le fait qu'Orange Belgium ou un nouvel entrant peuvent librement choisir entre l'infrastructure de gros de Proximus et celle des câblo-opérateurs.
- En définissant des marchés distincts pour le réseau de Proximus et celui de chacun des câblo-opérateurs et en définissant le marché géographique selon les limites du réseau de chaque câblo-opérateur, n'importe quel opérateur sera forcément le seul fournisseur sur le marché artificiellement créé et aura dès lors 100% des parts de ce marché⁶. Cette manœuvre biaise les conclusions de l'analyse et crée une situation paradoxale où tout petit opérateur, même petit, est considéré comme dominant et se voit imposer des mesures correctrices lourdes. **Cette approche ne peut déboucher que sur une régulation perpétuelle, ce qui va à contre-courant du cadre réglementaire européen qui promeut la concurrence entre infrastructures** et qui a notamment comme objectif de « *préserver la concurrence au profit des consommateurs* »⁷.
- Cette approche est enfin anticoncurrentielle, puisque ces petits opérateurs offrent une concurrence d'infrastructure par rapport à l'opérateur *leader* national dominant.

⁶ IBPT, para. 1322.

⁷ CSA, para. 66 ; IBPT, para. 58.

2. INTRODUCTION

1. Le Projet de décision soumis à la consultation a pour but de remplacer par une analyse neuve basée sur des données récentes le cadre réglementaire actuel qui date de 2011. Une telle mise à jour est nécessaire et attendue depuis plusieurs années. Nethys et Brutélé apprécient dès lors les efforts entrepris par le Régulateur pour analyser les marchés de la radiodiffusion télévisuelle et du haut débit.

2. Nethys et Brutélé doutent cependant de l'objectif poursuivi par le Régulateur lorsque celui-ci envisage d'alourdir les obligations réglementaires déjà considérables qui pèsent sur elles.

3. Pour rappel, la décision du Régulateur d'ouvrir les réseaux câblés est unique en Europe (et peut-être dans le monde). Les câblo-opérateurs exercent une forte pression concurrentielle sur l'opérateur historique, Proximus, grâce à leur infrastructure câblée. Les Pays-Bas sont l'État membre le plus comparable à la Belgique à cet égard. Or, le Régulateur néerlandais a décidé de ne pas ouvrir les réseaux câblés à la concurrence, estimant qu'une telle régulation ne respecterait pas le test des trois critères établi au niveau européen pour vérifier la nécessité de l'imposition d'obligations réglementaires.

4. Pourtant, le Régulateur ne semble pas satisfait de l'existence d'une concurrence sur les infrastructures en Belgique puisqu'il déplore la concurrence que se portent Proximus et chacun des câblo-opérateurs et appelle de ses vœux l'entrée sur le marché d'opérateurs alternatifs.

5. Le problème, c'est qu'en se concentrant sur une hypothétique concurrence potentielle (le marché belge n'étant, par sa taille, le nombre des langues qui y sont parlées et la complexité de ses institutions, par très attractif de nature), le Régulateur affaiblit la concurrence existante. Cette concurrence existe grâce aux *challengers* que sont Nethys et Brutélé, opérateurs locaux face aux opérateurs nationaux et financièrement puissants que sont Proximus, Orange Belgium et Telenet (le réseau fixe de ce dernier opérateur ne couvre pas encore l'ensemble de la Belgique, mais il s'étend, et Telenet dispose en outre d'un réseau mobile de dimension nationale).

En imposant à des opérateurs locaux tels que Nethys et Brutélé les mêmes obligations qu'à un grand opérateur tel que Telenet, alors que, comme il sera expliqué ci-dessous, ni Nethys ni Brutélé n'est puissante, le Régulateur affaiblit Nethys et Brutélé, les empêche de dégager des marges suffisantes pour investir dans leur infrastructure et leurs services et réduit donc leur potentiel concurrentiel. De ce point de vue, le Projet de décision est totalement contreproductif par rapport aux politiques européenne et wallonne de développement des infrastructures.

Comme les données du Régulateur le démontrent (section 4 ci-dessous), cet affaiblissement de Nethys et de Brutélé profite surtout à Proximus, alors que, selon

les termes de l'IPBT, « [e]n Wallonie et à Bruxelles, Proximus continue de dominer avec des parts de marché respectives de [40-50%] et [50-60%] »⁸. Cet acharnement est tout à fait paradoxal au regard du fait que de nombreux autres pays ne bénéficient même pas de la double infrastructure dont est dotée la Belgique.

6. Outre ce contexte qui pose question, la méthodologie adoptée par le Régulateur est, elle aussi, à revoir de fond en comble. En effet, les obligations imposées à Nethys et à Brutélé ne sont ni justifiées, ni nécessaires.

7. La directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques⁹ (ci-après, la **Directive Cadre**) est extrêmement claire sur le fait que le Régulateur ne peut imposer des obligations réglementaires que lorsqu'elles sont strictement nécessaires :

« 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. »¹⁰

8. Or, le Régulateur n'a pas démontré que des opérateurs disposaient d'une puissance significative sur les marchés de détail existants et que dès lors il n'existait pas de concurrence effective sur ces marchés. Il n'a pas non plus été démontré que le droit de la concurrence ne suffisait pas à résoudre le problème. Le Régulateur ne s'est même pas donné la peine de définir à proprement parler le marché géographique (se contentant d'émettre une « recommandation ») et inclut dans le marché de produits une technologie analogique dépassée tout en excluant la vraie contrainte concurrentielle de la télévision numérique pour les années à venir, à savoir les contenus audiovisuels disponibles sur Internet.

9. En outre, le Régulateur semble avoir adopté l'adage selon lequel « la fin justifie les moyens » : le Régulateur a en effet créé un marché basé sur l'infrastructure des opérateurs qu'il souhaitait réguler, afin de pouvoir déduire que, sur un marché composé exclusivement d'une seule infrastructure, l'opérateur qui la détient dispose d'une puissance significative. Il s'agit, comme il sera expliqué ci-

⁸ IBPT, « Situation du marché des communications électroniques », 2017 (année 2016), p. 6.

⁹ J.O.U.E. L 108, 24.4.2002, p. 33.

¹⁰ Directive Cadre, considérant 27 ; recommandation de la Commission 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 (2014/710/UE), points 8 à 10.

dessous (section 5), d'un raisonnement développé et ajusté dans l'optique d'atteindre un objectif bien précis et non d'une analyse de marché effectuée avec la distance et l'objectivité requises. Ce type de raisonnement *ad hoc* enfreint les principes du droit de la concurrence ou de la réglementation sectorielle des communications électroniques.

10. Le cadre réglementaire impose également au Régulateur que son analyse du marché soit prospective :

« Cette analyse du caractère effectif de la concurrence [que doit effectuer le Régulateur] 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. »¹¹

11. Or, le Régulateur se base sur des données anciennes pour aboutir à des conclusions qui, à ce jour, sont déjà dépassées par les faits. Non seulement il considère que la télévision analogique constitue un avantage compétitif pour les câblo-opérateurs, alors que les téléspectateurs se détournent complètement de cette technologie dépassée qui ne garde à l'heure actuelle que [CONFIDENTIEL] de spectateurs (et ce pourcentage continue à chuter d'année en année) et que la Commission européenne suggère déjà depuis 2011 au Régulateur d'exclure cette technologie de son analyse. Mais en plus, le Régulateur utilise des données qui, pour certaines, sont nettement dépassées. C'est le cas par exemple d'une étude de Key International Facts utilisée par le Régulateur¹² alors que cette étude date de 2009, soit deux ans avant l'adoption de la précédente analyse de marché ! Enfin, le Régulateur semble toujours ignorer que Telenet a acquis SFR au début de l'année 2017, ce qui constitue une indication claire des ambitions nationales de cet opérateur. Cette omission a un impact direct sur son analyse des marchés de détail, puisque, sans justification objective, le Régulateur « recommande » (sans que le sens ou le poids de cette recommandation soit clair) que le marché géographique de détail suive les contours du réseau de chaque câblo-opérateur.

12. C'est d'autant plus grave que le Projet de décision, s'il est adopté, sera d'application pour une durée de trois à cinq années (voire davantage, étant donné que le Régulateur applique toujours l'analyse du marché effectuée en 2011 alors que le cadre réglementaire actuel lui impose de réviser cette analyse tous les trois ans).

13. L'ensemble de ces points, et d'autres encore, sera développé dans les sections ci-dessous.

¹¹ Directive Cadre, considérant 27.

¹² CSA, para. 187 ; IBPT, para. 409.

3. DÉFINITION DES MARCHÉS DE DÉTAIL DE LA RADIODIFFUSION TÉLÉVISUELLE ET DU HAUT DÉBIT

3.1 Remarque préliminaire : nécessité d'analyser le marché de détail de manière exhaustive avant l'imposition d'obligations réglementaires

14. Le Régulateur indique, dans la section du Projet de décision relative à la méthodologie, qu'il ne s'estime pas obligé de procéder à une analyse minutieuse du marché de détail :

« S'il est effectivement utile et important pour la suite du processus d'analyse des marchés de gros concernés, de définir le périmètre du marché de détail, le régulateur n'est en soi nullement tenu d'en effectuer une analyse complète (par exemple une analyse qui viserait à déterminer la présence éventuelle d'entreprises puissantes sur ce marché de détail). Il appartient donc à l'ARN de déterminer la mesure dans laquelle il y a lieu d'analyser le marché de détail aval tenant compte des liens entre ce marché aval et les marchés de gros amont objets de la présente analyse. »¹³

15. Or, le cadre réglementaire impose que l'analyse du marché de détail soit menée avec autant de sérieux et de minutie que celle des marchés de gros que le Régulateur entend réguler.

16. En effet, le Régulateur ne peut imposer d'obligations que si celles-ci sont *« fondées sur la nature du problème constaté, proportionnées et justifiées au regard des objectifs énoncés à l'article 8 de la directive 2002/21/CE (directive «cadre») »¹⁴*. L'article 8 de la Directive Cadre inclut notamment comme objectif la promotion de la concurrence :

« Les autorités réglementaires nationales promeuvent la concurrence dans la fourniture des réseaux de communications électroniques, des services de communications électroniques et des ressources et services associés »¹⁵

17. Dans la poursuite de cet objectif, le Régulateur doit respecter le principe de nécessité et le principe de proportionnalité : comme le précise la Directive Cadre dans le même article, le Régulateur a la possibilité de *« n'imposer des obligations de*

¹³ CSA, para. 73 ; IBPT, para. 65.

¹⁴ Article 8, §4 de la directive 2002/19/CE du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (J.O.U.E. L 108, 24.4.2002, p.7) (la **Directive Accès**).

¹⁵ Article 8, §2 de la Directive Cadre.

réglementation ex ante que lorsqu'il n'y a pas de concurrence efficace et durable, et [doit] suspendre ou supprimer celles-ci dès que cette condition est satisfaite »¹⁶.

18. Concernant plus spécifiquement les télécommunications, la Commission européenne indique explicitement que des obligations sur un marché de gros ne se justifient que dans la mesure où il existe des problèmes de concurrence sur le marché de détail correspondant, et uniquement tant que ces problèmes ne sont pas résolus :

« S'agissant d'effectuer une analyse de marché en vertu de l'article 16 de la directive 2002/21/CE, il conviendrait de le faire selon une approche prospective en partant des conditions de marché existantes. L'analyse devrait consister à déterminer si le marché est potentiellement concurrentiel et si une éventuelle absence de concurrence effective est susceptible de persister, en tenant compte de l'évolution du marché escomptée ou prévisible.

Si le marché de détail concerné n'est pas effectivement concurrentiel dans une perspective d'avenir en l'absence de réglementation ex ante, 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. Lors de l'analyse des limites des marchés de gros pertinents correspondants et de la puissance qui s'y exerce afin de déterminer si ces marchés sont effectivement concurrentiels, il conviendrait de prendre en compte les pressions concurrentielles directes et indirectes, que ces pressions résultent de réseaux de communications électroniques, de services de communications électroniques ou de tout autre type de services ou d'applications, qui soit comparable du point de vue de l'utilisateur final. En revanche, si le marché de détail concerné est effectivement concurrentiel dans une perspective d'avenir en l'absence de réglementation ex ante sur les marchés de gros pertinents correspondants, cela devrait conduire l'autorité réglementaire nationale à conclure que la réglementation n'est plus nécessaire au niveau de gros. Dans ce cas, les marchés de gros pertinents correspondants devraient être analysés en vue du retrait de la réglementation ex ante. Si les marchés de gros sont verticalement liés dans la chaîne d'approvisionnement, le marché de gros à analyser en premier est celui qui est le plus en amont du marché de détail en question. »¹⁷

¹⁶ Directive Cadre, article 8, §5, f).

¹⁷ Recommandation de la Commission européenne de 2014 sur les marchés pertinents, points 9 et 10 (nous soulignons).

19. Or, il est impossible de respecter l'objectif de promotion de la concurrence et les principes de proportionnalité et de nécessité dans la poursuite de cet objectif si on ne procède qu'à une analyse incomplète du marché de détail. L'existence d'une concurrence effective sur un marché se détermine par rapport à ce marché : si une définition du marché est laissée ouverte, ou est approximative, il est impossible d'identifier l'ensemble des acteurs exerçant des contraintes concurrentielles sur ce marché. Par conséquent, le Régulateur risque de sous-estimer le niveau réel de concurrence sur le marché, d'identifier un problème de concurrence qui n'existe pas (ou qui est différent de ce que le Régulateur croit identifier) et d'imposer des obligations là où ce n'est ni nécessaire ni proportionné de le faire.

Il s'agit d'un principe bien établi du droit de la concurrence depuis au moins vingt ans : on ne peut pas parler de problème de concurrence tant qu'on ne connaît pas les contours du marché concerné :

« Le marché en cause dans le cadre duquel il convient d'apprécier un problème donné de concurrence est [...] déterminé en combinant le marché de produits et le marché géographique. »¹⁸

20. Le Régulateur ne peut donc se dispenser d'une analyse du marché de détail et celle-ci doit être exhaustive. En effet, c'est de l'existence de problèmes de concurrence sur le marché de détail que dépend la nécessité d'imposer des obligations sur le marché de gros. Or, des problèmes de concurrence ne peuvent être détectés que si le marché a été complètement et correctement défini et si toutes les contraintes concurrentielles ont été prises en compte¹⁹.

21. Notons que ces principes sont repris dans le décret coordonné sur les services de médias audiovisuels, qui précise :

« Si le Collège d'autorisation et de contrôle conclut qu'un marché pertinent est effectivement concurrentiel, il n'impose ni ne maintient aucune des obligations visées aux articles 95 à 95sexies. Dans le cas où des obligations réglementaires sectorielles sont déjà appliquées, le Collège d'autorisation et de contrôle supprime ces obligations imposées aux entreprises sur ce marché pertinent. Il informe les parties concernées par cette suppression d'obligation dans un délai approprié. »²⁰

22. De même, la loi du 5 mai 2017 relative aux services de médias audiovisuels en région bilingue de Bruxelles-Capitale dispose que :

¹⁸ 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 9.

¹⁹ Ce qui, on le verra, n'est pas le cas dans le Projet de décision – voir sections 3.2 et 3.3 ci-dessous.

²⁰ Décret coordonné sur les services de médias audiovisuels, article 91, §2.

« Si l'Institut [...] conclut qu'un marché pertinent est effectivement concurrentiel, il n'impose ni ne maintient une quelconque des obligations visées aux articles 47 à 53. »²¹

23. Il est donc illogique et illégal d'écrire, comme le fait le Régulateur, que :

« Pour les besoins de la présente décision, la question de la dimension géographique [des marchés des services de radiodiffusion télévisuelle de détail et du haut débit sur réseau fixe pour les clients résidentiels et non résidentiels] peut rester ouverte »²²

24. Une définition de marché ne peut rester ouverte que si elle n'a, *in fine*, aucune incidence sur la conclusion du raisonnement. Or, en l'occurrence, le Régulateur n'a pas démontré que toutes les définitions géographiques envisageables aboutissaient à la même conclusion en termes de présence ou non d'une concurrence effective sur le marché de détail. Le Régulateur se contente d'écrire, tant au sujet de la radiodiffusion télévisuelle que du haut débit, 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 »²³, sans justifier ce point d'une quelconque manière.

25. Or, selon que le marché suit géographiquement les limites du réseau de chaque câblo-opérateur ou est de dimension régionale ou nationale, le nombre d'opérateurs présents sur le marché varie énormément et, par cela même, la pression concurrentielle sur le marché. Il est évident que l'inclusion ou non d'un opérateur aussi important que Telenet dans la définition du marché où sont actifs des opérateurs plus modestes tels que Nethys et Brutélé a un impact décisif sur l'analyse concurrentielle et par conséquent sur le besoin ou non d'imposer des obligations réglementaires.

26. Ce point est crucial et mérite d'être souligné : si le Régulateur ne définit pas un marché, il ne peut identifier les acteurs présents sur ce marché et ne peut donc pas non plus déterminer s'il existe une concurrence effective sur ce marché et, dès lors, s'il convient ou non de réguler ce marché (ou un quelconque marché en amont). Il ne suffit pas d'estimer, comme le fait le Régulateur, que les prix du marché de détail sont trop élevés : il lui faut démontrer que le niveau de prix soi-disant trop élevé est dû à un problème de concurrence.

27. À défaut, le Régulateur risque d'intervenir sur des marchés concurrentiels où les différents opérateurs investissent dans leurs réseaux ou dans du marketing, de la

²¹ Article 44, §2 de la loi du 5 mai 2017 relative aux services de médias audiovisuels en région bilingue de Bruxelles-Capitale, *M.B.*, 23 mai 2017, p. 58970.

²² CSA, para. 303; IBPT, para. 251.

²³ CSA, para. 300; IBPT, para. 248.

publicité, des offres commerciales, etc. avec la conséquence d'une augmentation des prix de certains d'entre eux (comme il sera expliqué ci-après, cela ne concerne pas les prix de Nethys et de Brutélé qui sont particulièrement bas par rapport à ceux de leurs concurrents – voir section 4).

3.2 Définition du marché de produits

3.2.1 Inclusion erronée de la télévision analogique dans le marché de produits

28. Le Régulateur estime que « *d'un point de vue prospectif et dynamique, les services de radiodiffusion télévisuelle analogique et numérique par le câble sont substituables du côté de la demande (dans une seule direction)* » et en conclut que « *les offres de télévision analogique et numérique appartiennent au même marché de produits* »²⁴.

29. Or, une substituabilité dans une seule direction ne constitue pas une substituabilité de nature à inclure deux produits dans un même marché (section (A)). En outre, l'analyse faite par le Régulateur n'est malheureusement ni dynamique, ni prospective (section (B)).

(A) Absence de substituabilité entre télévision analogique et télévision numérique au sens du droit de la concurrence

30. Le Régulateur semble se satisfaire d'une substituabilité dans une seule direction pour conclure que la télévision analogique doit être intégrée au marché de la télévision numérique. Or, le droit européen de la concurrence n'admet pas qu'une substituabilité « à sens unique » suffise à définir un marché. Comme l'a écrit la Commission européenne :

*« Un marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et l'usage auquel ils sont destinés »*²⁵

Il n'est nulle part précisé qu'une demi-substituabilité, comme celle qui s'observe entre la télévision numérique et la télévision analogique, suffit à établir un marché de produits. À vrai dire, une substituabilité dans une seule direction n'est pas une « substituabilité » : il s'agit plutôt d'une migration.

31. Le Tribunal de l'Union européenne a eu l'occasion d'établir, à propos de services de communications électroniques, qu'une telle migration d'un produit ou service à un autre n'était pas indicative de l'appartenance de ces deux

²⁴ CSA, para. 212.

²⁵ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JO 1997, C 372), p. 5, point 7.

produits/services à un même marché. En effet, après avoir noté une « *différence de performances [...] significative* » et un « *écart de prix important* » entre le haut et le bas débit²⁶, ce que le Régulateur a également noté concernant la télévision analogique et la télévision numérique²⁷, le Tribunal indique :

« S'agissant du degré de substituabilité, il y a lieu de rappeler, outre la jurisprudence [...], les éléments d'appréciation énoncés par la Commission dans sa communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence [...].

Selon cette communication, l'appréciation de la substituabilité de la demande entraîne une détermination de l'éventail des produits perçus comme substituables par le consommateur. Une façon de procéder à cette détermination peut être envisagée comme un exercice mental présupposant une variation légère, mais durable, des prix relatifs et évaluant les réactions probables des clients. Au point 17 de cette communication, la Commission précise que « [l]a question posée est de savoir si les clients des parties se tourneraient vers des produits de substitution facilement accessibles [...] en cas d'augmentation légère (de 5 à 10 %), mais permanente, des prix relatifs des produits considérés dans les territoires concernés ».

Dans [la décision attaquée], la Commission admet certes que le bas débit et le haut débit présentent un certain degré de substituabilité. Elle ajoute cependant [...] que celle - ci fonctionne de manière profondément asymétrique, les migrations de clients d'offres de haut débit vers des offres de bas débit seraient infimes par rapport aux migrations dans l'autre sens. Or, selon la Commission, si les produits étaient parfaitement substituables du point de vue de la demande, les taux de migration devraient être, sinon identiques, du moins d'un ordre de grandeur comparable.

À cet égard, force est de constater [...] que les taux de migration des abonnés au haut débit vers les offres intégrales de bas débit étaient très faibles à l'époque visée, malgré la différence de prix entre ces services, qui aurait dû inciter de nombreux internautes à se reporter vers le bas débit. Cette forte disproportion dans les taux de migration entre haut et bas débit et inversement n'accrédite pas la thèse de l'interchangeabilité de ces services aux yeux des consommateurs.

²⁶ Arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 30 janvier 2007, *France Télécom c. Commission*, affaire T-340/03, para. 84.

²⁷ Concernant les prix, le Régulateur a noté qu'ils coïncidaient entre télévision numérique et analogique mais que « [d]u fait de la location d'un décodeur numérique, les prix des offres numériques sont toutefois plus élevés de 8 à 12 euros par mois par rapport aux offres de télévision analogique » (CSA, para. 203).

Dans la requête, WIN n'a, de plus, avancé aucun élément précis remettant cette analyse en cause.

Il s'avère, en second lieu, qu'un sondage [...] montre que, en cas d'augmentation du prix du haut débit de l'ordre de 5 à 10 %, 80 % des abonnés au haut débit conserveraient leur abonnement. Or, en application du point 17 de la communication de la Commission sur la définition du marché aux fins du droit communautaire de la concurrence [...], ce pourcentage élevé d'abonnés qui n'abandonneraient pas le haut débit en cas d'augmentation du prix de 5 à 10 % constitue un fort indice d'absence de substitution du côté de la demande.

En conséquence, sur la base de l'ensemble des éléments qui précèdent, il y a lieu de considérer que c'est à bon droit que la Commission a conclu à l'absence de degré suffisant d'interchangeabilité entre le haut débit et le bas débit et a défini le marché en cause comme celui de l'accès à Internet à haut débit pour la clientèle résidentielle. »²⁸

32. L'analyse de la Commission européenne, confirmée par le Tribunal dans cet arrêt, est entièrement transposable à la « substituabilité en sens unique » existant entre la télévision analogique et la télévision numérique :

- Tout comme la substituabilité entre le bas débit et le haut débit, celle qui existe entre la télévision analogique et la télévision numérique est « *profondément asymétrique* », ce que le Régulateur reconnaît puisqu'il parle de substituabilité « *dans une seule direction* »²⁹.
- Dans l'affaire citée ci-dessus, un sondage avait indiqué qu'une grande majorité des abonnés au haut débit conserveraient leur abonnement en cas d'augmentation de 5 à 10% du prix de celui-ci. Or, concernant la télévision, le Régulateur parvient au même constat puisqu'il écrit que « *les spectateurs de la télévision numérique attachent de l'importance aux avantages de la télévision numérique et [...] il est peu probable qu'ils fassent marche arrière pour ne plus recevoir que la télévision analogique* »³⁰. Cela ressort également de l'étude de marché de 2016 de l'IBPT, qui précise que « *[l]'une des raisons principales de ne pas envisager la transition à la télévision analogique*

²⁸ Arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 30 janvier 2007, *France Télécom c. Commission*, affaire T-340/03, paras 86-91 (nous soulignons). Le pourvoi intenté contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de justice (arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 2 avril 2009, *France Télécom c. Commission*, affaire C-202/07 P).

²⁹ CSA, para. 208.

³⁰ CSA, para. 201.

uniquement est le nombre limité de chaînes de télévision, la qualité de l'image et/ou du son et la difficulté d'enregistrer des émissions »³¹.

- Tout comme dans l'affaire citée ci-dessus, les prix de la télévision analogique sont plus faibles que ceux de la télévision numérique (en raison de l'absence de nécessité de louer un décodeur), ce qui aurait dû, si la télévision analogique appartenait au même marché que la télévision numérique, inciter de nombreux utilisateurs à se reporter vers la télévision analogique. Or, ce n'est pas le cas, tout comme les utilisateurs du haut débit ne se reportent pas vers le bas débit malgré les prix plus attractifs de ce dernier.

33. En outre, le fait que Brutélé, Nethys et Telenet offrent automatiquement des services de télévision analogique avec leur offre numérique ne permet pas de conclure, comme le fait pourtant le Régulateur, qu'« *il existe un certain degré d'utilisation complémentaire entre la télévision numérique et la télévision analogique* »³². En réalité, les consommateurs n'utilisent pas la télévision analogique en complément. Si, dans le passé, la télévision analogique pouvait être utilisée pour le deuxième écran de télévision au sein d'un ménage, ce n'est plus le cas aujourd'hui, car ce deuxième écran est devenu un écran d'ordinateur ou une télévision disposant d'un service OTT, ou permettant au ménage de regarder des films en « streaming » ou préalablement téléchargés sur Internet. Au vu de la différence de performances et de qualité entre les deux services (que reconnaît le Régulateur³³), ce devrait plutôt être l'inverse.

34. C'est d'ailleurs également ce que dit le Régulateur lorsqu'il explique que « *[l]'étude de marché de 2016 de l'IBPT montre que 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* »³⁴.

L'étude de Profacts montre même que cette « *grande majorité* » est en réalité une majorité écrasante : en Belgique, 95% des téléspectateurs disposant à la fois de la télévision analogique et de la télévision numérique regardent principalement ou exclusivement la télévision numérique³⁵.

35. L'IBPT résume lui-même la situation, en gras et en encadré, dans la dernière édition de son étude annuelle sur les communications électroniques³⁶ :

³¹ CSA, para. 206

³² CSA, para. 197.

³³ CSA, para. 199.

³⁴ CSA, para. 201.

³⁵ Étude Profacts, p. 18.

³⁶ IBPT, « *Situation du marché des communications électroniques* », 2017 (année 2016), p. 6.

90 % du nombre total de raccordements à la télévision est numérique.

36. Ce raisonnement est, par ailleurs, confirmé par la popularité croissante des offres de Proximus, qui est le véritable bénéficiaire de l'ouverture du câble. Comme il sera expliqué ci-dessous (section 4), Proximus est devenu un opérateur de télévision bien plus important que Nethys ou Brutélé. Au regard de la croissance constante des parts de marché de Proximus depuis de nombreuses années, il ne fait aucun doute que ce constat se confirmera encore dans les années à venir. Or, Proximus n'offre pas de télévision analogique à ses clients. Si la télévision analogique était, comme le prétend le Régulateur, « *complémentaire* » à la télévision numérique, les consommateurs opteraient pour des offres leur permettant de disposer également de ce service, à savoir les offres de Brutélé, de Nethys et de Telenet. Notons à cet égard que le prix ne peut être un obstacle, puisque ceux de Nethys et de Brutélé sont particulièrement compétitifs par rapport à ceux de Proximus (voir ci-dessous, section 4.3).

37. Par conséquent, rien n'explique que le Régulateur ne respecte pas la jurisprudence selon laquelle une substituabilité asymétrique ne permet pas d'établir l'appartenance à un même marché. Le Régulateur ne justifie pas son non-respect de la jurisprudence du Tribunal de l'Union européenne, à laquelle il ne fait même pas référence. Le raisonnement du Régulateur est dès lors entaché d'illégalité.

(B) L'analyse que fait le Régulateur de l'impact concurrentiel de la télévision analogique n'est pas prospective mais rétrospective

38. Le Régulateur indique que la « *tendance générale du marché vers la télévision numérique par le câble [...] s'est confirmée ces dernières années, comme l'illustre la figure ci-dessous* »

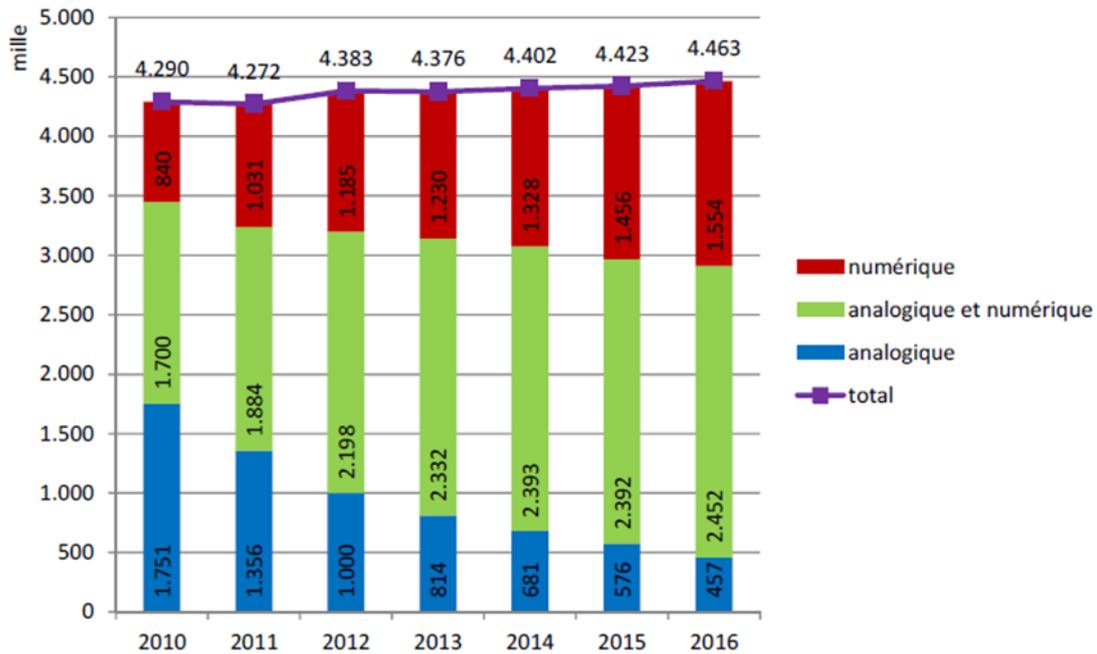


Figure 1 : Évolution du nombre total de raccords sur le marché national de la radiodiffusion (télévision analogique + numérique)³⁷

39. Outre le fait que le Régulateur semble n’inclure dans son analyse que la télévision par le câble (ce qui pose la question de savoir si le graphique ci-dessus inclut ou non Proximus), ce qui frappe dans l’analyse du Régulateur c’est que toutes les données recueillies montrent une diminution forte de l’intérêt que portent les consommateurs à la télévision analogique. Le tableau ci-dessus est parlant : la chute du nombre de clients souscrivant à la télévision analogique est à la fois marquée et constante. Comme l’écrit le Régulateur, « [l]e nombre de clients achetant uniquement la télévision analogique a diminué de 1.750.713 clients en 2010 à 457.442 clients en 2016 (10%) »³⁸. Quant aux clients qui achètent la télévision numérique, ils sont passés « de 2.539.000 clients en 2010 (59% du nombre total de clients de la radiodiffusion) à 4.005.658 clients en 2016 (90% du nombre total de clients de la radiodiffusion) »³⁹.

Comment, au regard de tels chiffres, le Régulateur peut-il estimer que la télévision analogique présente encore le moindre avantage concurrentiel pour un opérateur tout en prétendant opérer une analyse « prospective » ?

40. La Commission européenne ne semble pas non plus approuver l’inclusion de la télévision analogique dans la définition du marché. En effet, le 5 février 2016, dans

³⁷ CSA, para. 194, figure 5; IBPT, para. 416, figure 68.

³⁸ CSA, para. 196.

³⁹ CSA, para. 195.

ses commentaires relatifs au projet de décision portant sur les tarifs de gros (adopté par la CRC le 19 février 2016), la Commission écrivait déjà :

« 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.

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 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 à fournir de la TV analogique. »⁴⁰

41. Il n'est pourtant pas impossible de tenir compte d'évolutions prévisibles et d'en déduire les conclusions qui s'imposent. Déjà en 2011, l'OPTA (prédécesseur de l'ACM aux Pays-Bas) a conclu à la diminution de l'avantage procuré par l'offre analogique, notant qu'à la mi-2011, « seuls 28% [des ménages] ont uniquement la télévision analogique et [que] cette tendance [à la baisse] se poursuit »⁴¹. Il est à noter que l'OPTA a décidé de ne pas réguler la radiodiffusion, estimant qu'une telle régulation ne se justifiait pas, et cela alors que la situation de la radiodiffusion télévisuelle aux Pays-Bas est très comparable à celle de la Belgique⁴².

42. Il est dès lors incompréhensible que, alors que le pourcentage de ménages exclusivement abonnés à la télévision analogique en Belgique est, à l'heure actuelle, trois fois moindre [CONFIDENTIEL] de ce qu'il était aux Pays-Bas au moment où l'OPTA s'est prononcé, le Régulateur écrit encore que « la fonctionnalité analogique peut offrir un avantage concurrentiel »⁴³. C'est d'autant plus ahurissant que l'on constate, sur tous les graphiques présentés par le Régulateur, que Proximus gagne

⁴⁰ Avis de la Commission concernant l'affaire BE/2016/1829: marchés de détail de la transmission de signaux de radiodiffusion et de l'accès aux réseaux de radiodiffusion en Belgique - mesures correctrices, observations formulées conformément à l'article 7, paragraphe 3, de la directive 2002/21/CE, 5 février 2016, pp. 9-10 (nous soulignons).

⁴¹ OPTA 2011, para. 6, p. 4.

⁴² En particulier, les Pays-Bas disposent, comme la Belgique, d'une infrastructure câblée étendue qui permet d'offrir des services de télévision à partir de deux types de réseau (le réseau DSL et le câble).

⁴³ CSA, para. 362. Voir également CSA, paras 213.3 et 213.4.

sans cesse des parts de marché en matière de télévision et cela sans offrir de télévision analogique.

43. Cette surestimation de l'impact de la technologie analogique est d'autant plus grave que le Régulateur est tenu par le cadre réglementaire européen de mener une analyse de type prospectif :

« S'agissant d'effectuer une analyse de marché en vertu de l'article 16 de la directive 2002/21/CE, il conviendrait de le faire selon une approche prospective en partant des conditions de marché existantes. L'analyse devrait consister à déterminer si le marché est potentiellement concurrentiel et si une éventuelle absence de concurrence effective est susceptible de persister, en tenant compte de l'évolution du marché escomptée ou prévisible »⁴⁴

44. Il est incompatible avec une analyse prospective de considérer qu'une technologie aussi clairement dépassée que l'analogique (comme en atteste la migration constante de ses utilisateurs) peut constituer un avantage concurrentiel tout en excluant du marché les vraies contraintes concurrentielles auxquelles fait face la télévision numérique, à savoir l'offre « *over-the-top* » (OTT) (voir section 3.2.2 ci-dessous).

(C) Conclusion concernant l'inclusion de la télévision analogique dans le marché pertinent

45. L'inclusion de la télévision analogique dans le marché pertinent fausse l'ensemble de l'analyse du Régulateur concernant le marché de détail.

46. Le Régulateur ignore en effet ses propres données lorsqu'il écrit :

« [U]ne conclusion différente (à savoir que les offres de télévision analogique et numérique ne feraient pas partie du même marché de produits) n'aurait pas d'impact significatif sur les conclusions de l'analyse concurrentielle du marché de la radiodiffusion »⁴⁵

47. En effet, le Régulateur ignore volontairement les données relatives à Nethys et à Brutélé lorsqu'il écrit que « *la distribution des parts de marché n'est pas significativement différente selon que les offres de télévision analogique sont incluses ou non dans le marché* »⁴⁶. Si l'on n'inclut pas la télévision analogique dans

⁴⁴ Recommandation de la Commission sur les marchés pertinents, point 9 ; point 20 des lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et services de communications électroniques (2002/C 165/03).

⁴⁵ CSA, para. 213.

⁴⁶ CSA, para. 213.1.

le marché pertinent, le premier fournisseur de services de télévision en Wallonie et à Bruxelles est sans conteste Proximus, et cela même si l'on se base sur la délimitation géographique retenue sans fondement et sans la qualifier de « définition » par le Régulateur (voir section 3.3 ci-dessous).

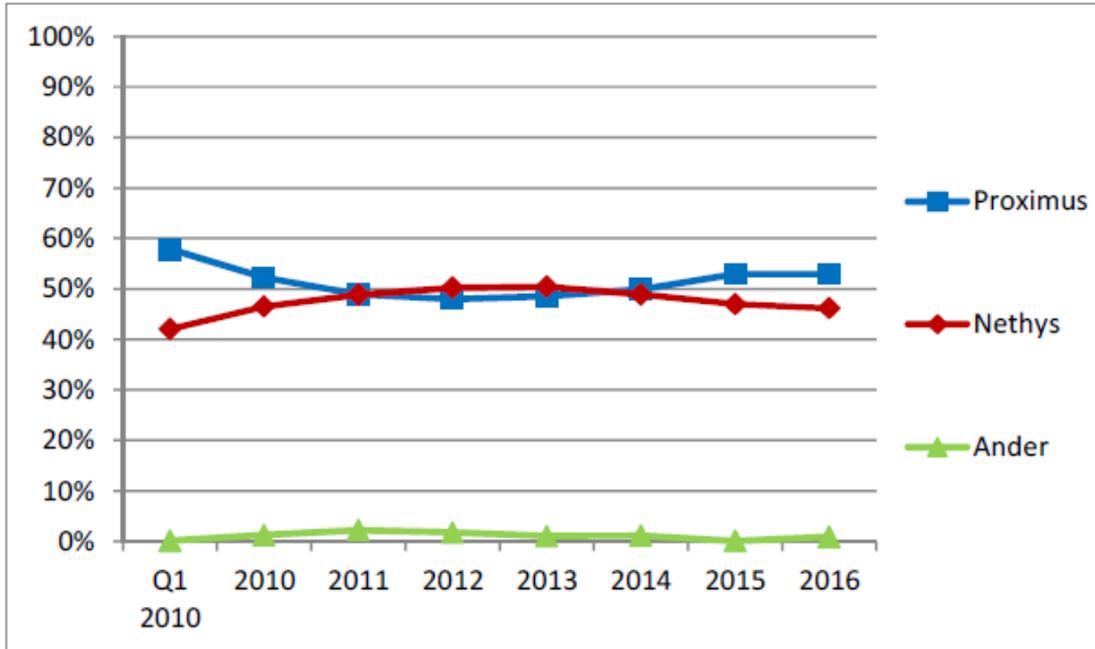


Figure 2 : Parts de marché de la télévision numérique dans la zone câblée de Nethys⁴⁷

48. Ces données figurent dans le Projet de décision du Régulateur et montrent que, selon que le Régulateur inclut ou non l'offre analogique dans le marché pertinent, Nethys et Brutélé voient leurs parts de marché passer ou non sous celles de Proximus. Et même en définissant le marché comme intégrant à la fois la télévision numérique et la télévision analogique, les données du Régulateur montrent clairement que Proximus va, à court ou à moyen terme, prendre le leadership incontesté sur le marché – ce que, à nouveau, le Régulateur semble ignorer dans son analyse rétrospective.

⁴⁷

CSA, para. 320.

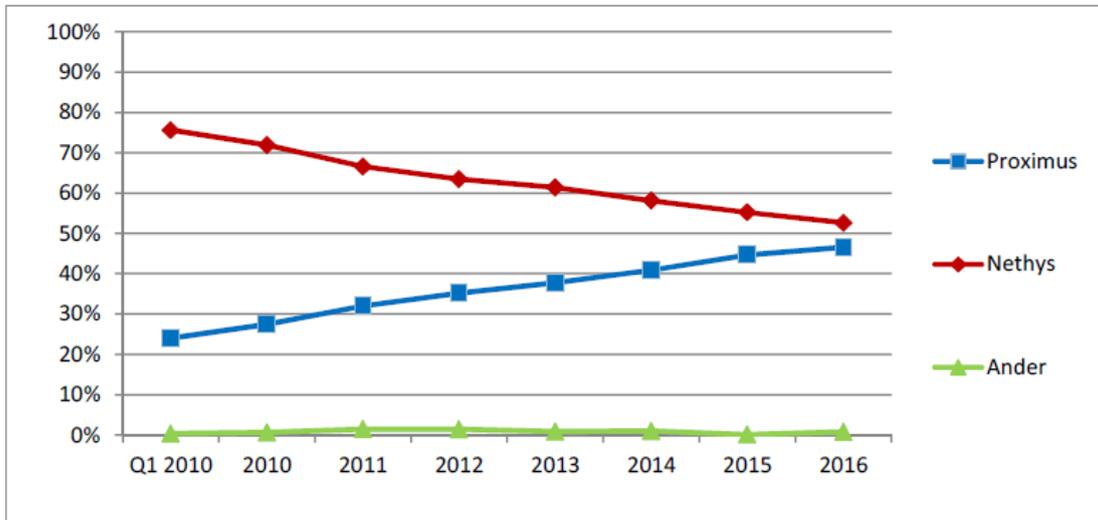


Figure 3 : Parts de marché télévision (analogique + numérique) dans la zone câblée de Nethys⁴⁸

49. Le constat est le même concernant Brutélé :

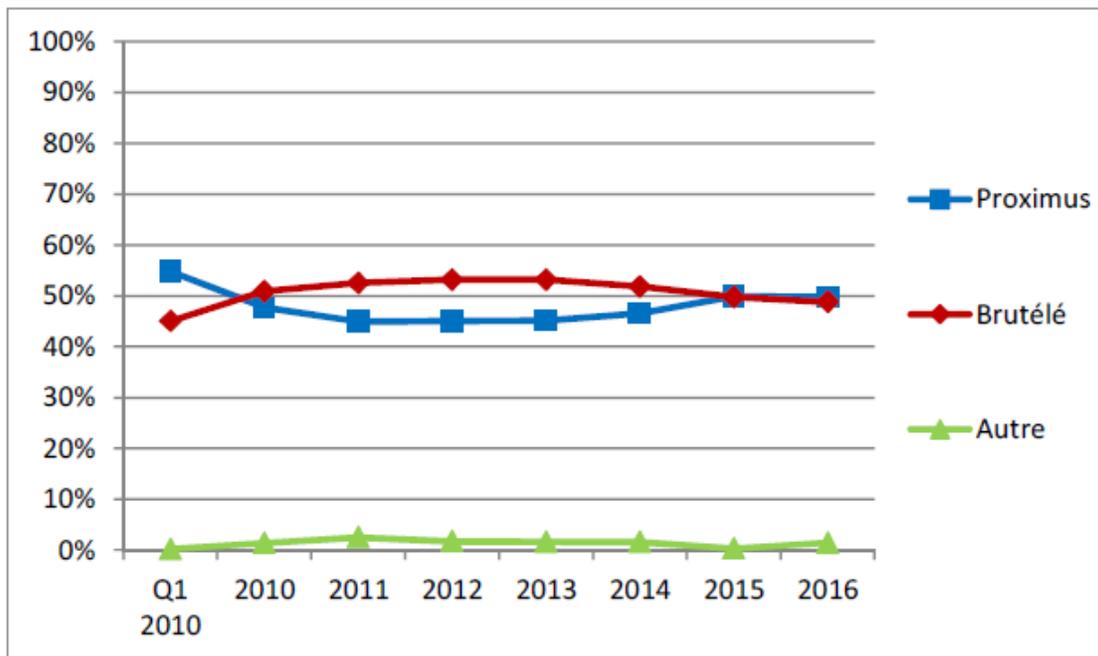


Figure 4 : Parts de marché de la télévision numérique dans la zone câblée de Brutélé⁴⁹

⁴⁸ CSA, para. 320.

⁴⁹ CSA, para. 317, figure 7 ; IBPT, para. 539, figure 77.

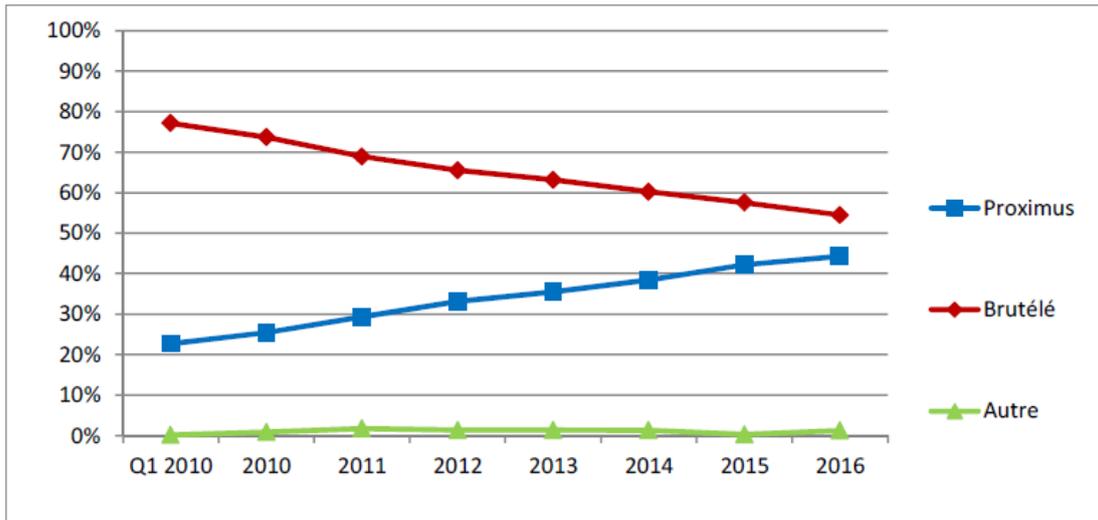


Figure 5 : Parts de marché télévision (analogique + numérique) dans la zone câblée de Brutélé⁵⁰

50. Ces données seront plus amplement analysées ci-dessous (section 4). Elles démontrent en tous cas une évidence que le Régulateur semble vouloir ignorer, à savoir que la définition d'un marché a un impact direct et déterminant sur les parts de marché des entreprises qui y sont actives et par conséquent sur l'analyse concurrentielle de ce marché.

3.2.2 Exclusion et sous-estimation de l'offre OTT

51. Le Régulateur estime que « *les offres linéaires OTT et les offres de télévision numérique par le câble n'appartiennent pas au même marché* »⁵¹.

52. Ce faisant, le Régulateur semble totalement ignorer les résultats du test de substituabilité qu'il cite lui-même : « *[p]armi les téléspectateurs, 25% envisageraient de ne plus regarder la télévision que par Internet en cas d'augmentation tarifaire de 10%* »⁵². Cette augmentation de 10% correspond au test établi par la Commission pour déterminer si un produit ou un service doit être inclus dans un marché pertinent (test SSNIP) :

« La question posée 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

⁵⁰ CSA, para. 317, figure 13 ; IBPT, para. 539, figure 76.

⁵¹ CSA, para. 276.

⁵² CSA, para. 161.

augmentation de prix, des produits de substitution et des territoires supplémentaires sont intégrés dans le marché en cause. »⁵³

Dans le cas des services OTT, une perte d'un client sur quatre rend très peu probable le fait que cette augmentation de prix soit profitable pour un opérateur de télévision traditionnelle. Par conséquent, le test SSNIP est rempli : contrairement à ce qu'écrit le Régulateur⁵⁴, les services OTT ne sont pas un complément mais un substitut aux services de télévision numérique et les services OTT font bien partie du même marché que la télévision numérique.

53. L'analyse pourrait s'arrêter ici, le test de substituabilité étant rempli. Dans un souci d'exhaustivité, Nethys et Brutélé ajouteront néanmoins quelques remarques supplémentaires.

54. Premièrement, le Régulateur note que « [l]a télévision par Internet est surtout populaire auprès des jeunes : 47% des jeunes entre 18 et 29 ans regardent régulièrement la télévision via Internet »⁵⁵. Or, cette constatation est importante : cette population de jeunes peut espérer vivre encore de nombreuses années et son poids dans les données de visionnage de la télévision va donc s'accroître dans les années à venir. En outre, cette génération est en âge d'avoir des enfants, qui vont à leur tour s'inspirer des habitudes de consommation de leurs parents. Le Régulateur ne peut, dans le cadre d'une analyse prospective, ignorer ce phénomène.

55. De la même manière, écrire que « la part des services spécialisés fournis par les OTT dans le volume global des vidéos est très limitée »⁵⁶ a peu d'incidence dans le cadre de l'analyse prospective que le Régulateur devrait mener : qu'en est-il des tendances ? À nouveau, le Régulateur procède à une photographie du paysage audiovisuel plutôt qu'à une analyse dynamique.

56. Le Régulateur écrit aussi que « malgré l'apparition de services de télévision non linéaire tels que la vidéo à la demande et le streaming de films et de vidéos, la télévision traditionnelle se maintient »⁵⁷, comme s'il s'agissait d'une preuve du caractère non substituable de la télévision traditionnelle et des services OTT. Au contraire : des services substituables ne sont pas des services dont l'un des deux disparaît au profit de l'autre (ce qui constitue une migration et non une substituabilité – voir section 3.2.1 à propos de la télévision analogique). Des services substituables sont des services qui coexistent et dont l'un à la faveur des utilisateurs si l'autre voit son prix augmenter.

⁵³ 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.

⁵⁴ CSA, para. 172.

⁵⁵ CSA, para. 161.

⁵⁶ CSA, para. 170.

⁵⁷ CSA, para. 163.

57. Notons au passage que le raisonnement du Régulateur s'appuie sur « *les habitudes en matière de télévision du Flamand* »⁵⁸, ce qui montre une fois encore que la « recommandation » du Régulateur en faveur d'une définition géographique du marché de détail de la télévision selon les limites du réseau de chaque câblo-opérateur n'a aucun fondement ni aucune crédibilité, même pour le Régulateur (voir section 3.3 ci-dessous). Sinon pourquoi citer une étude portant sur la Flandre dans un Projet de décision concernant le réseau de Nethys ou celui de Brutélé ?

58. En outre, le Régulateur fait complètement l'impasse dans son raisonnement sur le développement massif que connaissent actuellement les services OTT, qui font peser sur les services de télévision classique une contrainte concurrentielle croissante.

Ainsi, le quotidien économique L'Écho annonçait encore récemment que « *le géant technologique Apple veut produire des séries télévisées* » et vient de déployer pour ce faire un budget d'un milliard de dollars⁵⁹.

L'objectif d'Apple est de proposer du contenu « *du niveau de « Game of Thrones »* », la série à succès d'HBO, afin de compenser sa perte de vitesse par rapport aux autres acteurs OTT : d'après L'Écho, qui cite le quotidien français Le Figaro, « *« [e]ntre 2012 et aujourd'hui, la location de films ou de séries sont passés de 50% à 35% des revenus d'iTunes. » C'est que Netflix et Amazon Prime sont passés par là* »⁶⁰.

En effet, Apple est loin d'être la seule entreprise à avoir compris le potentiel de développement des services OTT :

« *À titre comparatif, notons qu'HBO, la chaîne à l'origine de [la série à succès Game of Thrones], dépenserait 2 milliards de dollars par an pour ses productions. Chez Netflix, le budget de production est passé de 2 à 6 milliards de dollars annuellement. Quant à Amazon Prime Video, un milliard représente la somme investie pour le lancement du service* »⁶¹.

Le 8 septembre 2017, le géant des médias sociaux Facebook a annoncé qu'il rejoindrait la tendance en consacrant un budget d'un milliard de dollars au cours de l'année 2018 en programmation originale⁶². Mention doit également être faite de la plateforme Hulu qui compte pas moins de 22 séries originales à son actif.

⁵⁸ CSA, para. 163.

⁵⁹ L'Écho, « *Apple veut produire des séries télévisées* », article du 17 août 2017.

⁶⁰ L'Écho, « *Apple veut produire des séries télévisées* », article du 17 août 2017.

⁶¹ L'Écho, « *Apple veut produire des séries télévisées* », article du 17 août 2017.

⁶² Wall Street Journal, « *Facebook Is Willing to Spend Big in Video Push* », article du 8 septembre 2017.

Les ambitions des entreprises susmentionnées pour l'année à venir confirment plus encore la nécessité de prendre les services OTT en considération, très certainement dans le cadre d'une analyse prospective. Netflix se targue de vouloir investir près de 7 milliards de dollars en contenu audiovisuel en 2018. Amazon ne pâlit pas en comparaison. Un budget de 4,5 milliards de dollars est annoncé par ce géant du commerce électronique pour ce même poste.

59. En Belgique, Medialaan a annoncé récemment le lancement de son propre service OTT payant, Stievie Premium. Medialaan vise ainsi les « *cordcutters* », les « coupeurs de câble », à savoir la génération de téléspectateurs qui préfère les contenus télévisuels sur Internet à la télévision traditionnelle⁶³, au détriment des opérateurs traditionnels de télévision :

« Nous voulons ainsi proposer une offre complète de service de télévision pour la génération Internet », explique Herbert Vanhove, directeur Mobile chez Medialaan. Mais en s'adressant aux coupeurs de câbles, Medialaan se positionne plus clairement sur le territoire de distributeurs traditionnels tels que Telenet »⁶⁴

60. La réaction de Telenet est également intéressante : à l'annonce du lancement de Stievie Premium, Telenet a expliqué :

« Stievie est déjà actif sur le marché depuis longtemps. L'offre en ligne croît, mais nous voulons coupler tous ces services et les proposer au téléspectateur »⁶⁵.

61. Il semble donc que toutes ces entreprises – d'Apple à Medialaan en passant par Amazon et bien d'autres – ont compris ce que le Régulateur ignore complètement dans son Projet de décision, à savoir que l'avenir de la télévision numérique se joue, au moins en partie, sur Internet, et que les services OTT constituent pour la télévision numérique une contrainte concurrentielle forte dont l'importance ne fera que s'accroître dans les années à venir. À défaut de prendre en compte un phénomène aussi global et massif, l'analyse faite par le Régulateur ne peut être considérée comme prospective.

62. Enfin, concernant l'analyse de la substituabilité du côté de l'offre, le Régulateur note qu'« [u]n opérateur qui ne propose pas de services de

⁶³ De Tijd, « *Medialaan bouwt tv-wereld zonder kabel* », article du 22 août 2017.

⁶⁴ De Tijd, « *Medialaan bouwt tv-wereld zonder kabel* », article du 22 août 2017. Traduction libre du texte original en néerlandais: “*We willen hiermee naar een volwaardig tv-aanbod voor de internet-generatie*”, stelt Herbert Vanhove, directeur Mobile bij Medialaan. Maar door die zet richting “*cordcutters*” waagt Medialaan zich nadrukkelijker op het terrein van traditionele distributeurs zoals Telenet”.

⁶⁵ De Tijd, « *Medialaan bouwt tv-wereld zonder kabel* », article du 22 août 2017. Traduction libre du texte original en néerlandais: “*Stievie is al langer actief op de markt. Het onlineaanbod groeit, maar wij willen dat overkoepelen en het tot bij de kijker brengen.*”

radiodiffusion non linéaire pourra adapter son offre à court terme et sans frais supplémentaires pour répondre aux exigences d'une offre de radiodiffusion télévisuelle linéaire [sic] »⁶⁶. Nethys et Brutélé supposent que cette phrase doit se comprendre comme signifiant qu'un opérateur linéaire peut facilement offrir des services non linéaires.

63. Toutefois, le Régulateur conclut que les services non linéaires (en ce compris les services OTT) ne sont pas substituables aux services de télévision traditionnels, étant donné qu'il « *n'existe [...] pas d'offre de gros qui permette à un opérateur de services de radiodiffusion non linéaire de proposer des services de radiodiffusion de manière linéaire. Les coûts pour investir dans une plateforme de télévision afin de prévoir une offre de télévision linéaire sont tels qu'elle ne peut pas être concrétisée à court terme* »⁶⁷.

64. Nethys et Brutélé notent que le raisonnement du Régulateur entre en contradiction flagrante avec son analyse de l'inclusion des services analogiques dans le marché. En effet, une substituabilité « à sens unique » suffit à faire entrer les services analogiques dans le marché de produits alors que les services OTT, dont la substituabilité est, elle aussi, « à sens unique », en sont exclus. À aucun moment le Régulateur ne justifie une telle différence de traitement.

65. Il importe dès lors que le Régulateur revoie de fond en comble son raisonnement afin de :

- Corriger les incohérences constatées ;
- L'aligner aux règles du droit de la concurrence ;
- Lui donner un caractère prospectif.

À défaut, le Régulateur risque d'adopter une décision d'analyse de marché entachée d'irrégularités.

3.2.3 Manque de motivation de l'exclusion des services de télévision gratuite du marché pertinent

66. Nethys et Brutélé notent que la motivation du Régulateur justifiant l'exclusion de la télévision gratuite du marché pertinent est très incomplète.

67. Ainsi, concernant la substitution du côté de la demande, le Régulateur écrit qu'« *il n'est pas plausible qu'un groupe suffisamment grand d'utilisateurs finals passent à la télévision gratuite en réaction à une augmentation tarifaire de la*

⁶⁶ CSA, para. 173.

⁶⁷ CSA, para. 174.

télévision payante »⁶⁸. Or, le Régulateur n'explique nulle part ce qu'il entend par « nombre suffisamment grand ».

68. En outre, le Régulateur tente de justifier son affirmation du « manque de plausibilité » de la substituabilité par l'affirmation selon laquelle le satellite, le DVB-T et les services OTT constituent des plateformes avec « chacune leurs propres caractéristiques » et que « par conséquent, les clients de la radiodiffusion y sont moins habitués qu'aux plateformes fournissant la télévision payante, à savoir le câble et l'IPTV »⁶⁹. Le Régulateur n'avance aucune donnée chiffrée et n'explique pas en quoi un « manque d'habitude » permet de conclure à une absence de substituabilité.

69. Le Régulateur fait également référence au « contenu de la télévision gratuite [qui] est très différent de celui de la télévision payante »⁷⁰. Toutefois, le Régulateur n'explique pas en quoi ces différences suffisent à exclure la télévision gratuite du marché. En particulier, le Régulateur ne compare pas le poids des chaînes « must have », disponibles uniquement sur la télévision payante, aux autres chaînes.

70. Quant à la justification du Régulateur concernant l'absence de substitution du côté de l'offre, elle est également très lacunaire, en ce qu'elle se concentre sur le fait que la télévision gratuite « implique un modèle économique très différent », sans expliquer en quoi cela empêcherait un opérateur de télévision payante d'offrir des services gratuits⁷¹.

71. Enfin, Nethys et Brutélé notent que le graphique présenté par le Régulateur à l'appui de son raisonnement concernant la substituabilité du côté de la demande est trompeur, en ce qu'il assimile l'ensemble des câblo-opérateurs en un « câble », comme s'il s'agissait d'un seul opérateur, alors que la catégorie « DSL », présentée comme moins importante que « câble », ne recouvre essentiellement que Proximus⁷². De cette manière, l'importance de Proximus est nettement sous-estimée et celle de câblo-opérateurs locaux tels que Nethys ou Brutélé est significativement surestimée. Cette pratique se retrouve dans d'autres sections du Projet de décision et est complètement indigne d'une analyse de marché qui se veut sérieuse et objective (voir section 4.2.1 ci-dessous).

3.2.4 Manque d'inclusion des offres groupées dans l'analyse concurrentielle

72. Le Régulateur indique que son Projet de décision « vise les marchés de la radiodiffusion télévisuelle et des offres groupées » et explique que cette « analyse conjointe des offres de radiodiffusion télévisuelle et des offres groupées est justifiée par leur convergence croissante, tant au plan technique (il est désormais possible de

⁶⁸ CSA, para. 184.

⁶⁹ CSA, para. 185.

⁷⁰ CSA, para. 186.

⁷¹ CSA, para. 191.

⁷² CSA, para. 182.

transporter tous types de données, voix, images sur un même réseau) qu'au plan commercial (les principaux opérateurs proposent des offres combinant haut débit et télévision, le cas échéant avec d'autres services comme la téléphonie fixe et mobile) »⁷³.

73. Cette convergence se confirme d'ailleurs dans les chiffres : selon les données du Régulateur, 73% des clients de la radiodiffusion télévisuelle achètent lesdits services dans le cadre d'une offre groupée⁷⁴.

74. Pourtant, cette convergence ne se retrouve aucunement dans le texte du Projet de décision. Au contraire, à la lecture du Projet de décision, on pourrait presque parler de divergence.

75. En effet, le Régulateur traite les offres groupées dans un chapitre complètement isolé de celui dédié au marché de détail, lequel inclut des données de la télévision *standalone*, comme si les offres groupées n'existaient pas. À l'inverse, le chapitre « *éventualité d'un marché des offres groupées* » contient des données qui n'incluent que les services vendus au sein d'offres groupées⁷⁵.

76. Ce faisant, le Régulateur ignore la contrainte concurrentielle existant entre les offres groupées et les services *standalone*. Pire, le Régulateur divise pour mieux régner : en divisant les données relatives à la télévision selon que celle-ci soit incluse ou non dans une offre groupée, le Régulateur augmente artificiellement la part de marché des opérateurs historiques tels que Nethys et Brutélé, qui offrent des services en *standalone* puisque, historiquement, c'était la règle. À l'inverse, les opérateurs plus récents tels que Proximus ou Orange Belgium n'offrent la télévision que dans le cadre d'offre groupées : lorsque ces opérateurs sont arrivés sur le marché, l'intérêt de lancer des produits *standalone* avait déjà nettement diminué au profit des offres groupées.

77. Plus fondamentalement, cette division du raisonnement du Régulateur entre, d'une part, télévision *standalone* et, d'autre part, offres groupées incluant des services de télévision, ne repose sur aucun raisonnement ni aucune justification. Le Régulateur ayant choisi de laisser ouverte la question de l'existence d'un marché des offres groupées⁷⁶, il est malvenu de traiter ces offres groupées comme formant un marché à part. En effet, contrairement à ce que soutient le Régulateur, l'existence d'un tel marché a bel et bien une influence sur les conclusions relatives aux marchés de détail et sur l'analyse des marchés de gros en amont qui a suivi.

⁷³ CSA, para. 2.

⁷⁴ CSA, para.100 et CSA, para. 335.

⁷⁵ CSA, para. 385 et suivants.

⁷⁶ CSA, para. 467 ; IBPT, para. 704.

78. De cette incohérence fondamentale résultent d'autres graves problèmes de raisonnement. Plus particulièrement, le Régulateur inclut dans son Projet de décision des données relatives aux « *volumes et parts de marché* » des offres groupées⁷⁷. Pourtant, à aucun moment le Régulateur n'a défini les contours de ce qu'il qualifie à présent de « marché ».

79. Du point de vue du marché de produits, le « marché » des offres groupées inclut-il toutes les offres groupées ou seulement certaines d'entre elles ? Quel est le lien entre les offres groupées incluant une composante télévisuelle et les autres (sachant qu'un tel lien doit exister puisque ces offres groupées ont des composantes communes, par exemple la téléphonie fixe ou mobile ou encore l'accès à Internet) ?

80. En ce qui concerne la définition géographique de ce « marché » des offres groupées, la situation est encore plus aberrante. Comme expliqué plus haut (et comme cela sera détaillé à la section 3.3 ci-dessous), le Régulateur ne s'est pas donné la peine de définir le marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle d'un point de vue géographique, se contentant d'exprimer une « recommandation », sans que l'on sache exactement quel poids juridique donner à cette « préférence ».

Cette négligence était déjà en soi contraire au droit de la concurrence et au cadre réglementaire européen.

En ce qui concerne les offres groupées, le Régulateur fait pire : sans aucune explication quant à la définition géographique du « marché » qu'il établit *de facto* en isolant les offres groupées des services *standalone*, le Régulateur se contente d'avancer des données « [a]u niveau national » et des données « [p]ar zone de couverture » (dont le texte laisse deviner qu'il s'agit en réalité de la zone de couverture des câblo-opérateurs, et non de Proximus)⁷⁸. Pourquoi ce choix ? Le Régulateur n'explique pas si la définition géographique du marché doit suivre celle des services de télévision (à savoir, pas de définition, mais en pratique une sorte de « recommandation » injustifiée du Régulateur en faveur d'une délimitation selon la zone de couverture de chaque câblo-opérateur) ou celle des services de téléphonie et d'accès à Internet (de dimension nationale). Le marché géographique aurait dû être défini, et il ressort tant des données du Régulateur que de l'existence et l'importance des offres groupées que cette définition aurait dû, comme celle de l'accès à Internet et de la téléphonie, être de dimension nationale.

81. Notons enfin que ce traitement isolé et incomplet des offres groupées contredit complètement la conclusion du Régulateur, selon lequel « *bien qu'une tendance à la hausse des offres groupées se poursuive sur les marchés de détail*

⁷⁷ CSA, section 6.2.3, para. 403 et suivants.

⁷⁸ CSA, para. 404 à 412.

distincts, une définition d'un marché distinct pour les offres groupées peut ne pas être opportune »⁷⁹.

82. Le Projet de décision est donc à la fois incohérent et incomplet en ce qui concerne les offres groupées. Si le Régulateur souhaite laisser ouverte la question de la définition d'un marché des offres groupées, il doit procéder à une analyse complète dans les deux cas de figure, à savoir dans l'hypothèse où les offres groupées font partie du même marché que le marché de la télévision numérique et dans celle où les offres groupées constituent un marché séparé. Cette analyse doit inclure une définition de marché exhaustive et cohérente, ce qui n'est pas le cas du Projet de décision.

3.2.5 Prise en compte de problèmes concurrentiels liés au coût du contenu dans l'imposition d'obligations réglementaires aux câblo-opérateurs

83. Le Régulateur précise d'emblée dans son Projet de décision que :

« la présente analyse du marché retail de la radiodiffusion télévisuelle traite de la fourniture de signaux de radiodiffusion télévisuelle et de l'accès au réseau de radiodiffusion télévisuelle [...] le contenu télévisuel ne [fait] donc pas partie de cette analyse de marché »⁸⁰.

84. Bien que Nethys et Brutélé comprennent qu'il soit plus simple pour le Régulateur de se concentrer sur le marché de la radiodiffusion au niveau de détail et de gros, l'absence d'analyse du contenu télévisuel est problématique. En effet, les barrières à l'entrée sur le marché de la fourniture de signaux de radiodiffusion télévisuelle sont notamment dues au coût très important d'acquisition de contenu télévisuel.

85. Le Régulateur le reconnaît d'ailleurs lui-même :

« Outre les investissements techniques, le lancement de services de radiodiffusion télévisuelle nécessite également pour les nouveaux entrants un effort pour négocier les droits de contenu, en particulier avec les principaux propriétaires de contenu, comme les chaînes nationales et locales belges. Lors de précédentes tentatives d'entrée sur le marché, les nouveaux entrants comme Orange (Mobistar) et KPN (Snow) ont été confrontés à la difficulté d'acquérir les droits de contenu qui leur étaient nécessaires. De plus, les nouveaux entrants sur le marché de la radiodiffusion sont confrontés, pour l'acquisition de contenus audiovisuels, à des clauses de « garanties minimales »

⁷⁹ CSA, para. 463.

⁸⁰ CSA, para. 97.

généralement prévues dans les contrats avec les détenteurs de droits. »⁸¹

86. Il est évident qu'un opérateur ne peut pas avoir du succès sur le marché de la radiodiffusion télévisuelle si le contenu télévisuel qu'il offre n'intéresse pas les téléspectateurs ou s'il est insuffisamment varié pour plaire à une grande partie d'entre eux. Dès lors, les coûts d'acquisition de contenu, dont le niveau élevé a été dénoncé à plusieurs reprises⁸², devraient constituer une priorité d'action pour le Régulateur. C'est d'autant plus le cas que les problèmes de concurrence affectant le marché du contenu audiovisuel dépassent les limites de ce marché et ont des effets délétères sur la radiodiffusion télévisuelle.

87. D'ailleurs, M. Jos Donvil, le CEO sortant de BASE, a récemment dénoncé les coûts du contenu audiovisuel dans un entretien accordé au quotidien économique L'Écho et publié le 17 avril 2016: « *au plan financier ce n'était pas tenable à cause du contenu. On a été mal conseillé sur le budget nécessaire à SNOW : le contenu s'est révélé deux fois plus cher que prévu* »⁸³. Selon lui, le coût du contenu est l'élément qui peut porter préjudice au *business case* d'une offre de télévision. Orange Belgium a connu des difficultés similaires⁸⁴.

88. L'Autorité belge de la Concurrence (ci-après, l'**ABC**) est d'ailleurs au courant des effets délétères du coût élevé du contenu audiovisuel puisqu'elle estime que « *les conditions d'acquisition de contenus audiovisuels seraient un des facteurs qui auraient pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser de manière sensible la concurrence sur le marché concerné* »⁸⁵.

89. Le Régulateur semble également avoir conscience de ce problème, puisqu'il annonce que « *[b]ien que le contenu télévisuel ne fasse [...] pas partie de cette analyse de marché, celui-ci peut toutefois avoir une influence sur le marché en question. Lorsque cela s'avérera nécessaire, les effets de celui-ci seront pris en compte* »⁸⁶.

90. Or, la suite de l'analyse démontre que ces effets ne sont pas réellement pris en compte, ou plutôt, qu'ils sont imputés aux câblo-opérateurs alors qu'ils sont le fait des producteurs de contenu. Ainsi, pour remédier à la difficulté qu'a éprouvée

⁸¹ CSA, para. 366.

⁸² En décembre 2014, l'Autorité belge de la Concurrence a ouvert une instruction d'office relative à l'acquisition de contenus audiovisuels. Il semble à Nethys et à Brutélé que l'Autorité belge de la Concurrence suspectait que l'acquisition de contenus nuisait à la concurrence sur le marché de détail de l'audiovisuel. Cette instruction a été ouverte peu après l'abandon de Snow par BASE (lequel a été acquis depuis lors par Telenet).

⁸³ L'Écho, « *Le CEO qui sacrifie son poste pour sa société* », 17 avril 2016.

⁸⁴ CSA, para. 366 ; IBPT, para. 585.

⁸⁵ Courrier de l'Autorité belge de la Concurrence du 19 décembre 2014, affaire CONC-I/O-14/0029.

⁸⁶ CSA, para. 97.

Orange d'acquiescer du contenu télévisuel, le Régulateur a décidé le 19 février 2016 que Nethys et Brutélé devraient offrir à Orange des tarifs de gros particulièrement bas sous l'appellation de « phase de lancement ». Ces tarifs au rabais, justifiés par le Régulateur comme une aide au lancement du « nouvel entrant » que serait Orange, sont à présent proposés dans le Projet de décision comme des tarifs permanents.

91. Au final, le Régulateur tente donc de faire financer par des câblo-opérateurs tels que Nethys et Brutélé les effets négatifs produits par le comportement d'autres entreprises (les fournisseurs de contenu) qui, elles, échappent à toute régulation sur les prix. Un tel raisonnement est incompatible avec les principes de la réglementation sectorielle et du droit de la concurrence, qui implique de remédier au problème là où il se trouve et non de le faire perdurer en forçant d'autres entreprises à en assumer les conséquences financières.

3.3 Définition du marché géographique de la radiodiffusion télévisuelle et du haut débit

3.3.1 Nécessité de définir le marché géographique de détail

92. Comme indiqué ci-dessus, la définition du marché géographique de détail est, au même titre que celle du marché de produits de détail, essentielle dans le cadre de l'analyse de marché que le Régulateur entend mener.

93. Cette nécessité devient encore plus évidente lorsque l'on envisage l'impact de la définition géographique du marché de détail sur les parts de marché des différents opérateurs selon, par exemple, que le marché géographique est national ou délimité en fonction des contours des réseaux de chaque câblo-opérateur.

94. Ainsi, les parts de marché de Nethys et de Brutélé en matière de radiodiffusion télévisuelle sur leur propre réseau sont, d'après le Régulateur, les suivantes (si l'on inclut la télévision analogique comme le fait le Régulateur, ce qui est incohérent – cf. section 3.2.1 ci-dessus) :

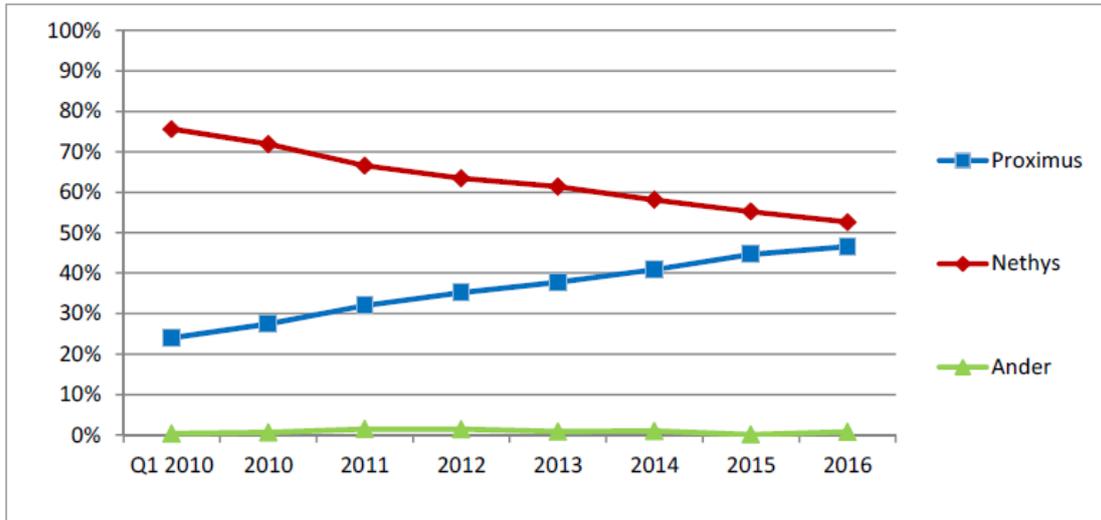


Figure 3 : Parts de marché télévision (analogique + numérique) dans la zone câblée de Nethys⁸⁷

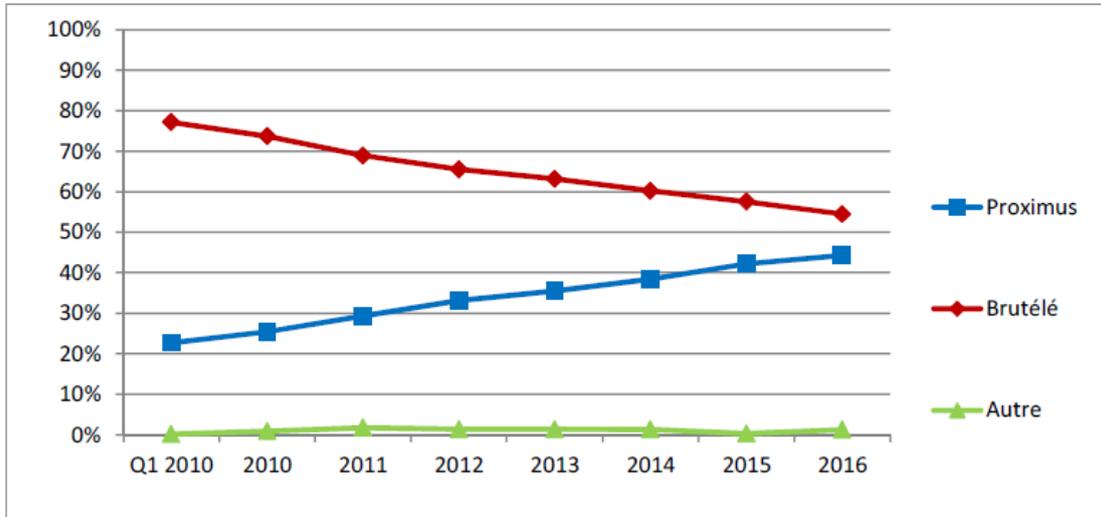


Figure 5 : Parts de marché télévision (analogique + numérique) dans la zone câblée de Brutélé⁸⁸

Cette définition du marché donne l'impression que Nethys et Brutélé sont comparables à Proximus, même si leur déclin constant et le succès croissant de Proximus indiquent clairement que Proximus est appelée à devenir le *leader* incontesté du marché au cours de la période de régulation qui commence.

95. Les parts de marché de Nethys et de Brutélé sur le marché du haut débit sur leur propre réseau sont plus faibles que celles de Proximus, comme on peut le voir sur les graphiques ci-dessous.

⁸⁷ CSA, para. 320, figure 15.

⁸⁸ CSA, para. 317, figure 13 ; IBPT, para. 539, figure 76.

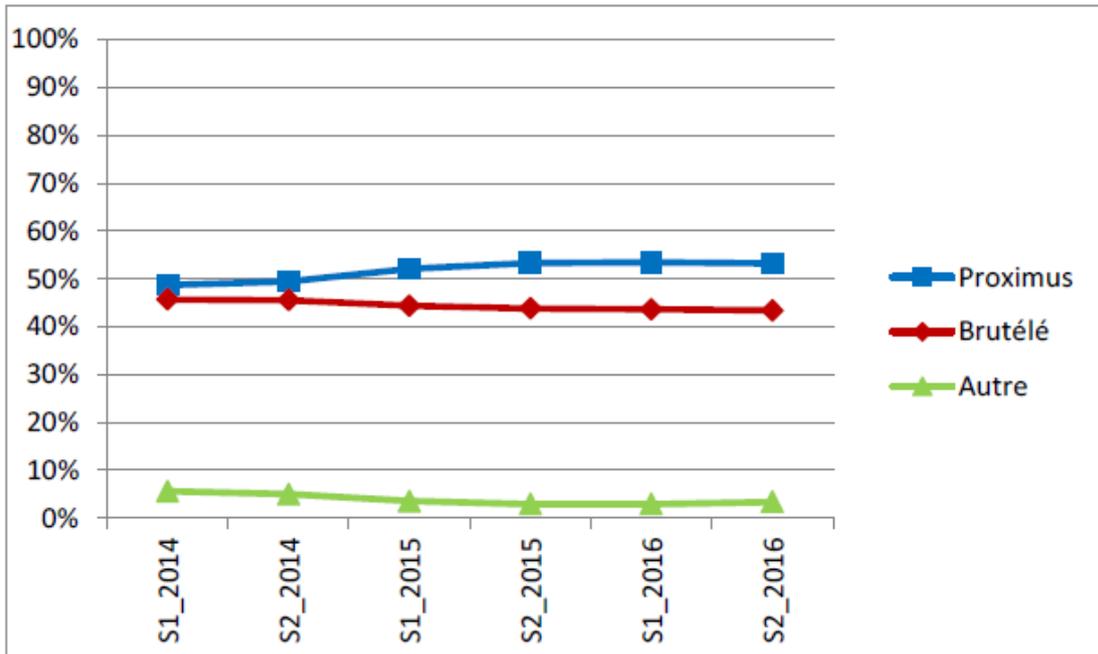


Figure 6 : Parts de marché sur le marché haut débit fixe résidentiel dans la zone câblée de Brutélé⁸⁹

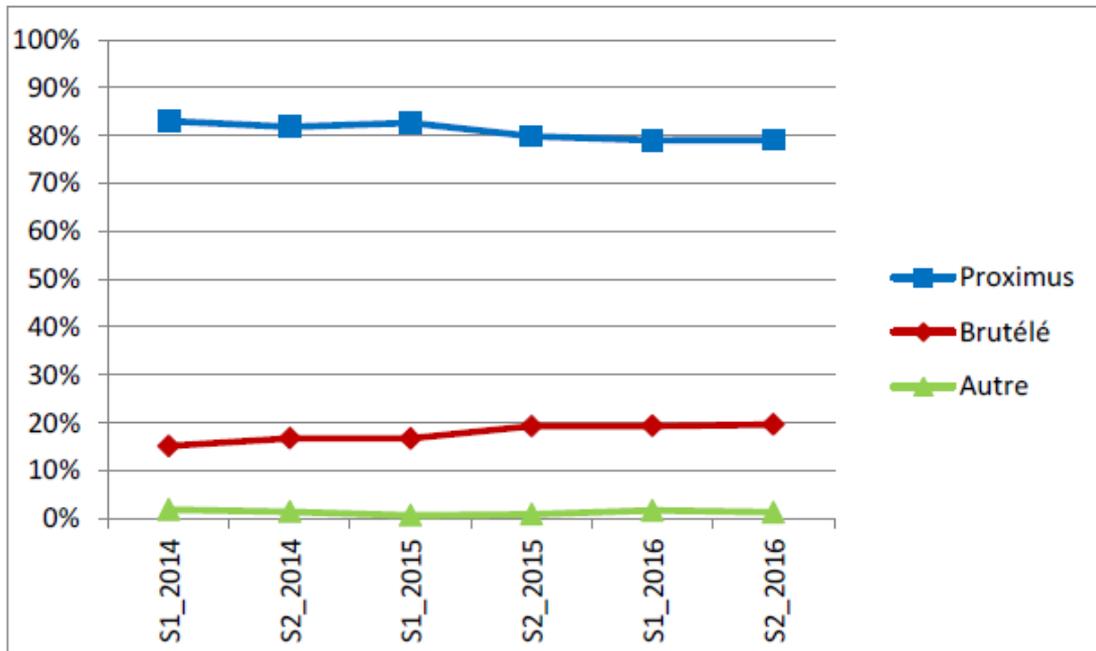


Figure 7 : Parts de marché sur le marché haut débit fixe non résidentiel dans la zone câblée de Brutélé⁹⁰

⁸⁹ IBPT, para. 287, figure 46.

⁹⁰ IBPT, para. 287, figure 47.

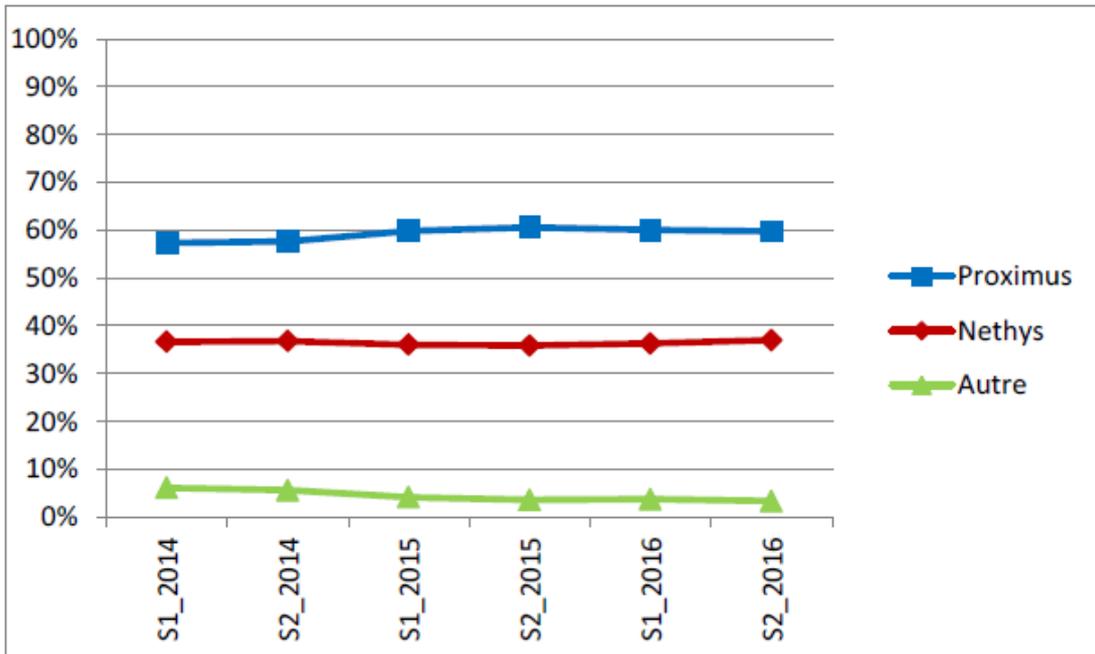


Figure 8 : Parts de marché sur le marché haut débit fixe résidentiel dans la zone câblée de Nethys⁹¹

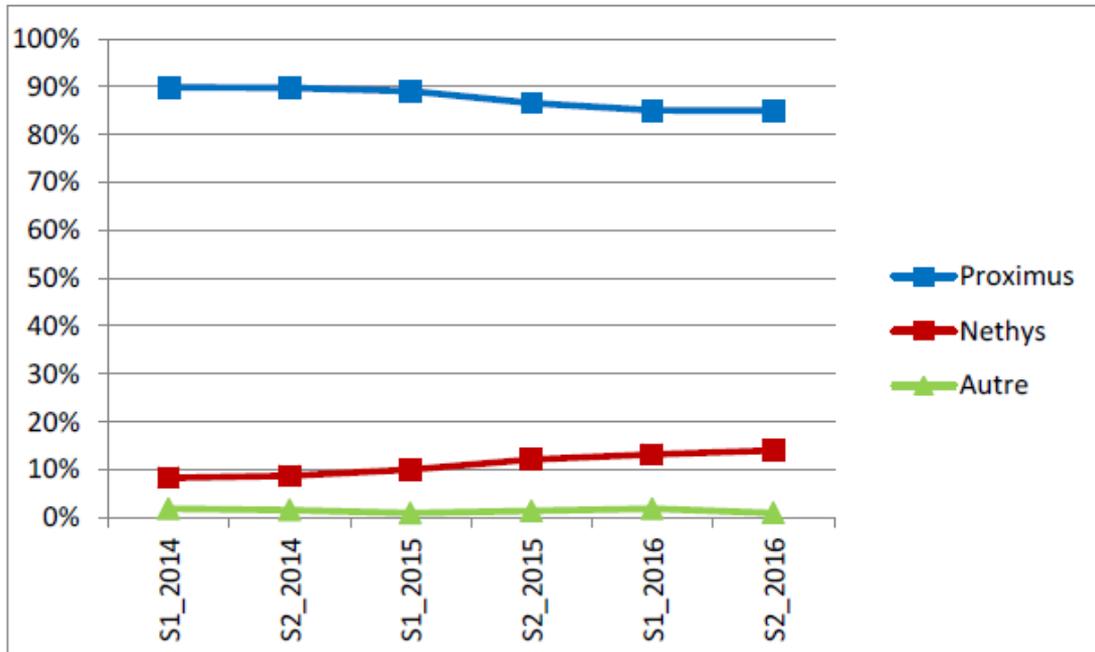


Figure 9 : Parts de marché sur le marché haut débit fixe non résidentiel dans la zone câblée de Nethys⁹²

⁹¹ IBPT, para. 292, figure 52.

⁹² IBPT, para. 292, figure 53.

96. En revanche, si l'on considère que le marché est national (ce qui serait logique – voir ci-dessous), les parts de marché de Nethys et de Brutélé, qui sont des opérateurs locaux, changent fondamentalement :

National							
	Haut débit résidentiel	Haut débit mass-market	2P haut débit et TV	3P haut débit et TV	Haut débit entreprises (toutes)	Haut débit entreprises (> 10 pers.)	Radio-diffusion
Proximus	[40-50]%	[40-50]%	[40-50]%	[40-50]%	[50-60]%	[50-60]%	[30-40]%
Nethys	[CONF.]	[CONF.]	[CONF.]	[CONF.]	[CONF.]	[CONF.]	[CONF.]
Brutélé	[CONF.]	[CONF.]	[CONF.]	[CONF.]	[CONF.]	[CONF.]	[CONF.]
Câble (autres)	[40-50]%	[40-50]%	[20-30]%	[40-50]%	[30-40]%	[10-20]%	[40-50]%
Autres	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%

Tableau 1 : Parts de marché au niveau national (2016)⁹³

On le voit, cette définition géographique du marché de détail ne donne à Brutélé que [CONFIDENTIEL] de parts de marché en matière de radiodiffusion télévisuelle et à Nethys que [CONFIDENTIEL] de parts sur le même marché. À l'inverse, Proximus dispose de 30 à 40% de parts de marché et « *câble (autres)* » (qui ne peut faire référence qu'à Telenet) atteint les 40 à 50% de parts de marché. Ce graphique montre à quel point il est insensé de considérer des opérateurs tels que Nethys ou Brutélé comme étant « puissants » au même titre que Proximus et Telenet.

97. L'affirmation du Régulateur selon laquelle « *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* »⁹⁴ est donc contredite par les données présentées par le Régulateur lui-même. Il est, au contraire, extrêmement important de définir correctement les limites géographiques du marché, ce que, comme expliqué ci-dessous, le Régulateur n'est malheureusement pas parvenu à faire.

⁹³ Source : données transmises par l'IBPT à la demande de Nethys et de Brutélé le 10 août 2017.

⁹⁴ CSA, para. 300.

3.3.2 Défauts logiques et économiques du Projet de décision

(A) Marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle

98. Comme mentionné plus haut, Nethys et Brutélé estiment que le premier problème que pose le Projet de décision en ce qui concerne la définition géographique du marché de détail est qu'il n'y en a apparemment aucune : le Régulateur semble vouloir laisser ouverte la définition géographique tant marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle que de celui du haut débit (voir ci-dessus, section 3.1).

99. Toutefois, malgré cette annonce, le Régulateur écrit par ailleurs qu' « *une segmentation géographique selon la zone de couverture des réseaux câblés peut être recommandée pour le marché de détail pertinent de la radiodiffusion* ». En pratique, Nethys et Brutélé constatent que le Régulateur base l'essentiel de son analyse du marché de détail sur le postulat d'un marché géographique défini selon cette « recommandation ».

100. Il importe donc que le Régulateur résolve cette contradiction : soit il ne définit pas le marché géographique de détail (ce qui serait problématique, comme expliqué ci-dessus), soit il le fait et l'annonce clairement. Une « recommandation » n'a aucune valeur juridique et ne fait que semer le doute sur l'intention du Régulateur.

101. De manière tout aussi grave, cette « recommandation » d'une délimitation géographique selon la zone de couverture de chaque câblo-opérateur ne correspond pas à la réalité du marché et ne repose sur aucune base logique et factuelle solide.

102. Dans son raisonnement relatif au marché géographique de la radiodiffusion télévisuelle, le Régulateur commence par citer les points suivants :

« En Belgique, plusieurs éléments renforcent la nécessité de se poser la question d'une éventuelle segmentation du marché de la fourniture des services de télévision, comme entre autres :

- *Les limites des zones de couverture respectives des réseaux câblés ;*
- *L'organisation administrative et institutionnelle basée sur les régions et les communautés ;*
- *La répartition des pouvoirs en termes de communications électroniques entre plusieurs régulateurs compétents pour l'État fédéral et chaque communauté en Belgique, ainsi que les différences linguistiques entre les différentes régions du pays ;*

- *Les différences culturelles qui existent entre les différentes communautés* »⁹⁵

103. S'il est clair que le premier point tend vers une définition du marché géographique selon les réseaux des câblo-opérateurs, on ne peut cependant pas parler d'un critère d'analyse du marché à proprement parler : en parlant des réseaux des câblo-opérateurs à l'exclusion de celui de Proximus, le Régulateur fait déjà un choix de définition géographique.

104. Le second point, lui, est davantage un critère en ce qu'il constitue une grille d'analyse et non une conclusion toute faite. Il tend vers une définition du marché qui suivrait les contours des Régions ou des Communautés. Or, aucune de ces deux possibilités de définition géographique n'a été retenue par le Régulateur, sans que celui-ci justifie le moins du monde son choix.

105. Quant au troisième point, il favorise une définition géographique du marché qui suivrait la délimitation des compétences de l'IBPT, du CSA, du VRM et du Medienrat respectivement. À nouveau, cette définition n'a pas été reprise par le Régulateur sans que celui-ci s'en explique.

106. Enfin, le quatrième point semble faire référence à la définition communautaire du marché déjà mentionnée au deuxième point.

107. L'obligation de motivation formelle des actes administratifs impose au Régulateur de motiver ses décisions. Il importe dès lors que le Régulateur explique pourquoi il ignore totalement dans son raisonnement des points qu'il présente pourtant comme étant des éléments d'analyse pertinents.

108. Plus loin dans son raisonnement, le Régulateur explique sa « recommandation » pour une définition géographique selon la zone de couverture de chaque câblo-opérateur par des critères entièrement différents :

« une segmentation géographique selon la zone de couverture des réseaux câblés peut être recommandée pour le marché de détail pertinent de la radiodiffusion, pour les raisons suivantes :

- *Absence de substitution du côté de l'offre et de la demande entre les offres de radiodiffusion des réseaux câblés dans leur zone de couverture respectives ;*
- *Hétérogénéité des conditions de concurrence entre les zones câblées ;*

⁹⁵ CSA, para. 278 ; IBPT, para. 500.

- *Hétérogénéité des règles et des réglementations* »⁹⁶

109. Le Régulateur n'explique pas comment ce nouvel ensemble de critères s'articule avec la première série de quatre critères précédemment mentionnée. À nouveau il s'agit, à tout le moins, d'un sérieux problème de motivation.

110. Ce problème de motivation semble également cacher un problème de logique. En effet, les trois points que le Régulateur cite à présent ne pointent pas nécessairement vers la conclusion que le Régulateur semble atteindre, à savoir que les marchés devraient correspondre à la zone de couverture de chaque câblo-opérateur.

111. Le **premier point**, à savoir l' « *absence de substitution du côté de l'offre et de la demande entre les offres de radiodiffusion des réseaux câblés* », démontre un manque de cohérence dans la pratique décisionnelle du Régulateur. Il est exact qu'un client situé dans la zone de couverture d'un câblo-opérateur A ne peut pas faire appel aux services fixes d'un autre câblo-opérateur B sans se déplacer vers la zone de couverture de ce dernier. C'est cependant également le cas en ce qui concerne par exemple les services de téléphonie fixe : un client d'un câblo-opérateur A souhaitant souscrire aux services de téléphonie fixe d'un câblo-opérateur B devra pour ce faire se déplacer vers la zone de couverture de ce câblo-opérateur B. Et pourtant le marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle est défini selon les limites du réseau de chaque câblo-opérateur, alors que le marché de la téléphonie fixe de détail est national.

La seule différence entre ces deux marchés, c'est que, en ce qui concerne la radiodiffusion télévisuelle, le Régulateur suppose que les câblo-opérateurs disposent d'une puissance significative de marché et « définit » le marché de détail (dans la mesure où il le fait – voir ci-dessus) en fonction de cet *a priori*. Cette méthodologie est tout à fait incompatible avec les principes du droit de la concurrence, que le Régulateur est pourtant tenu de respecter⁹⁷. Comme l'écrit la Commission européenne, « *définir le marché pertinent est essentiel pour l'évaluation d'une position dominante, parce qu'une position dominante ne peut exister que sur un marché en particulier. Avant d'évaluer une position dominante, la Commission définit le marché de produit et le marché géographique* »⁹⁸.

⁹⁶ CSA, para. 281.

⁹⁷ L'article 15§3 de la Directive Cadre précise en effet que « [l]es autorités réglementaires nationales tiennent le plus grand compte de la recommandation et des lignes directrices pour définir les marchés pertinents correspondant aux circonstances nationales, en particulier les marchés géographiques pertinents sur leur territoire, conformément aux principes du droit de la concurrence. »

⁹⁸ http://ec.europa.eu/competition/antitrust/procedures_102_en.html (dernière consultation: 25 août 2017). Traduction libre du texte original en anglais : « *Defining the relevant market is essential for assessing dominance, because a dominant position can only exist on a particular* »

112. En outre, ce raisonnement ignore totalement la présence au niveau national de Proximus et d'Orange Belgium, qui offrent chacune des services de télévision.

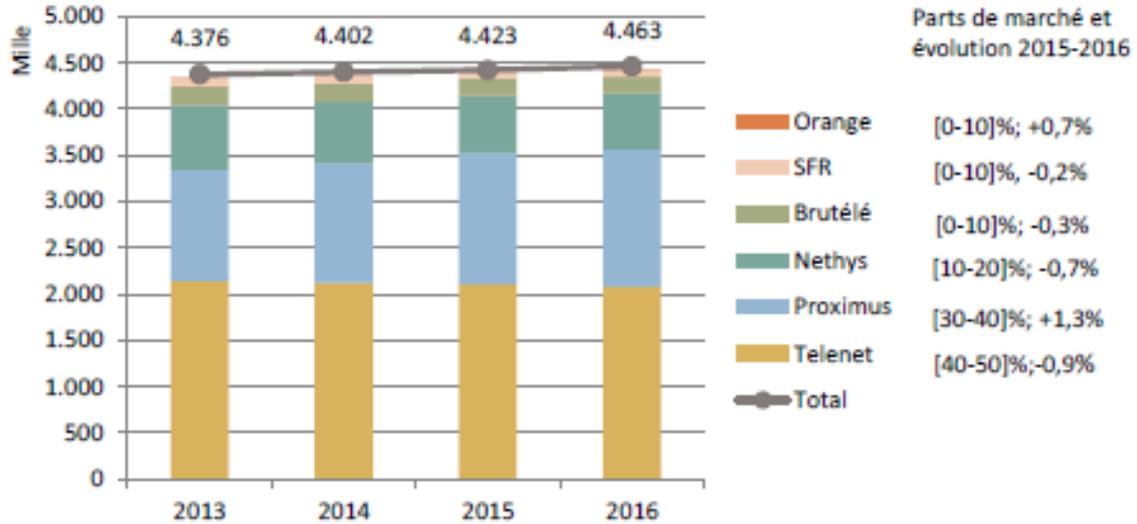


Figure 10 : Raccordements TV en Belgique par opérateur⁹⁹

Les parts de marché de Proximus, de l'ordre de 30-40% d'après l'IBPT, démontrent bien que son poids sur le marché est bien plus important que celui de Nethys ([10-20%]) ou de Brutélé ([0-10%]). Il est parfaitement illogique de définir le marché géographique selon les limites du réseau de l'opérateur le moins puissant sur le marché.

Notons également que le graphique ci-dessus sous-estime quelque peu l'impact de l'entrée sur le marché d'Orange Belgium, puisque celle-ci n'a commencé à lancer ses services de télévision qu'en mai 2016 alors que le graphique couvre l'ensemble de l'année 2016. Malgré le caractère récent de ce lancement, Orange Belgium se situe dans la même tranche de parts de marché ([0-10%]) que Brutélé. En outre, l'évolution des parts d'Orange Belgium est positive alors que Nethys et Brutélé perdent des clients. Les chiffres d'Orange Belgium pour l'année 2017 montrent une très nette croissance, puisqu'Orange Belgium a réussi à attirer environ 65.000 clients pour ses services convergents Internet + télévision depuis son lancement. Orange Belgium se déclare d'ailleurs en bonne voie pour atteindre son objectif de 100.000 clients « Orange Love » à la fin de l'année 2017¹⁰⁰.

market. Before assessing dominance, the Commission defines the product market and the geographic market.»

⁹⁹ Source : IBPT « Situation du marché des communications électroniques 2016 », p. 59.

¹⁰⁰ Communiqué de presse d'Orange Belgium du 26 juillet 2017 concernant ses résultats financiers du deuxième trimestre 2017 et du premier semestre 2017.

113. L'importance de Proximus sur le marché reste visible même si l'on considère que le marché est de taille régionale (ce qu'a fait l'IBPT dans son étude « *Situation du marché des communications électroniques 2016* » alors qu'au même moment l'IBPT rédigeait le Projet de décision dans lequel il se prononce en faveur d'une délimitation des marchés selon la zone de couverture de chaque câblo-opérateur) :

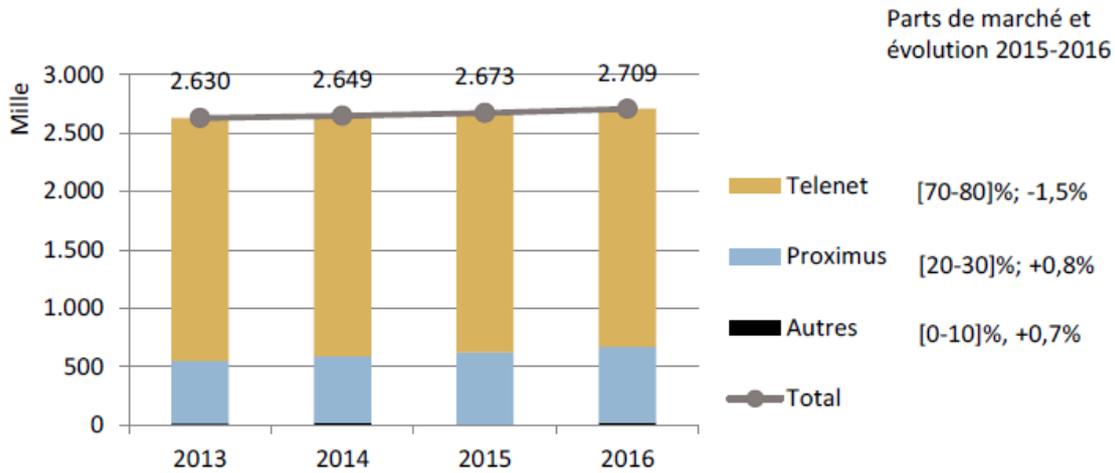


Figure 11 : Raccordements TV en Flandre¹⁰¹

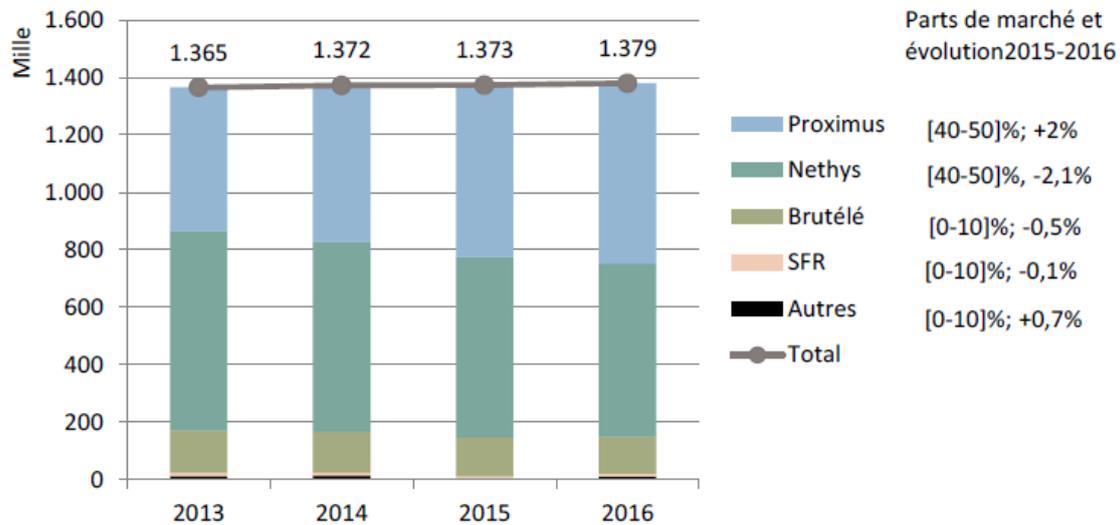


Figure 12 : Raccordements TV en Wallonie¹⁰²

¹⁰¹ Source : IBPT « *Situation du marché des communications électroniques 2016* », p. 59.

¹⁰² Source : IBPT « *Situation du marché des communications électroniques 2016* », p. 60.

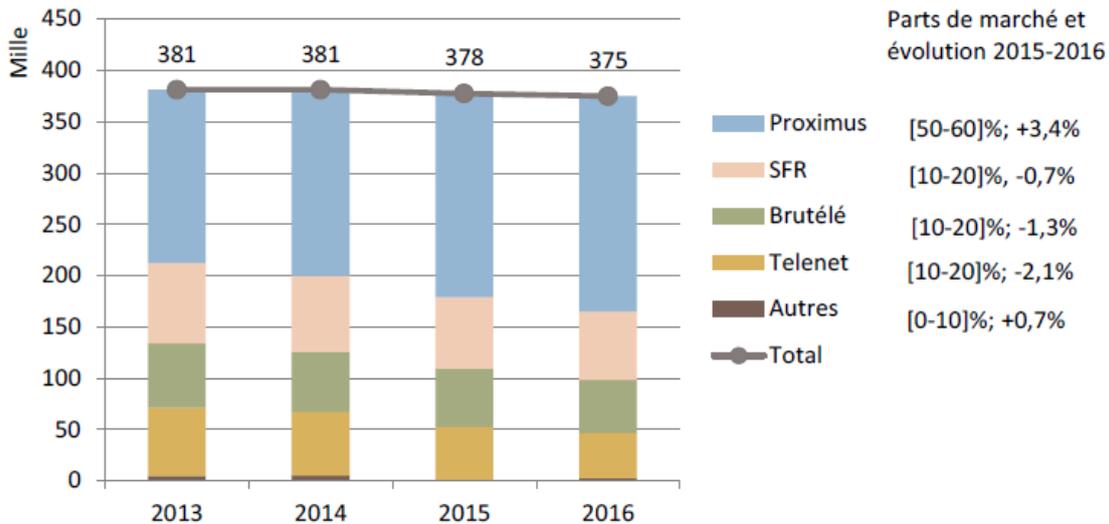


Figure 13 : Raccordements TV à Bruxelles, par opérateur¹⁰³

114. Notons que l'IBPT lui-même confirme cette prédominance de Proximus puisqu'il écrit, concernant la télévision numérique, qu'« [e]n Wallonie et à Bruxelles, Proximus continue de dominer avec des parts de marché respectives de [40-50%] et [50-60%] »¹⁰⁴.

115. En outre, Telenet offre également des services de télévision dans une zone de plus en plus étendue de la Belgique, puisqu'outre son omniprésence en Flandre, Telenet devient le premier câblo-opérateur bruxellois et offre à présent des services de télévision en Wallonie sur le réseau de SFR, qu'elle a acquis cette année¹⁰⁵. Telenet a d'ailleurs, à l'occasion de ce rachat, affirmé publiquement son ambition de devenir un opérateur actif dans l'ensemble de la Belgique¹⁰⁶.

116. Nethys et Brutélé notent à cet égard que le Projet de décision ignore ce rachat, puisqu'il continue à traiter SFR comme un opérateur indépendant de Telenet,

¹⁰³ Source : IBPT « Situation du marché des communications électroniques 2016 », p. 60.

¹⁰⁴ Source : IBPT « Situation du marché des communications électroniques 2016 », p. 60.

¹⁰⁵ « Telenet est déjà actif dans sept communes de la Région de Bruxelles-Capitale (Schaerbeek, Etterbeek, Koekelberg, Berchem-Sainte-Agathe, Ganshoren, Jette et Forest) et élargira ses activités à six nouvelles communes (Saint-Josse-ten-Noode, Bruxelles-Ville, Watermael-Boitsfort, Woluwe-Saint-Lambert, Anderlecht et Molenbeek-Saint-Jean) et à deux nouvelles communes en Flandre (Wemmel et Drogenbos). En Wallonie, la reprise [de SFR] élargira la couverture de Telenet à sept nouvelles communes (Chimay, Couvin, Sivry-Rance, Momignies, Erquelines, Beaumont et Froidchappelle, dans la « botte du Hainaut »). La reprise englobe également plusieurs milliers de clients mobiles de SFR BeLux en Belgique qui utilisent le réseau de BASE. » (site Internet de Telenet, <https://press.telenet.be/telenet-obtient-lapprobation-de-lautorite-belge-de-la-concurrence-pour-la-reprise-de-coditel-brabant-sprl-et-coditel-sa-rl-sfr-belux> dernière consultation: le 25 août 2017).

¹⁰⁶ Para. 21 de la décision de l'Autorité belge de la Concurrence BMA-2017-C/C-23 du 12 juin 2017 relative à l'acquisition de SFR par Telenet disponible sur le site Internet de l'ABC à l'adresse suivante : https://www.abc-bma.be/sites/default/files/content/download/files/bma-2017-cc-23_pub.pdf (dernière consultation : le 4 septembre 2017).

ce qui est totalement contraire à l'obligation du Régulateur de mener une analyse prospective du marché.

Telenet zone de couverture (Belgique) après transaction

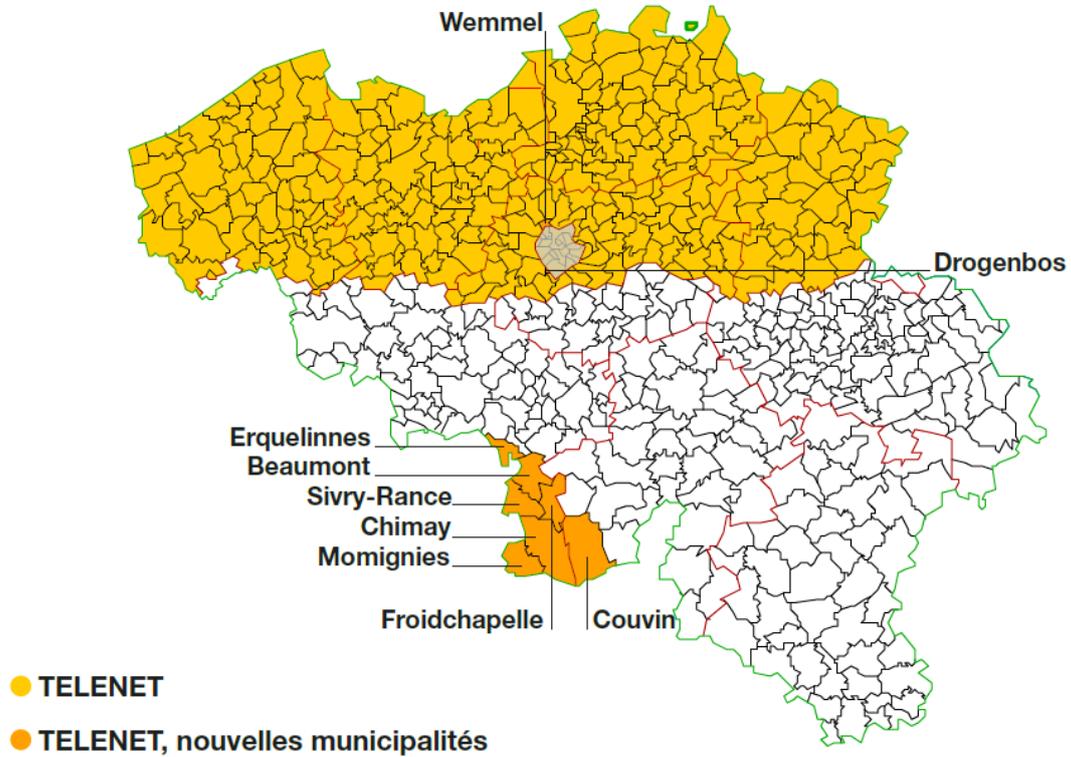


Figure 14 : Zone de couverture de Telenet après l'acquisition de Coditel Brabant¹⁰⁷

¹⁰⁷ Site Internet de Telenet, présentation intitulée « Zones de couverture » jointe au communiqué du 13 juin 2017, « Telenet obtient l'approbation de l'Autorité belge de la concurrence pour la reprise de Coditel Brabant SPRL et Coditel S.à r.l. (SFR BeLux) ».

Telenet zone de couverture (détail Bruxelles) après transaction

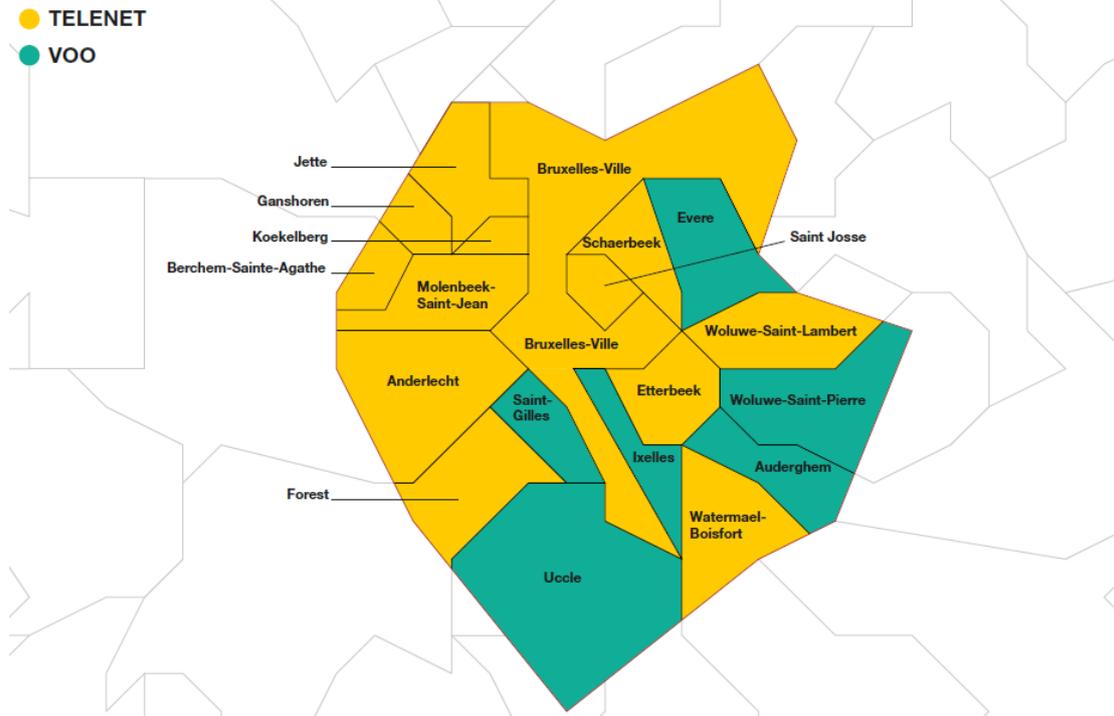


Figure 15 : Zone de couverture de Telenet après l’acquisition de Coditel Brabant (détail Bruxelles)¹⁰⁸

117. En ce qui concerne le **deuxième point**, c’est-à-dire l’ « *hétérogénéité des conditions de concurrence entre les zones câblées* », il ne pointe pas non plus dans la direction de la délimitation géographique du marché « recommandée » par le Régulateur.

118. Premièrement, le tableau inclus par le Régulateur dans son Projet de décision¹⁰⁹ montre que les parts de marché de Proximus sont très similaires entre plusieurs zones d’activités des câblo-opérateurs.

	Zone de couverture Telenet	Zone de couverture Brutélé	Zone de couverture Nethys	Zone de couverture SFR
Câblo-opérateur	[70-80] %	[50-60] %	[50-60] %	[40-50] %
Proximus	[20-30] %	[40-50] %	[40-50] %	[50-60] %

¹⁰⁸ Site Internet de Telenet, présentation intitulée « Zones de couverture » jointe au communiqué du 13 juin 2017, « *Telenet obtient l’approbation de l’Autorité belge de la concurrence pour la reprise de Coditel Brabant SPRL et Coditel S.à r.l. (SFR BeLux)* ».

¹⁰⁹ CSA, para. 289 ; IBPT, para. 511.

Tableau 2 : Parts de marché 2016 sur le marché des raccordements à la télévision dans les différentes zones de couverture des câblo-opérateurs (« uniquement analogique » + « analogique + numérique »)¹¹⁰

Cette similarité des parts de marché de Proximus s'observe très nettement dans la zone de couverture de Brutélé et dans celle de Nethys ([40-50%]). Ces deux zones devraient donc constituer un seul et même marché. De plus, les parts de marché de SFR devraient être comptées avec celles de Telenet, puisque Telenet a racheté SFR et que cette acquisition a été approuvée par l'ABC au début de l'année 2017. La zone de couverture de SFR et celle de Telenet devrait donc former un seul marché, sur lequel les parts de marché de Proximus se situeront entre [20-30%] (niveau actuellement indiqué pour la zone de Telenet) et [50-60%] (niveau indiqué pour la zone de SFR). Il est donc probable que les parts de marché de Proximus sur la zone Telenet-SFR soient comparables à celles dont Proximus dispose sur la zone de couverture de Nethys et de Brutélé. En toute hypothèse, ces données ne confirment pas la délimitation géographique privilégiée par le Régulateur.

119. Deuxièmement, le Régulateur lui-même reconnaît une forte ressemblance entre les conditions de concurrence dans les différentes zones câblées, puisqu'il écrit lui-même que, « *indépendamment de la zone de couverture, les câblo-opérateurs et Proximus possèdent systématiquement une part de marché supérieure à 99% sur le marché en question. Les opérateurs sur les plateformes alternatives possèdent seulement une part de marché limitée dans chacune des zones de couverture du câble* »¹¹¹. C'est donc que les conditions de concurrence sont comparables indépendamment de la zone de couverture de chaque câblo-opérateur.

120. Troisièmement, le fait que « *[c]haque câblo-opérateur développe son propre pack de contenu et de services* »¹¹² et que par conséquent leurs offres varient, ne constitue pas un facteur d'hétérogénéité des conditions de concurrence, mais bien la preuve que chaque câblo-opérateur essaie d'être concurrentiel en développant ses propres services et ses propres offres. Proximus a, elle aussi, ses propres offres, et pourtant le Régulateur n'en déduit pas que Proximus ne fait partie d'aucun marché de la radiodiffusion télévisuelle où se trouverait un câblo-opérateur. De la même manière, le fait que chaque câblo-opérateur détermine ses propres prix n'est pas en soi un signe d'appartenance à des marchés distincts mais bien de volonté de se démarquer de ses concurrents en adoptant sa propre politique commerciale, comme l'exige le droit de la concurrence. Notons d'ailleurs que le Régulateur reconnaît lui-même qu'il ne s'agit pas d'une preuve d'hétérogénéité, puisqu'il écrit que ces écarts de prix « *sont également influencés par des facteurs abordés ci-dessus (entre autres*

¹¹⁰ CSA, para. 289 ; IBPT, para. 511.

¹¹¹ CSA, para. 290 ; IBPT, para. 512.

¹¹² CSA, para. 292 ; IBPT, para. 514.

des différences dans l'offre, les préférences des consommateurs et l'état technique du réseau) »¹¹³.

121. Enfin, les « différences culturelles [...] dans les zones régionales où les câblo-opérateurs sont actifs »¹¹⁴ ne jouent pas au niveau des zones de couverture des câblo-opérateurs mais bien des régions linguistiques. C'est d'ailleurs ce que confirme le Régulateur lorsqu'il écrit que « l'offre peut varier dans un réseau câblé donné, en particulier lorsqu'un réseau câblé dessert plusieurs régions linguistiques »¹¹⁵. Cet argument avancé par le Régulateur ne soutient donc pas non plus la délimitation géographique du marché qu'il « recommande ».

122. Quant au **troisième point**, à savoir l'« hétérogénéité des règles et des réglementations », il va à l'encontre de la conclusion que le Régulateur pense atteindre en le citant.

123. Premièrement, les règles et réglementations sont adoptées au niveau européen, au niveau fédéral (en ce qui concerne les communications électroniques) et au niveau du territoire de compétence de chaque régulateur (en ce qui concerne la radiodiffusion). Aucun de ces trois niveaux de prise de décision ne correspond à la zone de couverture du réseau des câblo-opérateurs.

124. Deuxièmement, même si les règles relatives à la radiodiffusion sont adoptées par des régulateurs différents, le contenu de ces règles est presque identique étant donné que l'ensemble de la réglementation relative à l'ouverture du câble a été adoptée par la Conférence des Régulateurs du secteur des Communications électroniques (ci-après, la **CRC**), qui réunit l'ensemble des régulateurs actifs dans le domaine des communications électroniques et de la radiodiffusion en Belgique. À titre d'exemple, les principales différences existant entre les décisions d'analyse de marché adoptées par la CRC le 1^{er} juillet 2011 en matière de radiodiffusion télévisuelle concernent l'identité des opérateurs régulés, la numérotation des dispositions légales citées (leur contenu étant essentiellement le même) et la langue dans laquelle les décisions ont été rédigées. Les Projets de décision concernant la révision de l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle soumis à consultation publique le 7 juillet 2017 sont également très semblables les uns aux autres.

125. Troisièmement, l'essentiel du cadre réglementaire applicable aux communications électroniques et à la radiodiffusion ainsi que l'ensemble du cadre dans lequel le Régulateur peut agir, sont définis par la législation européenne. Le Régulateur ne démontre pas qu'il existerait une régulation suivant les limites du réseau de chaque câblo-opérateur dont les caractéristiques sont tellement distinctes

¹¹³ CSA, para. 295 ; IBPT, para. 517.

¹¹⁴ CSA, para. 293 ; IBPT, para. 515.

¹¹⁵ CSA, para. 294 ; IBPT, para. 516.

de la régulation existant ailleurs en Belgique qu'elle justifierait à elle seule (puisque les autres arguments avancés par le Régulateur ne soutiennent pas sa conclusion) que le marché géographique corresponde à la zone de couverture de chaque câblo-opérateur.

126. Nethys et Brutélé notent à cet égard que l'existence d'une telle régulation serait en soi illégale. En effet, cela impliquerait soit que ces règles ne s'appliquent pas à Proximus alors que Proximus offre des services de télévision (ce qui implique une discrimination entre opérateurs), soit que Proximus serait soumise à des règles entièrement différentes selon que, par exemple, elle offre ses services dans la zone de couverture de Nethys ou dans la zone de couverture de l'ex-SFR, ce qui rendrait quasiment impossible la fourniture par Proximus de services de télévision au niveau national (et aboutirait donc à donner à ces règles un effet anticoncurrentiel).

127. Enfin, et à titre de remarque finale, Nethys et Brutélé notent que le Régulateur n'a pas du tout abordé la question de la substituabilité en chaîne des offres des câblo-opérateurs. Le Régulateur aurait pourtant dû examiner cette question puisqu'il « recommande » une définition géographique étroite du marché, avec pour conséquence la coexistence sur un seul territoire national de plusieurs marchés de taille restreinte. Le Régulateur indique d'ailleurs qu'il estime cette analyse nécessaire dans le chapitre du Projet de décision relatif à la méthodologie : « [i]l convient également d'évaluer la présence éventuelle d'un phénomène de substitution en chaîne »¹¹⁶. Le Régulateur devait donc respecter son propre raisonnement et effectuer cette analyse de manière détaillée et circonstanciée.

128. Il résulte de ce qui précède que la « recommandation » de délimitation géographique du marché du Régulateur ne repose sur aucune base objective et va même à l'encontre du raisonnement développé par le Régulateur. On ne peut qu'en déduire que cette « recommandation » souffre d'un grave défaut de motivation, de nature à invalider à lui seul l'ensemble du raisonnement du Régulateur concernant la concurrence sur le marché de détail.

(B) Marchés de détail du haut débit

129. L'absence de définition géographique définitive des marchés de détail du haut débit est encore plus incompréhensible que concernant la radiodiffusion télévisuelle. En effet, les trois critères cités par le Régulateur pointent tous les trois vers une définition nationale de ces marchés.

130. En ce qui concerne la « [z]one de couverture des opérateurs et réseaux présents sur le marché de détail de l'Internet haut débit »¹¹⁷, le Régulateur écrit lui-

¹¹⁶ CSA, para. 46.

¹¹⁷ IBPT, section 7.3.1., paras 233-239.

même que « *les principaux acteurs DSL (Proximus, EDPnet) sont présents sur l'ensemble du territoire* »¹¹⁸ et que « *[l]es opérateurs qui s'adressent à une clientèle non résidentielle sont [...] actifs sur tout le territoire* »¹¹⁹. **Les parts de marché de Proximus comparées à celles d'opérateurs tels que Nethys et de Brutélé devraient finir de clore ce point : le marché est clairement de dimension nationale.**

On peine à comprendre à cet égard la remarque du Régulateur selon lequel « *les services haut débit sont de plus en plus vendus dans des offres groupées comprenant également des services de radiodiffusion. Or les services de radiodiffusion sont caractérisés par une dimension régionale forte* »¹²⁰. **D'une part, le Régulateur a lui-même décidé de ne pas définir le marché géographique des services de radiodiffusion : il ne peut donc à présent parler de « dimension régionale forte ».** D'autre part, Proximus vend des offres groupées indifférenciées sur l'ensemble du territoire national, comme l'indique le Régulateur lui-même¹²¹. Au regard des parts de marché de Proximus, de l'ordre de 40-50% (surtout comparées à celles d'opérateurs locaux tels que Nethys ou Brutélé, qui sont de [CONFIDENTIEL] et de [CONFIDENTIEL] respectivement)¹²², **il ne fait aucun doute que c'est une définition nationale qui doit prévaloir.**

131. En ce qui concerne l' « *[h]étérogénéité des conditions de concurrence sur le marché de détail de l'Internet haut débit* »¹²³, les « *différences régionales en termes de parts de marché* »¹²⁴ ne doivent pas occulter l'omniprésence de Proximus, qui opère au niveau national. Par ailleurs, comme le mentionne le Régulateur, « *les offres des opérateurs nationaux ne sont pas différenciées géographiquement, ni sur le plan des caractéristiques, ni sur le plan des tarifs. En particulier, Proximus applique pour ses offres haut débit les mêmes tarifs de détail sur tout le territoire* »¹²⁵.

132. Enfin, en ce qui concerne le troisième critère cité par le Régulateur, à savoir l' « *[h]étérogénéité des instruments légaux et réglementaires sur le marché de détail de l'internet haut débit* »¹²⁶, c'est très simple : le Régulateur « *ne constate pas l'existence d'instruments légaux et réglementaires propres aux services haut débit qui induiraient une différenciation géographique* »¹²⁷. Le marché est donc nécessairement national.

118 IBPT, para. 238.

119 IBPT, para. 239.

120 IBPT, para. 244.

121 IBPT, para. 242.

122 Voir tableau communiqué par le Régulateur à la demande de Nethys et Brutélé par courrier électronique du 10 août 2017.

123 IBPT, section 7.3.2., paras 240-244.

124 IBPT, para. 240.

125 IBPT, para. 242.

126 IBPT, section 7.3.3., para. 245.

127 IBPT, para. 245.

133. Il résulte de ce qui précède qu'**au moins deux des trois critères utilisés par le Régulateur (si pas les trois) pointent de manière claire vers une définition nationale du marché géographique en matière de haut débit**. La réticence du Régulateur à tirer les conclusions qui s'imposent de sa propre analyse est difficile à comprendre et contraire au principe de sécurité juridique.

3.3.3 Conclusion

134. Comme il a été expliqué ci-dessus, une définition cohérente du marché géographique n'aboutit pas aux conclusions du Régulateur.

135. Premièrement, le Régulateur ne prend pas la peine de définir géographiquement le marché de la radiodiffusion télévisuelle et les marchés du haut débit alors qu'une telle démarche est essentielle pour déterminer l'existence d'éventuels opérateurs puissants et donc l'existence ou non d'une concurrence effective sur le marché de détail. Or, seule l'absence d'une concurrence effective sur le marché de détail peut justifier l'imposition d'obligations réglementaires.

136. Deuxièmement, malgré sa volonté affichée de laisser la définition géographique du marché de la radiodiffusion télévisuelle ouverte (alors que cette définition géographique a un impact énorme sur l'analyse concurrentielle), le Régulateur fait part d'une « recommandation » quant à cette délimitation géographique, sans expliquer la valeur juridique d'une telle recommandation.

137. Troisièmement, cette définition « recommandée » n'est soutenue par aucun argument sérieux. Au contraire : les contraintes géographiques relatives à la radiodiffusion télévisuelle (l'impossibilité de faire appel à un autre câblo-opérateur que celui de la zone où l'on se situe) sont également valables pour les services de téléphonie fixe ou d'accès à Internet, souvent inclus au sein des mêmes offres groupées que les services de radiodiffusion télévisuelle. La définition du marché géographique de la radiodiffusion télévisuelle devrait donc être nationale, comme elle l'est en ce qui concerne la téléphonie fixe ou l'accès à Internet.

138. Quatrièmement, une définition géographique nationale du marché s'impose d'autant plus que Proximus est un opérateur considérablement plus important que Nethys ou Brutélé (ce que confirment les données du Régulateur) et que Proximus est actif au niveau national. Notons que Telenet, l'autre grand opérateur actif en Belgique, est actif partout en Flandre, est le premier opérateur bruxellois et étend progressivement son emprise sur la Wallonie. Le développement de Telenet pointe également vers une définition nationale du marché. Enfin, Orange Belgium, qui a lancé ses services de radiodiffusion télévisuelle il y a un an mais qui connaît un net succès, est également actif au niveau national.

139. Cinquièmement et dernièrement, le Régulateur n'a pas du tout abordé la question de la substituabilité en chaîne des offres des câblo-opérateurs, ce qu'il

aurait dû faire au moins en ce qui concerne la radiodiffusion télévisuelle de détail puisqu'il semble privilégier une définition géographique étroite de ce marché. Le Régulateur estime pourtant cette analyse nécessaire, puisqu'il écrit dans le chapitre relatif à la méthodologie qu' « [i]l convient également d'évaluer la présence éventuelle d'un phénomène de substitution en chaîne »¹²⁸.

140. Il résulte de ce qui précède qu'il est impératif que le Régulateur revoie son analyse du marché géographique de détail de fond en comble afin (i) d'arriver à une conclusion claire, et (ii) que cette conclusion soit cohérente avec le raisonnement suivi et avec les données disponibles. Ce n'est malheureusement pas le cas dans le Projet de décision actuel.

4. LA SITUATION CONCURRENTIELLE SUR LE MARCHÉ DE DÉTAIL DE LA RADIODIFFUSION TÉLÉVISUELLE ET DU HAUT DÉBIT NE JUSTIFIE PAS L'ADOPTION D'UNE RÉGLEMENTATION EX ANTE

4.1 Introduction

141. Les marchés de la radiodiffusion télévisuelle et du haut débit connaissent une évolution rapide dont le Régulateur doit tenir compte.

142. La Commission européenne est bien consciente de cette évolution incessante. C'est pourquoi, après avoir effectué une nouvelle analyse du marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle en 2007, elle a pris la décision de soustraire le marché de gros y relatif à la présomption de réglementation *ex ante* lui étant appliquée jusqu'alors.

La Commission européenne estime en effet que la concurrence sur le marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle est suffisamment effective :

*« Dans la plupart des États membres, la majorité des ménages ont normalement jusqu'à trois moyens potentiels de recevoir du contenu de télédiffusion. Avec les développements technologiques dans le domaine de la radiodiffusion numérique terrestre et de la diffusion sur les réseaux DSL, le nombre de canaux de transmission alternatifs du point de vue des ménages devrait augmenter encore. Par conséquent, aucun marché de détail n'est identifié aux fins de la Recommandation. »*¹²⁹

¹²⁸ CSA, para. 46.

¹²⁹ Traduction libre du texte original en anglais: "In all but a handful of Member States the majority of households have normally up to three potential means of receiving broadcast content. With technological developments in the area of digital terrestrial broadcasting and broadcasting over DSL networks, the number of alternative transmission channels from the point of view of households is expected to further increase. Consequently no retail market is identified for the purposes of the Recommendation." Note explicative accompagnant la recommandation de la

143. Le marché de la radiodiffusion télévisuelle en Belgique ne diffère en rien de la situation envisagée par la Commission européenne ci-dessus. De fait, les utilisateurs finals belges ont la possibilité de choisir indistinctement entre diverses plateformes pour recevoir du contenu télévisuel, telles que le câble, le DSL et le satellite. Rien ne justifie donc que, eu égard à un marché répondant parfaitement aux caractéristiques mises en avant par la Commission européenne pour justifier un retrait de la réglementation *ex ante*, le Régulateur s'écarte de la Note explicative 2007 de la Commission européenne.

De fait, le Projet de décision ne démontre nullement en quoi le marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle belge différerait des autres marchés européens pris en compte par la Commission européenne. Invoquer les conclusions dégagées lors de la précédente analyse de marché datant du 1^{er} juillet 2011¹³⁰ (ainsi que les décisions de la Commission européenne, de l'ABC et de la Cour d'appel de Bruxelles y relatives) ne saurait évidemment nullement suffire à cet égard : le Régulateur doit mener une analyse prospective du marché et non recycler une décision ayant plus de six ans d'ancienneté et elle-même basée sur des données encore plus anciennes.

La Commission européenne encourage en effet les autorités réglementaires nationales à procéder « à une évaluation structurelle prospective du marché pertinent, en se fondant sur les conditions existantes »¹³¹. Vu l'« évolution rapide » des marchés des communications électroniques, qui deviennent « plus complexes et plus dynamiques » avec le temps¹³², une telle référence au passé est parfaitement stérile.

144. Partant, et conformément aux recommandations de la Commission européenne des 17 décembre 2007 et 9 octobre 2014 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques¹³³, aucune réglementation *ex ante* de ce marché et des marchés situés en amont ne se justifie.

Commission concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (nom original en anglais: "*Explanatory note accompanying the Commission Recommendation on Relevant Product and Service Markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services*"), SEC(2007)1483/2, 13 novembre 2007 (la **Note explicative 2007**), p. 48.

¹³⁰ CSA, para. 305; IBPT, para. 527

¹³¹ Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, *J.O.U.E.*, C 165, 11.7.2002, p. 6–31, point 20.

¹³² Directive cadre, points 25 et 27.

¹³³ Recommandations de la Commission européenne des 17 décembre 2007 et 9 octobre 2014 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des

145. À toutes fins utiles, et dans un souci d'exhaustivité, la présente section analyse également les différents éléments pris en compte par le Régulateur pour conclure à la nécessité d'une réglementation *ex ante* sur le marché pertinent en dépit des indications contraires données par la Commission européenne.

Nethys et Brutélé ont déjà eu l'occasion de souligner les nombreuses incohérences contenues dans l'analyse concurrentielle opérée par le Régulateur dans le Projet de décision, principalement en raison de la dimension géographique incertaine du marché de la radiodiffusion télévisuelle. C'est sans aucun doute pour justifier son utilisation sélective et partielle de constatations effectuées tantôt sur le marché national, tantôt sur les zones de couverture des câblo-opérateurs que le Régulateur a affirmé que « *la situation concurrentielle ne diffère pas fondamentalement selon quelle est analysée au niveau national ou au niveau de la zone de couverture des câblo-opérateurs* »¹³⁴. Cette affirmation est pourtant fondamentalement incorrecte et ne repose sur aucune base objective, comme cela ressort notamment des considérations ci-après.

4.2 Parts de marché

146. Le Régulateur n'ayant pas pris la peine de se prononcer sur la dimension géographique du marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle, il se voit contraint d'analyser les parts de marché tant au niveau national qu'au niveau des zones de couverture des câblo-opérateurs. Cette manière de procéder infirme d'entrée les propos du Régulateur selon lesquels « *la situation concurrentielle ne diffère pas fondamentalement selon quelle est analysée au niveau national ou au niveau de la zone de couverture des câblo-opérateurs* »¹³⁵. Si tel avait réellement été le cas, il n'aurait nullement été nécessaire de scinder l'analyse des parts de marché en deux sous-sections.

4.2.1 Niveau national (zone de couverture de Proximus)

147. L'analyse des parts de marché des opérateurs au niveau national effectuée par le Régulateur frappe d'emblée par son inexactitude. Il est foncièrement trompeur de présenter les parts de marché sur le marché de la radiodiffusion télévisuelle par plateforme de radiodiffusion alors qu'il n'est pas contestable que le câble est utilisé par trois entreprises distinctes (Telenet (en ce compris SFR), Nethys et Brutélé) tandis qu'une seule entreprise incarne l'IPTV. Les câblo-opérateurs étant juridiquement distincts, rien ne justifie qu'ils soient considérés comme un tout. Les

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.* L 344, 28.12.2007, p. 65-69, et *J.O.U.E.* L 295, 11.10.2014, pp. 79-84.

¹³⁴ CSA, para. 300 ; IBPT, paras 248 et 522.

¹³⁵ CSA, para. 300 ; IBPT, paras 248 et 522.

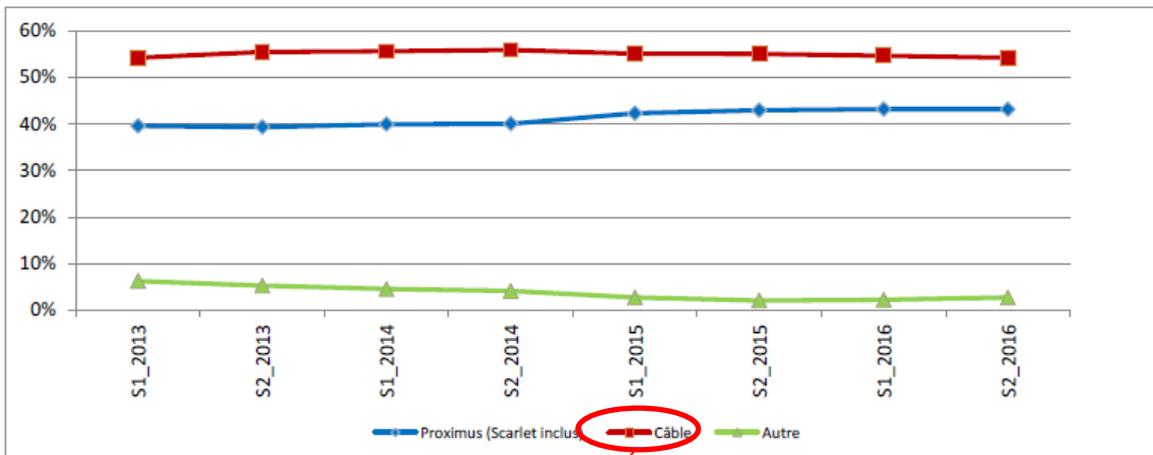
tableaux ci-dessous, issus du Projet de décision et de ses annexes, constituent des exemples frappants de cette présentation trompeuse des faits.

	National						
	Haut débit résidentiel	Haut débit mass-market	2P haut débit et TV	3P haut débit et TV	Haut débit entreprises (toutes)	Haut débit entreprises (> 10 pers.)	Radio-diffusion
Proximus	[40-50]%	[40-50]%	[40-50]%	[40-50]%	[50-60]%	[50-60]%	[30-40]%
Câble	[50-60]%	[50-60]%	[40-50]%	[50-60]%	[30-40]%	[10-20]%	[60-70]%
Autres	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
HHI	3520	3714	2948	3775	4445	4573	3305

Pourquoi grouper trois opérateurs (Brutélé, Nethys et Telenet – en ce compris probablement SFR) comme s'ils n'en formaient qu'un seul ?

Tableau 3 : Parts de marché et indices HHI (2016)¹³⁶

148. Cette assimilation trompeuse des câblo-opérateurs comme formant un seul opérateur se retrouve également dans l'analyse du marché de détail du haut débit. Cette assimilation se justifie d'autant moins qu'il n'est pas question ici de la technologie utilisée pour transmettre les services concernés mais bien des parts de marché de chaque opérateur.



Pourquoi grouper trois opérateurs dans un graphique qui prétend présenter les parts de marché « par opérateur » ? Cela donne l'impression qu'il existe en Belgique un « super-opérateur » dont les parts de marché dépassent de loin celles de Proximus, alors que ce n'est pas le cas.

Figure 16 : Parts de marché sur le marché du haut débit fixe résidentiel, présentées par le Régulateur comme étant les « parts de marché [...] par opérateur »¹³⁷

¹³⁶ CSA, Annexe D ; IBPT, Annexe E.
¹³⁷ IBPT, para. 263, figure 21.

149. Une telle présentation des parts de marché est d'autant plus trompeuse que les parts de marché divergent très fortement entre câblo-opérateurs.

150. Alors que Telenet représente près de 50% du marché national de la radiodiffusion télévisuelle, la part de marché respective de Nethys et Brutélé peine à atteindre [CONFIDENTIEL] pour la première et [CONFIDENTIEL] pour la seconde.

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Telenet	[50-60] %	[50-60] %	[40-50] %	[40-50] %	[40-50] %	[40-50] %	[40-50] %
Proximus¹⁹²	[20-30]%	[20-30]%	[20-30]%	[20-30]%	[20-30]%	[30-40]%	[30-40]%
Nethys	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%
Brutélé	[5-10]%	[5-10]%	[5-10]%	[5-10]%	[5-10]%	[5-10]%	[0-5]%
SFR	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
Orange							[0-5]%
Alpha Networks	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%			
BASE				[0-5]%	[0-5]%		

Tableau 4 : Parts de marché sur le marché des raccordements à la télévision (analogique + numérique)¹³⁸

151. Quant aux parts de marché de Nethys et de Brutélé en matière de haut débit, elles n'atteignent même pas les [CONFIDENTIEL].

152. En effet, tel qu'il ressort du tableau communiqué par le Régulateur à la demande de Nethys et Brutélé par courrier électronique du 10 août 2017 et reproduit ci-dessous, la part de marché de Nethys et Brutélé sur le marché national de la radiodiffusion télévisuelle s'élève respectivement à [CONFIDENTIEL] et [CONFIDENTIEL]. Quant à leur part de marché en matière de haut débit, elle n'est respectivement que de [CONFIDENTIEL] et [CONFIDENTIEL].

	National						
	Haut débit résidentiel	Haut débit mass-market	2P haut débit et TV	3P haut débit et TV	Haut débit entreprises (toutes)	Haut débit entreprises (>10 pers.)	Radio-diffusion
Proximus	[40-50]%	[40-50]%	[40-50]%	[40-50]%	[50-60]%	[50-60]%	[30-40]%
Nethys	[CONF.]	[CONF.]	[CONF.]	[CONF.]	[CONF.]	[CONF.]	[CONF.]
Brutélé	[CONF.]	[CONF.]	[CONF.]	[CONF.]	[CONF.]	[CONF.]	[CONF.]
Câble (autres)	[40-50]%	[40-50]%	[20-30]%	[40-50]%	[30-40]%	[10-20]%	[40-50]%
Autres	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%

¹³⁸

CSA, para. 312 ; IBPT, para. 534.

Tableau 1 : Parts de marché au niveau national (2016)¹³⁹

153. Bien évidemment, les petits opérateurs que sont Nethys et Brutélé ne peuvent nullement être comparés, et très certainement pas assimilés, à un opérateur aussi important que Telenet.

Une présentation des marchés nationaux de la radiodiffusion télévisuelle et du haut débit assimilant néanmoins ces deux types d'opérateurs a nécessairement pour effet (et peut-être même pour objet) de donner une importance démesurée aux câblo-opérateurs dont la part de marché sur le marché national est insignifiante. Ce faisant, elle est tronquée, voire même orientée. Elle est en outre grandement préjudiciable aux petits câblo-opérateurs.

154. En conséquence, à défaut de subdivision supplémentaire, cette présentation « groupée » des marchés nationaux de la radiodiffusion télévisuelle et du haut débit doit être supprimée, ainsi que toute autre occurrence de cet amalgame entre câblo-opérateurs¹⁴⁰.

155. En ce qui concerne les parts de marché à proprement parler, le Régulateur ne manquera pas de constater que la part de marché respective de Nethys et de Brutélé, soit [CONFIDENTIEL] et [CONFIDENTIEL] pour la radiodiffusion télévisuelle et [CONFIDENTIEL] et [CONFIDENTIEL] pour le haut débit, est à ce point insignifiante (surtout en ce qui concerne Brutélé¹⁴¹) qu'elle ne saurait s'apparenter à une quelconque puissance significative sur le marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle ou sur celui du haut débit. Il est dès lors parfaitement injustifié et disproportionné de leur imposer la moindre obligation réglementaire sur cette base. Une telle intervention réglementaire manquerait du reste cruellement de pertinence et d'efficacité puisqu'elle n'affecterait qu'une infime part du marché. Seuls [CONFIDENTIEL] des ménages belges pour la télévision et [CONFIDENTIEL] des ménages belges pour le haut débit seraient affectés par une réglementation *ex ante* du réseau câblé de Brutélé. Ces chiffres atteignent à peine [CONFIDENTIEL] pour la télévision et [CONFIDENTIEL] pour le haut débit lorsqu'il s'agit du réseau câblé de Nethys, ce qui reste très modeste.

À considérer qu'une réglementation *ex ante* est effectivement nécessaire sur le marché de la radiodiffusion belge et/ou le marché du haut débit, *quod non* (voir

¹³⁹ Source : données transmises par l'IBPT à la demande de Nethys et de Brutélé le 10 août 2017.

¹⁴⁰ Le Projet de décision regorge de ces instances de « présentation groupée » des câblo-opérateurs : voir, à titre d'exemples, CSA (paras 97, 182 (figure 2), 289 (tableau 4)), 312, 333, 349, 383, 384, 406, 411, 470.2, 474, 488, 503 et 1019) et IBPT (paras 275, 313, 316, 317, 319, 322, 404 (figure 67), 511 (tableau 14), 534, 552, 568, 602, 603, 642, 647, 707.2, 711, 725, 1399, 1400, 1409, 1413, 1415 à 1418, 1435, 1521, 1780, 2027 et 2492).

¹⁴¹ [CONFIDENTIEL]

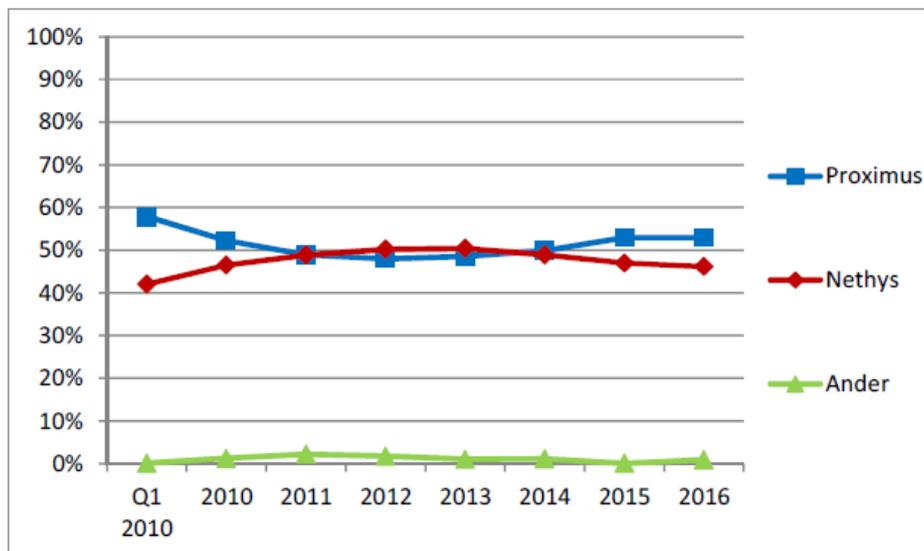
paragraphe 141 à 144 ci-avant), elle devrait nécessairement porter sur le réseau de Proximus, qui offre l’avantage d’une solution nationale, afin d’affecter substantiellement le marché de détail et ainsi rencontrer l’objectif de toute intervention réglementaire *ex ante*, c’est-à-dire procurer des avantages aux consommateurs finaux en rendant les marchés de détail concurrentiels de façon durable¹⁴².

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

4.2.2 Niveau des zones de couverture de Nethys et de Brutélé

156. Lorsque, de manière complètement injustifiée, le Régulateur calcule les parts de marché de la télévision numérique au sein même de la zone de couverture de Nethys et Brutélé, il est frappant de constater que ces opérateurs historiques ont aujourd’hui perdu bon nombre de clients au profit de leur plus grand concurrent, Proximus.

En fait, tant sur le réseau câblé de Nethys que sur celui de Brutélé, Proximus est l’opérateur dominant :



¹⁴² Note explicative accompagnant la recommandation de la Commission concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d’être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (Nom original en anglais: “*Explanatory note accompanying the Commission Recommendation on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services*”), SWD(2014)298, 9 octobre 2014 (la **Note explicative 2014**), p. 5.

Figure 2 : Parts de marché de la télévision numérique dans la zone câblée de Nethys¹⁴³

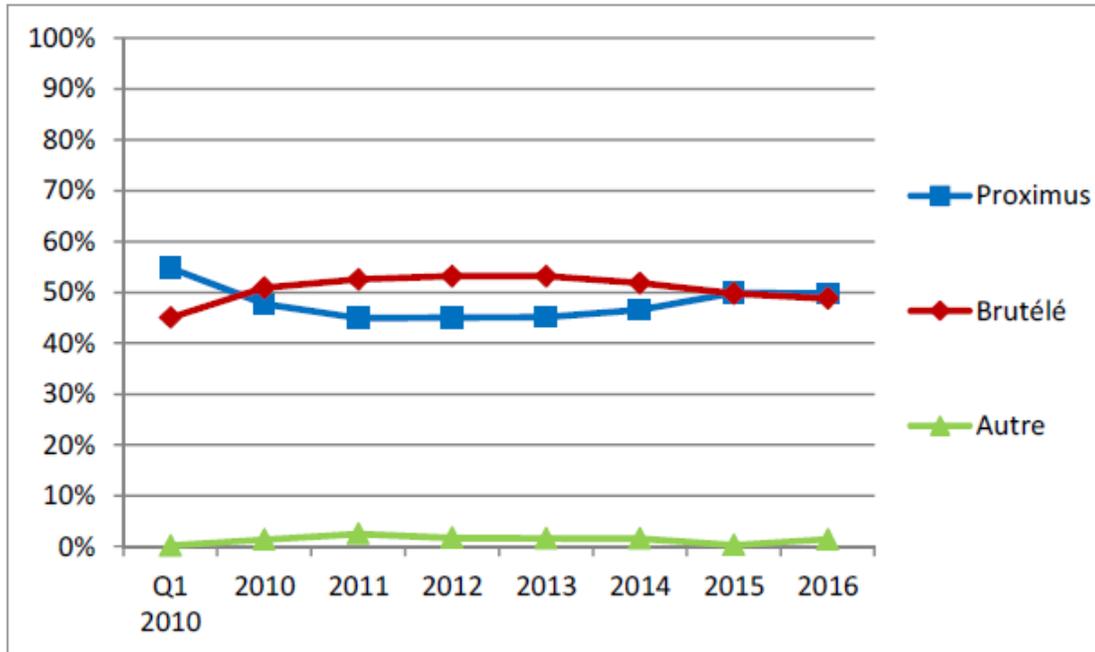
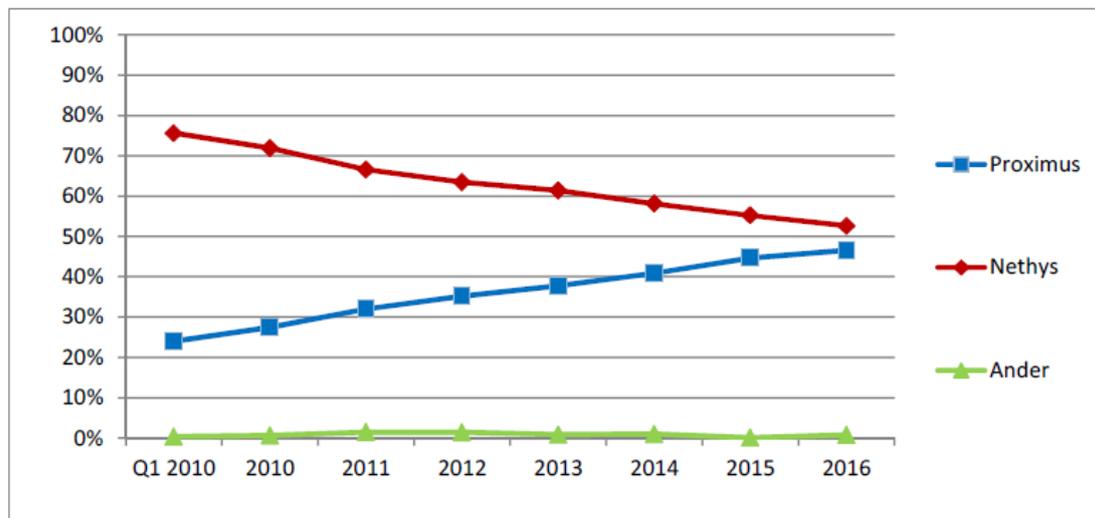


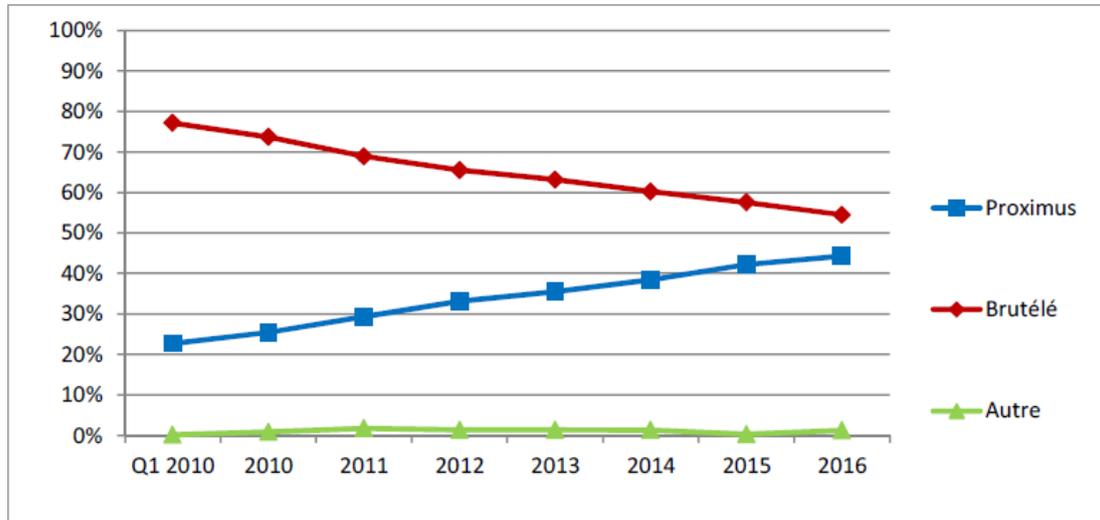
Figure 4 : Parts de marché de la télévision numérique dans la zone câblée de Brutélé¹⁴⁴

157. L’analyse des parts de marché de la télévision analogique et numérique dans les zones câblées de Nethys et Brutélé fait, elle aussi, état de la montée en puissance de Proximus sur le marché de la radiodiffusion télévisuelle aux dépens des opérateurs historiques.



¹⁴³ CSA, para. 320, figure 16.

¹⁴⁴ CSA, para. 317, figure 7 ; IBPT, para. 539, figure 77.

Figure 3 : Parts de marché télévision (analogique + numérique) dans la zone câblée de Nethys¹⁴⁵**Figure 5 : Parts de marché télévision (analogique + numérique) dans la zone câblée de Brutélé¹⁴⁶**

158. On constate effectivement une très nette tendance des parts de marché de Proximus d'une part et de Nethys et Brutélé d'autre part, à converger l'une vers l'autre. Cette tendance est éminemment pertinente dans le cas d'espèce. Il est constant en droit de la concurrence que l'évolution dans le temps des parts de marché constitue une information importante pour comprendre le processus concurrentiel et l'importance de certains concurrents au regard de leurs pertes ou de leurs gains de parts de marché¹⁴⁷. La tendance à la prédominance de Proximus qui ressort clairement de ces figures est d'autant plus encline à perdurer que tant les utilisateurs finals que les câblo-opérateurs (tels que l'ex-SFR par exemple) abandonnent progressivement la télévision analogique.

159. La poursuite de la convergence identifiée ci-dessus entraînera une inversion des positions respectives des opérateurs sur le marché de la radiodiffusion télévisuelle, et ce dès 2018 (c'est-à-dire l'année d'adoption probable des nouvelles analyses de marché). Une analyse des parts de marché représentées dans les figures ci-avant montre que, sur une période de six années (de 2010 à 2016), les parts de marché de Nethys et Brutélé ont, en moyenne, diminué de 3,5% par an au profit de Proximus. Ceci laisse à supposer qu'en 2018, les parts de marché de Nethys et Brutélé seront inférieures à 50%. A l'inverse, les parts de marché de Proximus dépasseront très probablement les 50% de sorte que Proximus sera indubitablement le premier opérateur sur ces marchés.

¹⁴⁵ CSA, para. 320, figure 15.

¹⁴⁶ CSA, para. 317 ; IBPT, para. 539.

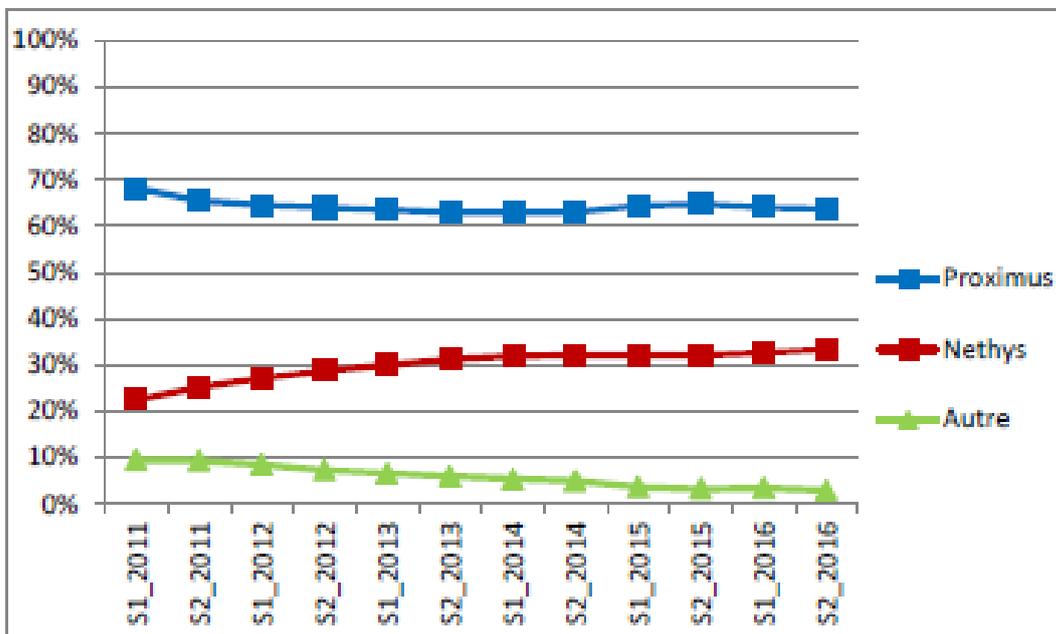
¹⁴⁷ FAULL & NIKPAY, *The EU law of Competition*, 3^e ed., 2014, Oxford, n° 4.168.

160. La Commission européenne soutient cette analyse. Dans ses observations du 5 février 2016, elle constate que « [d]ans la zone couverte par le réseau de Nethys et 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 la radiodiffusion (jusqu'à 40% désormais) »¹⁴⁸.

161. Vu l'obligation faite aux autorités réglementaires nationales d'analyser de manière prospective les marchés pertinents aux fins d'imposer une régulation *ex ante*, le Régulateur n'a d'autre choix que d'inclure « dans cette évaluation une appréciation de l'évolution ultérieure du marché »¹⁴⁹. En l'espèce, cette évolution ne laisse aucune place au doute: au cours de la prochaine période de régulation, Proximus deviendra leader sur le marché de la radiodiffusion télévisuelle au sein des zones de couverture de Nethys et Brutélé.

162. Cette conclusion s'impose également en ce qui concerne le marché du haut débit, où Proximus s'impose de manière encore plus nette face à Nethys et à Brutélé.

Ce constat se base sur les données sans équivoque fournies par le Régulateur lui-même :



¹⁴⁸ Observations de la Commission européenne du 5 février 2016 dans l'affaire BE/2016/1829, C(2016) 795, note de bas de page 21 (nous soulignons).

¹⁴⁹ Lignes directrices de la Commission européenne sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, paras 20, 27, 35 et 70.

Figure 17 : Parts de marché sur le marché du haut débit fixe dans la zone câblée de Nethys¹⁵⁰

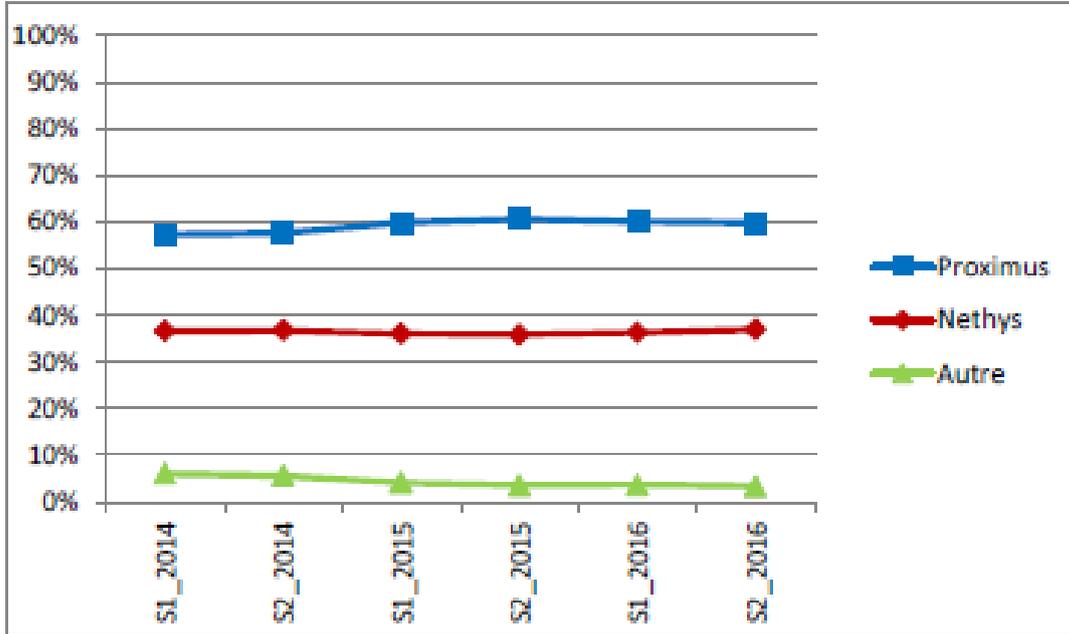


Figure 8 : Parts de marché sur le marché du haut débit fixe résidentiel dans la zone câblée de Nethys¹⁵¹

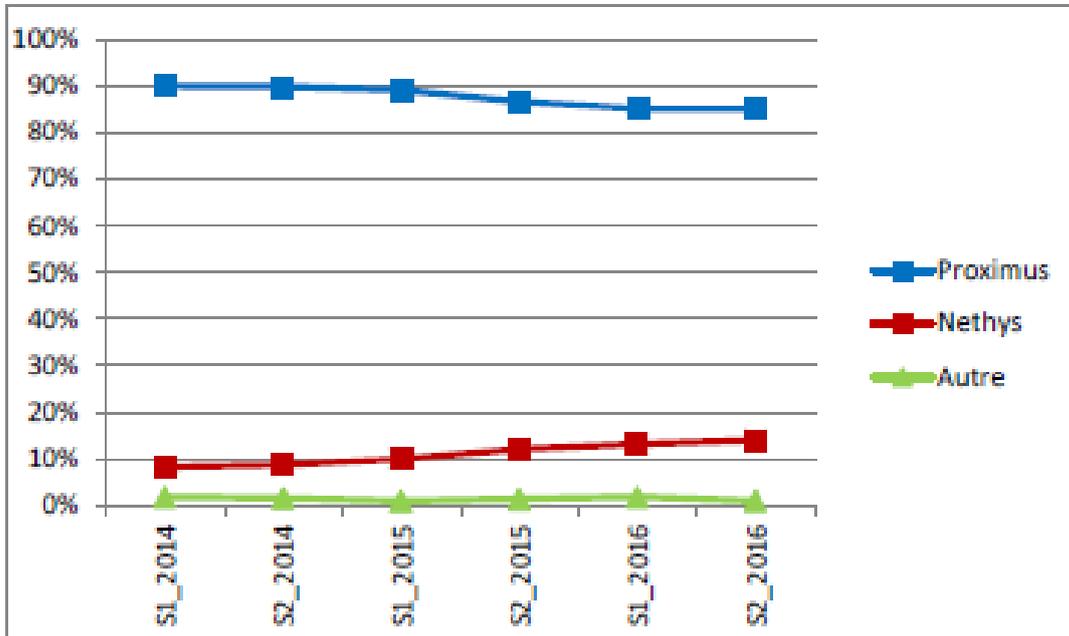


Figure 9 : Parts de marché sur le marché du haut débit fixe non résidentiel dans la zone câblée de Nethys¹⁵²

¹⁵⁰ IBPT, para. 290, figure 50.

¹⁵¹ IBPT, para. 292, figure 53.

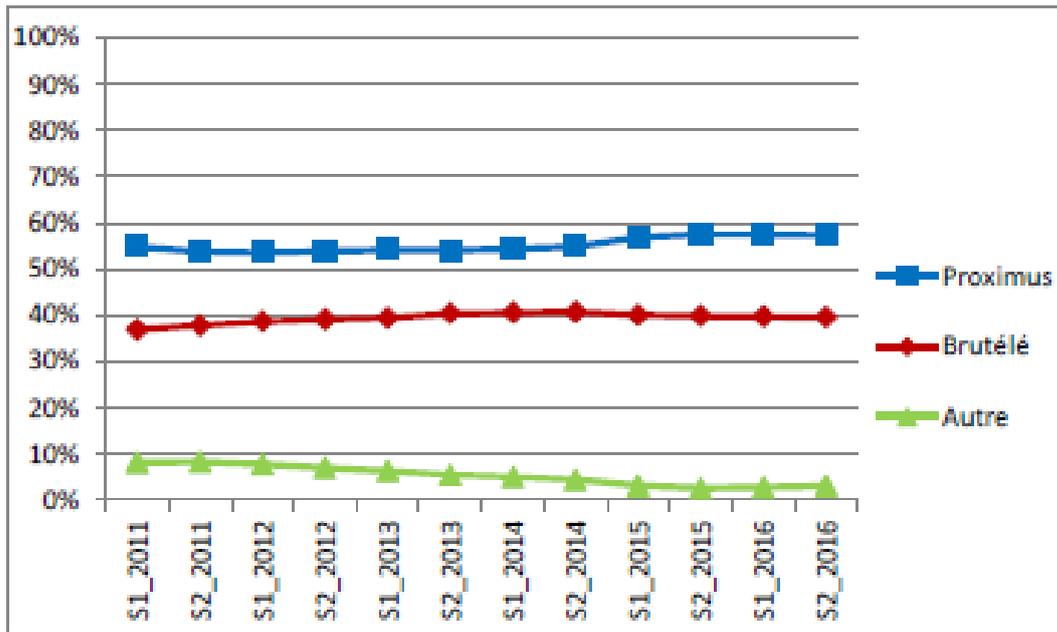


Figure 18 : Parts de marché sur le marché du haut débit fixe dans la zone câblée de Brutélé¹⁵³

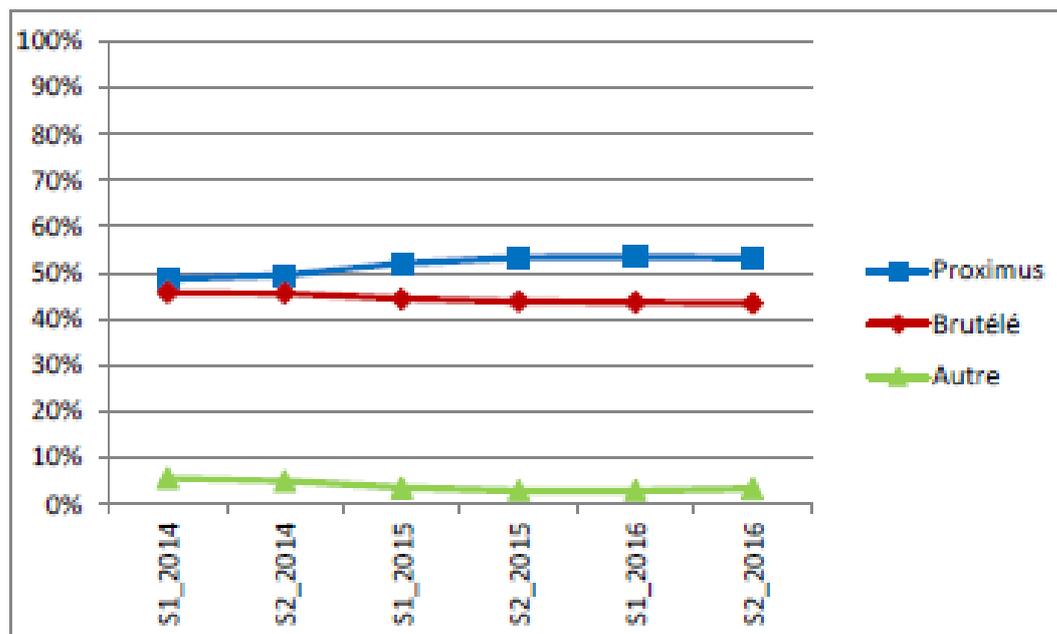


Figure 6 : Parts de marché sur le marché du haut débit fixe résidentiel dans la zone câblée de Brutélé¹⁵⁴

¹⁵² IBPT, para. 291, figure 51.

¹⁵³ IBPT, para. 285, figure 44.

¹⁵⁴ IBPT, para. 287, figure 47.

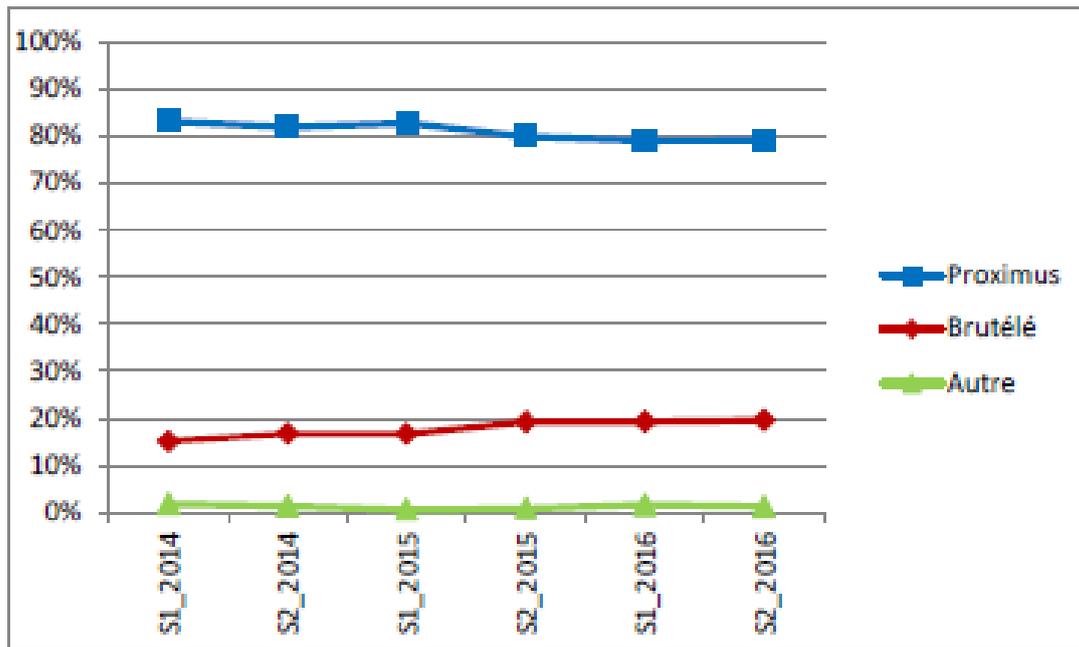


Figure 7 : Parts de marché sur le marché du haut débit fixe non résidentiel dans la zone câblée de Brutélé¹⁵⁵

163. Il est donc injustifié d'imposer à Nethys ou à Brutélé des obligations réglementaires concernant un service pour lequel elles sont très loin de détenir la moindre position dominante ou la moindre puissance sur le marché.

4.2.3 Conclusion

164. Les développements inclus dans le Projet de décision concernant le nombre d'opérateurs présents sur les marchés ne permettent pas de conclure que la concurrence n'est pas effective. Le Régulateur échoue donc à démontrer qu'une réglementation *ex ante* des marchés de gros de la radiodiffusion télévisuelle et du haut débit situés en amont (et donc l'imposition d'obligations réglementaires) est nécessaire. Cette conclusion ne surprend pas. La Commission européenne est également d'avis qu'un nombre limité d'opérateurs ne suffit pas à justifier une réglementation *ex ante*¹⁵⁶. Telle est également l'opinion de l'ABC dans la Décision BMA-2017-C/C-23 du 12 juin 2017 relative à l'acquisition de SFR par Telenet¹⁵⁷. Le Collège de la concurrence a en effet accepté de réduire le nombre d'opérateurs présents sur le marché national de la radiodiffusion télévisuelle de six (Proximus, Orange, Telenet, SFR, Nethys et Brutélé) à cinq. La concentration du marché belge

¹⁵⁵ IBPT, para. 287, figure 46.

¹⁵⁶ Note explicative 2007, p. 48.

¹⁵⁷ Cette décision est disponible sur le site Internet de l'ABC à l'adresse suivante : https://www.abc-bma.be/sites/default/files/content/download/files/bma-2017-cc-23_pub.pdf (dernière consultation : le 4 septembre 2017).

de la radiodiffusion télévisuelle ne semble donc pas être une préoccupation concurrentielle pour l'ABC.

165. Quoiqu'il en soit, le Régulateur doit se rendre à l'évidence : le marché belge de la radiodiffusion télévisuelle et de l'Internet haut débit (ainsi que tout autre marché des communications électroniques en Belgique) n'attire que très peu de candidats. Les raisons sont diverses et comprennent notamment la taille réduite du marché belge, le nombre de langues nationales ou encore l'existence de plusieurs régulateurs. Le caractère peu attractif du marché belge est entre autres attesté par le nombre restreint d'opérateurs alternatifs ayant sollicité l'accès au câble de Nethys et de Brutélé sous le bénéfice de la phase de lancement (offrant pourtant des conditions tarifaires très avantageuses). Même la maison-mère de SFR, le groupe français Altice, n'a pas souhaité investir plus fortement dans le marché belge, choisissant plutôt de s'en retirer via la vente de SFR à Telenet.

Face à un marché d'une taille aussi restreinte, il est évident que seul un nombre restreint d'opérateurs peut parvenir à offrir des services de radiodiffusion télévisuelle et de l'Internet haut débit de manière rentable et viable. Ces circonstances expliquent d'ailleurs la nécessité de la collaboration entre Nethys et Brutélé en vue de rester innovant. S'efforcer d'attirer de nouveaux opérateurs sur le marché belge de la radiodiffusion télévisuelle et de l'Internet haut débit à tout prix, au détriment d'opérateurs déjà présents tels que Nethys et Brutélé, est tout simplement vain.

4.3 Évolution des prix

166. Sous prétexte de ce que les services de télécommunications fixes des opérateurs belges dans leur globalité ont fait l'objet d'augmentations de prix depuis 2011, le Régulateur conclut à une absence de pression concurrentielle sur les opérateurs. Selon le Régulateur, cette hausse des prix constitue un indice démontrant l'indépendance des opérateurs tant vis-à-vis de leurs concurrents que des consommateurs.

167. Cette analyse du Régulateur procède toutefois d'un raisonnement extrêmement simpliste ne tenant pas dûment compte de l'impact des offres groupées (pourtant omniprésentes), du saut qualitatif des offres proposées aux consommateurs et de la situation des services VOO qui ont connu une évolution des prix des offres groupées généralement inférieure à l'indice des prix à la consommation et un « *maintien [...] du niveau des prix de la large bande standalone* »¹⁵⁸.

Le Régulateur se contente en effet de fonder son raisonnement sur (i) l'évolution des prix des offres *standalone* ; (ii) les prix de la télévision numérique *standalone* ont

¹⁵⁸ IBPT, para. 301.

augmenté ; et (iii) les prix des offres groupées avec une composante de radiodiffusion télévisuelle ont augmenté.

168. Ce faisant, le Régulateur fait fi du contexte plus général et se complait dans des raccourcis réducteurs qui ne résistent pas à l'analyse.

4.3.1 Évolution des prix des offres *standalone*

169. En ce qui concerne la télévision analogique *standalone*, il est essentiel de garder à l'esprit que ce produit est progressivement déserté par les utilisateurs finals qui lui préfèrent la télévision numérique. La figure ci-dessous l'illustre parfaitement. Depuis 2011, le pourcentage des ménages belges ayant souscrit à la télévision analogique seule a diminué de 35% à 10%.

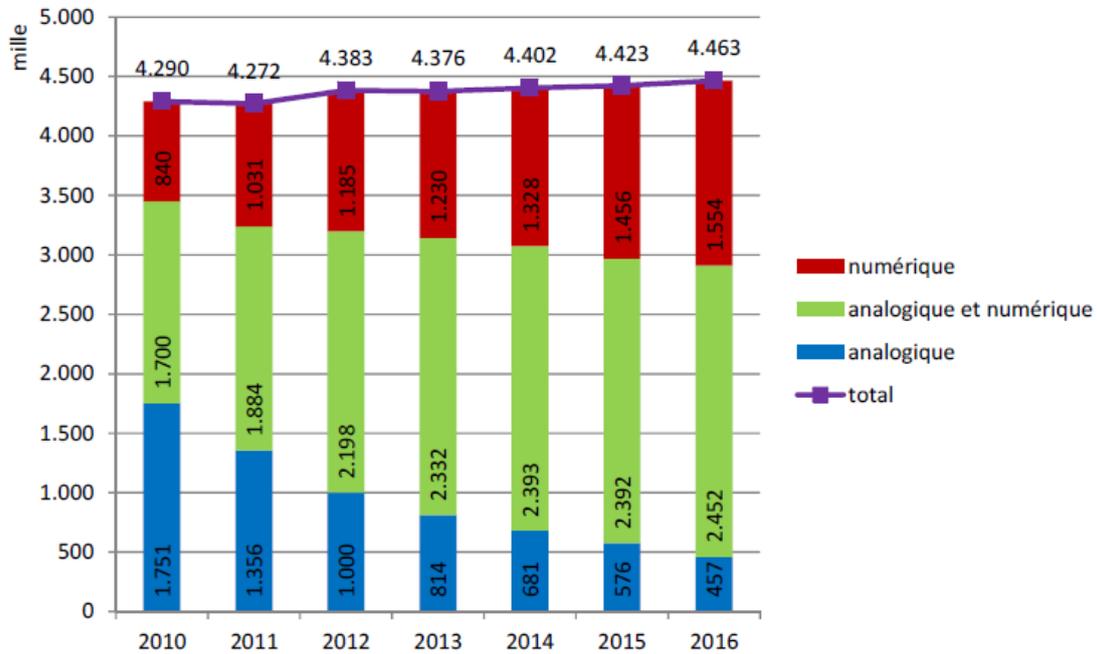


Figure 1 : Évolution du nombre total de raccordements sur le marché national de la radiodiffusion (télévision analogique + numérique)¹⁵⁹

Le caractère dépassé de la télévision analogique incite Nethys et Brutélé à renoncer à ce produit, à l'instar de SFR. Comme le reconnaît le Régulateur, « *une nouvelle augmentation de la capacité est possible entre autres [...] en supprimant les chaînes analogiques, ce qui libère davantage d'espace de fréquences sur le câble, et en remplaçant ces chaînes analogiques par des chaînes numériques* »¹⁶⁰. Nethys et Brutélé pourront ainsi, à terme, se concentrer sur leurs activités numériques.

¹⁵⁹ CSA, para. 310 ; IBPT, para. 532.

¹⁶⁰ IBPT, para. 118.

Enfin, et à toutes fins utiles, il semble nécessaire de rappeler que la télévision analogique *standalone* n'est jamais offerte dans le cadre d'offres groupées.

170. En ce qui concerne l'augmentation des prix de la télévision numérique *standalone* reprise par le Régulateur, il convient de noter qu'une partie de cette augmentation est due à un facteur exogène, à savoir l'augmentation de la TVA, qui est passée de 12% à 21% sur la télévision numérique en 2012. Mais surtout, le Régulateur se plaît à ignorer complètement l'augmentation de la qualité des services (avec notamment la haute définition et l'ultra haute définition (4K) qui prennent davantage de capacité). Les augmentations du prix de la télévision numérique ne sont que le corolaire de ces évolutions bénéfiques pour le consommateur.

171. Ainsi, entre 2011 et 2017, Nethys et Brutélé ont développé trois décodeurs différents ainsi qu'une carte TV numérique. Ces décodeurs ont des fonctionnalités toujours plus sophistiquées, comme le montre le tableau ci-dessous, qui compare les fonctionnalités du décodeur le plus ancien (VOOcorder) à celles du plus récent (la boîte .évasion).

		TV numérique	
		.évasion	VOOcorder
FONCTIONNALITÉS	Enregistrement (33h) + disque dur amovible (80h)		Enregistrement (61h)
	3 enregistrements simultanés		2 enregistrements simultanés
	Contrôle du direct		Contrôle du direct
	Revoir (jusqu'à 7 jours)		-
	Redémarrer (avec avance rapide)		-
	Accès à VOOmotion (via wifi VOO ou point d'accès Wi-Free)		Accès à VOOmotion (via wifi VOO ou point d'accès Wi-free)
	Applications pratiques		-
	Mur video + guide par genre		-
	Enregistrement à distance		-
	Suggestion personnalisée de programmes		-

Tableau 5 : Comparaison des fonctionnalités du décodeur VOO le plus ancien (VOOcorder) avec celles du décodeur VOO le plus récent (.évasion) (télévision numérique)

172. En outre, le contenu offert aux abonnés des offres de télévision numérique a également été considérablement enrichi. L'expérience télévisuelle des abonnés d'aujourd'hui n'est en rien comparable à ce qui était disponible en 2011. Les abonnés peuvent par exemple profiter de chaînes en qualité numérique de haute définition (HD) et d'ultra haute définition (4K).

173. En ce qui concerne les prix de l'Internet haut débit, le Régulateur reconnaît que les niveaux des prix des services haut débit *standalone* VOO se sont maintenus. En outre, cette stabilité des prix s'est accompagnée de l'augmentation de la qualité du service décrite ci-dessous.

4.3.2 Évolution des prix des offres groupées

174. En ce qui concerne les prix des offres groupées avec une composante de radiodiffusion télévisuelle (à laquelle le Régulateur se réfère au moyen d'un simple renvoi, ce qui laisse entendre qu'il accorde à ce critère une importance moindre), les informations produites dans le Projet de décision ne permettent aucunement de déduire qu'une composante d'une offre groupée est à l'origine d'une partie significative des évolutions du prix de cette offre groupée.

175. L'analyse des prix des offres groupées par le Régulateur ignore complètement l'augmentation qualitative des offres et se contente de regarder l'évolution nominale des prix par plan tarifaire. Tant la télévision numérique que l'accès haut débit à Internet et la téléphonie fixe ont connu des évolutions significatives en termes de vitesse, de volume, de débit, de pénétration, de fonctionnalités, de qualité et de richesse de contenu¹⁶¹. Cette augmentation de la valeur des services explique l'évolution des offres en termes de profils (qualité, vitesse, fonctionnalité,...) et de prix.

À titre illustratif, il ne serait pas correct de conclure à une augmentation du prix des voitures en se basant sur une comparaison du prix d'un véhicule bas de gamme et sans option avec celui d'une voiture de luxe disposant d'une large gamme d'options. C'est pourtant ce que fait le Régulateur concernant les services inclus dans les offres groupées.

176. L'analyse d'une évolution du prix doit donc être faite sur la base de l'évolution du service. À niveau de qualité constant d'un service, on constate une sérieuse diminution du prix des services, comme le montre notamment le graphique ci-dessous concernant le coût par Gigabyte (Gb) consommé par les clients. Ce graphique permet de constater que, en quatre ans, le coût par Gb consommé a été divisé par six.

¹⁶¹ SPF Économie, baromètre de la société de l'information (2017).

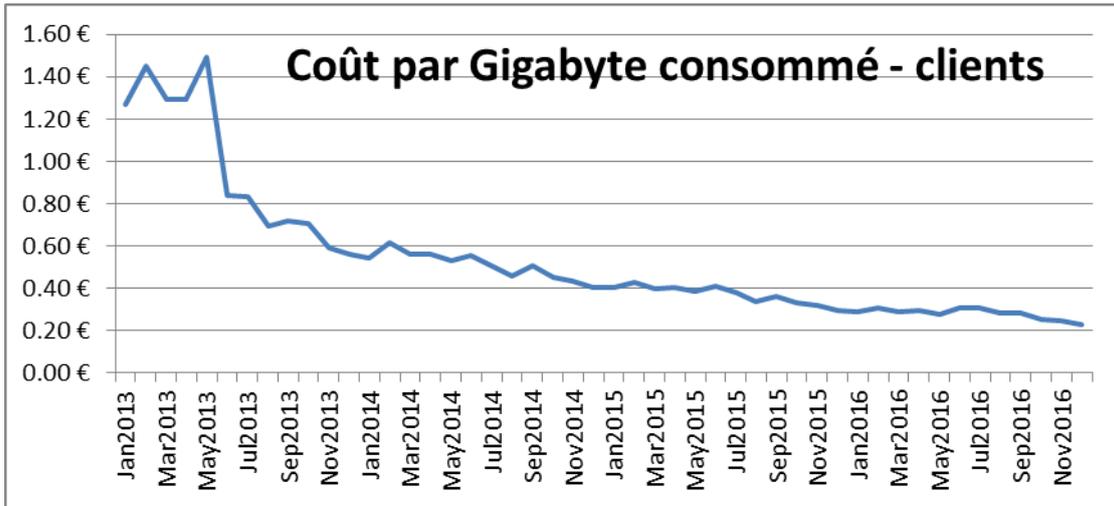
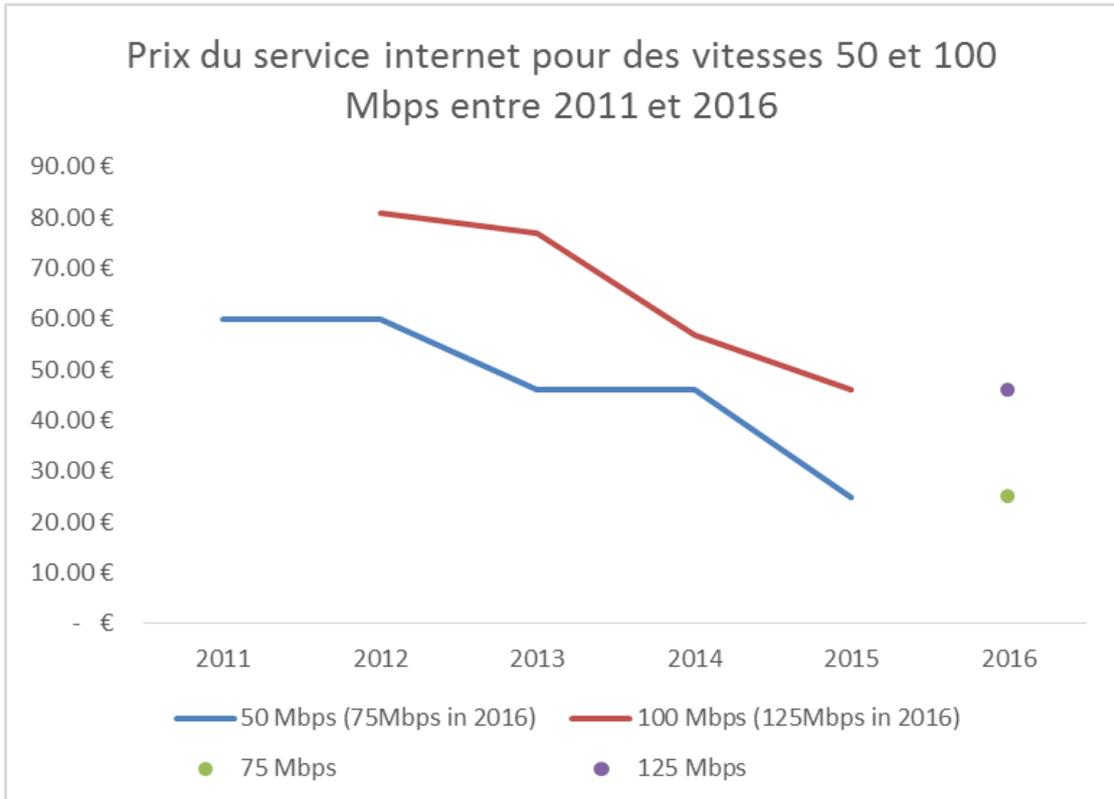


Figure 19 : Évolution du coût du Gigabyte consommé par les clients de janvier 2013 à novembre 2016

177. En outre, le prix du service Internet pour des vitesses de 50 et de 100Mbps a été divisé par deux entre 2011 et 2016, comme on peut le constater sur le tableau suivant.



178. Par ailleurs, l'analyse par le Régulateur des prix des offres groupées par plan tarifaire montre que les produits *dual play* Internet haut débit et télévision numérique

du secteur ont connu une évolution minimale et souvent inférieure à l'augmentation de l'indice des prix à la consommation.

179. C'est le cas pour Nethys et Brutélé, en ce qui concerne aussi bien les offres groupées *dual play* que *triple play* : ces offres sont à ce point concurrentielles que l'évolution de leur prix est restée inférieure à l'indice des prix à la consommation. En effet, sur l'ensemble de la période, l'augmentation maximale s'est limitée à 4,88% pour le *dual play* et à 6,26% pour le *triple play*, alors que l'indice des prix à la consommation a, lui, augmenté de 8,12%.

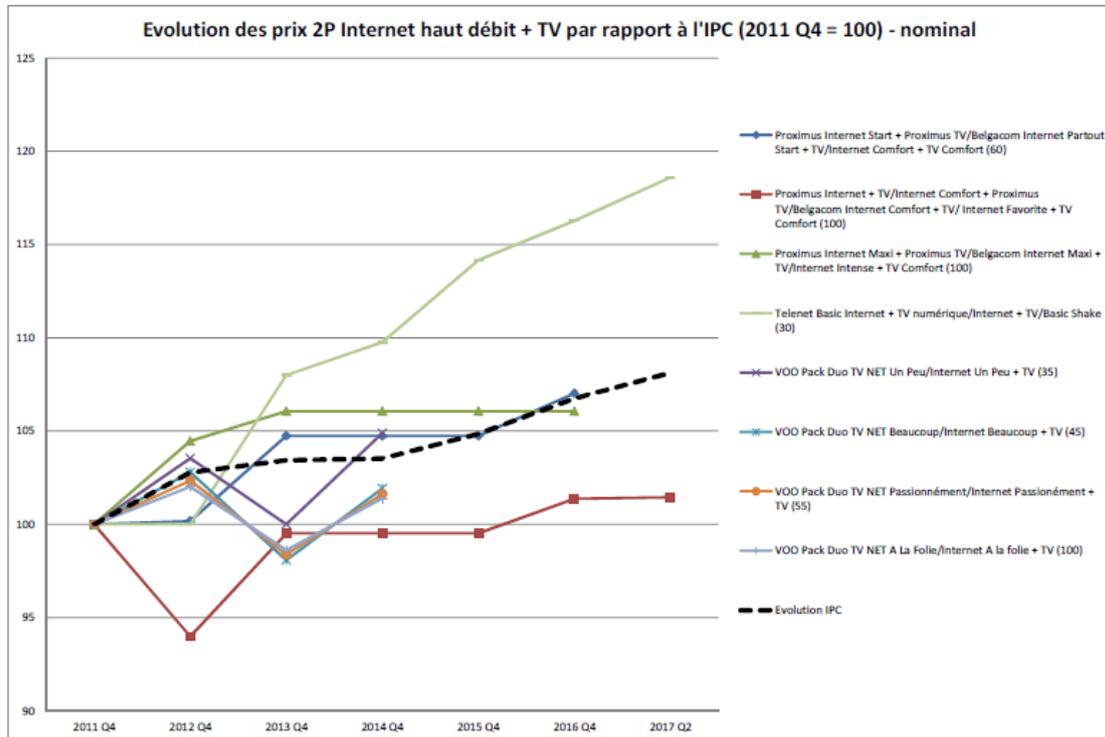


Figure 20 : Évolution des prix des produits dual play (Internet haut débit et télévision numérique) par rapport à l'indice des prix à la consommation¹⁶²

¹⁶² CSA, para. 414; IBPT, para. 650.

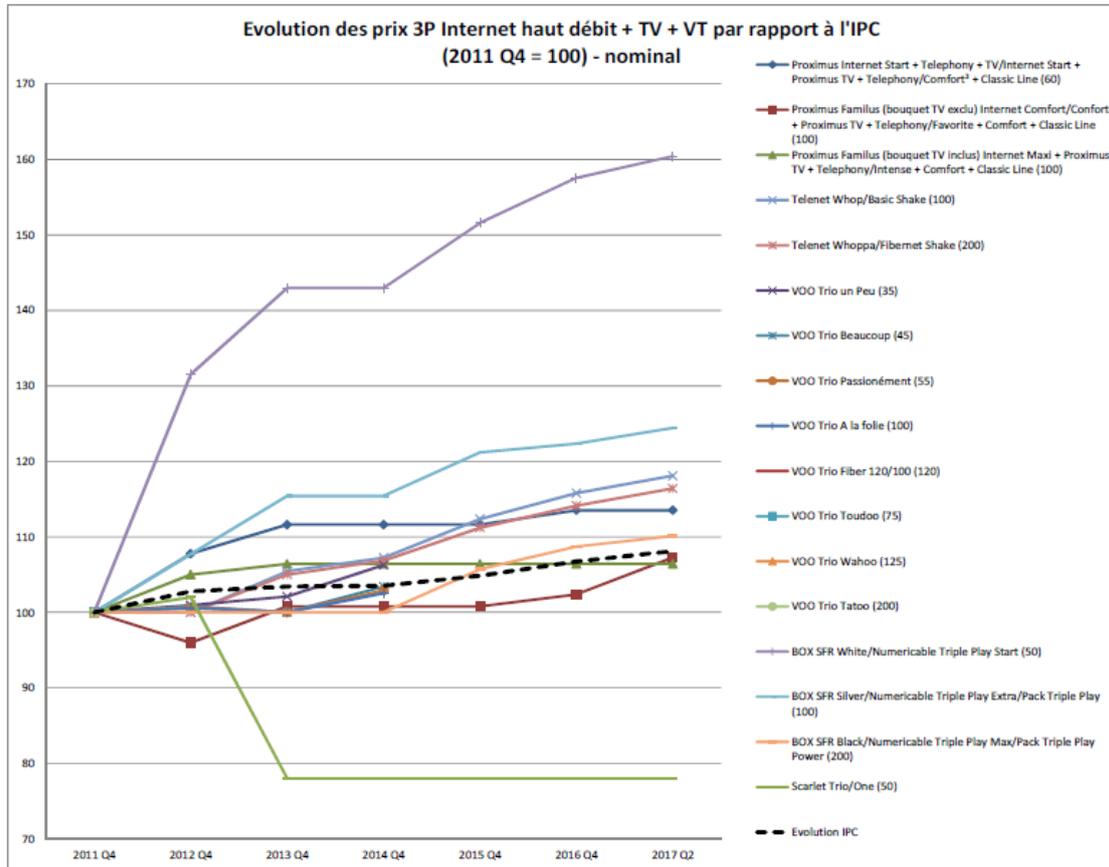


Figure 21 : Évolution des prix des produits triple play (Internet haut débit et télévision numérique) par rapport à l'indice des prix à la consommation¹⁶³

180. Le Régulateur le reconnaît en ces termes : « les produits double play ont connu une augmentation tarifaires minimale au cours de la période 2011-2017 », « le produit de base de Proximus et celui de VOO suivent la même tendance que l'IPC » et « les produits de haute et de moyenne gamme ont en général moins augmenté que l'IPC »¹⁶⁴.

181. Le faible niveau des prix pratiqués par Nethys et Brutélé pour leurs offres groupées est encore plus frappant si l'on étudie l'évolution du prix d'une offre groupée pour des vitesses constantes.

¹⁶³ CSA, para. 419 ; IBPT, para. 655.

¹⁶⁴ CSA, para. 414 ; IBPT, para. 650.

Le Régulateur a estimé qu'il « n'est pas évident de relier de manière univoque les nouveaux plans tarifaires aux produits historiques, au vu des spécifications des produits (vitesse de téléchargement) »¹⁶⁵. C'est pourtant simple. Il convient de poursuivre la comparaison avec les nouveaux plans tarifaires de 2015 qui remplacent les plans des années précédentes. En refusant de prendre en compte la continuité des offres, le Régulateur biaise les conclusions d'évolution des prix des offres VOO qui connaissent une baisse des tarifs accompagnée d'une augmentation des vitesses.

Il convient de relier les offres sur la base des spécifications similaires, en termes de vitesse et de consommation moyenne des clients, dans une optique conservatrice, de manière à ce que la courbe de l'offre *Beaucoup* (100Gb de téléchargement) se prolonge avec *Toudoo* (200Gb de téléchargement), l'offre *A la Folie* avec *Wahoo* et l'offre *Fiber* avec *Tatoo*.

Les graphiques ci-dessous montrent clairement une diminution (excepté pour un plan tarifaire) des prix des services VOO et une évolution des prix en-dessous de la courbe de l'IPC.

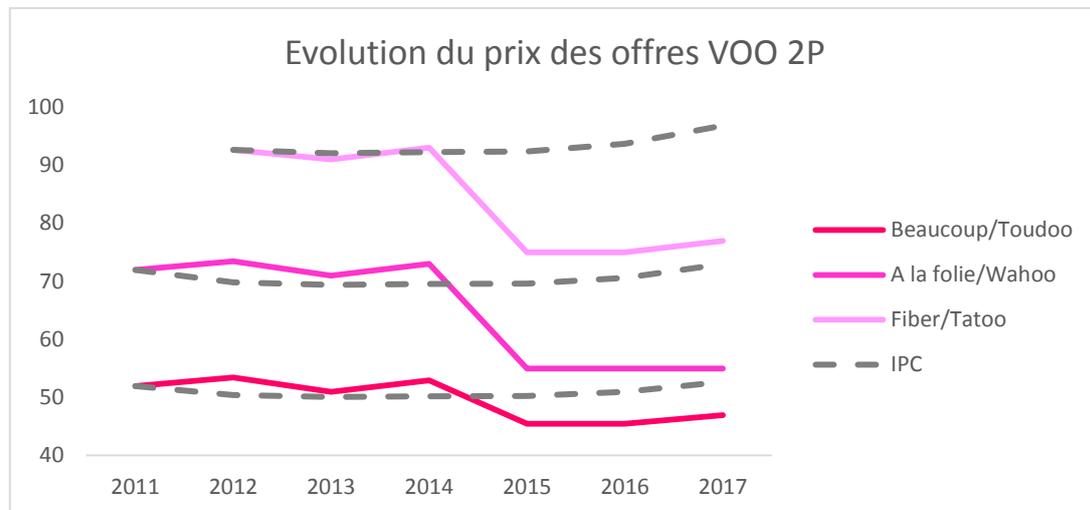


Figure 22 : Évolution des prix des offres VOO dual play

¹⁶⁵ CSA, paras 1044 et 1054 ; IBPT, para. 2527.

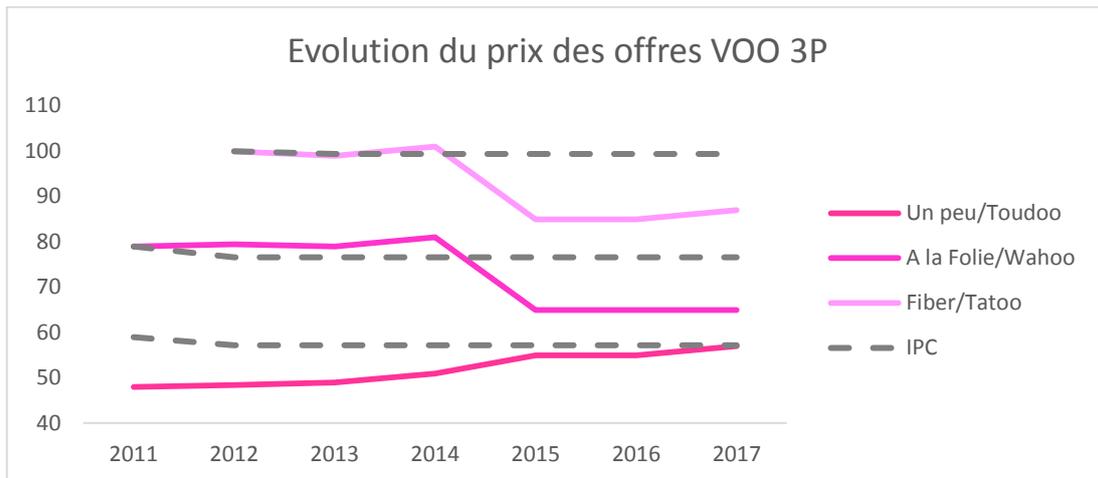


Figure 23 : Évolution des prix des offres VOO triple play

182. Enfin, si l'analyse de l'augmentation des prix est opérée au niveau des zones de couverture de Nethys et Brutélé et non plus au niveau national (malgré le caractère injustifié de cette délimitation géographique) – il est d'ailleurs étonnant que le Régulateur n'ait pas perpétué la dichotomie national / zone de couverture dans cette section –, celle-ci révèle que les prix de Nethys et Brutélé pour la télévision analogique et la télévision numérique *standalone* ainsi que pour les offres groupées¹⁶⁶ sont généralement inférieurs aux prix des autres opérateurs belges¹⁶⁷.

4.3.3 Évolution des prix des services de télécommunications en général

183. Par ailleurs, bien qu'il est exact que les prix des services mobiles ont tendance à diminuer, il est inexact d'affirmer que les prix des services fixes augmentent de manière générale¹⁶⁸.

D'une part, comme expliqué *supra*, à service et fonctionnalité constante, les prix des services fixes diminuent. C'est la valeur des services qui connaît une augmentation.

Par ailleurs, cette augmentation ne saurait être attribuable à l'ensemble des opérateurs. C'est d'autant plus vrai que l'augmentation la plus conséquente affecte la téléphonie fixe, soit un marché sur lequel Nethys et Brutélé sont très peu présentes (Proximus représente entre 60% et 70% de ce marché¹⁶⁹). L'évolution des prix de la large bande est, quant à elle, très proche de l'indice des prix à la consommation.

¹⁶⁶ CSA, paras 413 et 416 ; IBPT, paras 649 et 652.

¹⁶⁷ Tout particulièrement en ce qui concerne les offres groupées.

¹⁶⁸ CSA, para. 485 ; IBPT, para. 722.

¹⁶⁹ IBPT, para. 607.

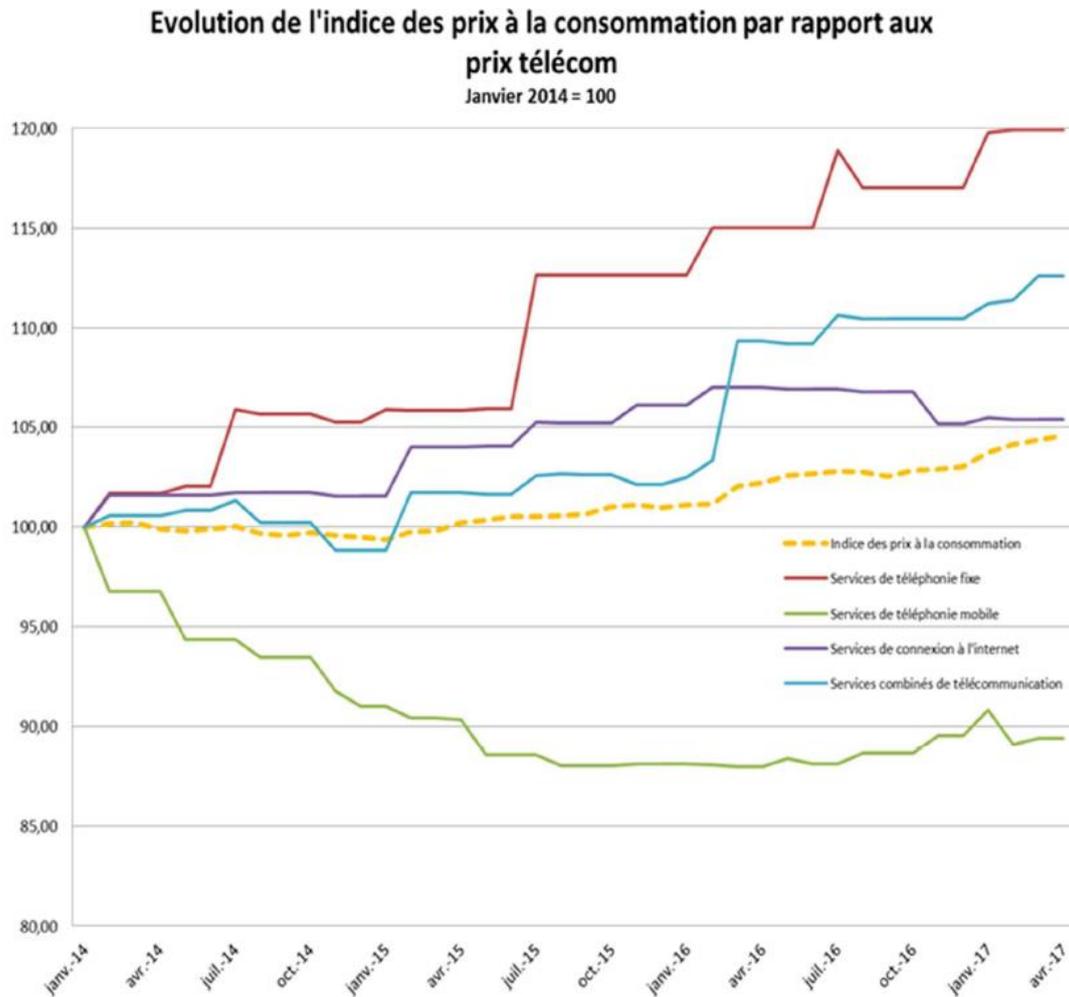


Figure 24 : Évolution de l'indice des prix à la consommation et des prix des services de télécommunications (SPF Économie)¹⁷⁰

184. Sur la zone de couverture de Nethys et Brutélé, il est donc indéniable que les prix des offres télévisuelles n'ont pas augmenté de manière significative entre 2011 et 2017, ces prix étant restés très proches de l'indice des prix à la consommation, si pas en dessous. L'approche adoptée par le Régulateur, qui consiste à ne pas relier les anciennes et nouvelles offres, est trompeuse puisque les importantes réductions de prix et augmentations de vitesse accordées avec le lancement des nouvelles offres ne sont pas prises en considération. Une fois les offres équivalentes mises bout à bout, les conclusions du Régulateur apparaissent manifestement fausses. Les prix pratiqués par Nethys et Brutélé sont extrêmement concurrentiels et bien inférieurs à l'IPC.

185. Il résulte de ce qui précède que les conditions concurrentielles sur leurs zones de couverture ne permettent pas à Nethys et Brutélé de se conduire de

¹⁷⁰ CSA, para. 485, figure 51 ; IBPT, para. 722, figure 113.

manière autonome et indépendante par rapport au marché dans leur pratique tarifaire. Nethys et Brutélé ne disposent dès lors d'aucune puissance significative sur le marché.

4.4 Possibilités financières attestant de la capacité d'un opérateur à agir indépendamment de son environnement concurrentiel

186. À titre liminaire, il est important de souligner qu'à l'exception des chiffres d'affaires cités par le Régulateur (dont il sera question ci-dessous), seules les possibilités financières de Telenet et Proximus sont analysées par le Régulateur. Nethys et Brutélé sont tout simplement passées sous silence lorsqu'il est question de l'EBITDA d'une part et du profil financier et de l'accès au marché des capitaux d'autre part¹⁷¹. La marge bénéficiaire de Nethys et Brutélé est également passée sous silence. Ceci n'étonne guère puisque, jusqu'en 2015, Nethys était en perte. C'est donc uniquement à Proximus et Telenet que le Régulateur fait allusion lorsqu'il indique que leurs capacités financières peuvent « *les inciter à agir indépendamment des concurrents* ».

187. En outre, le raisonnement du Régulateur quant aux possibilités financières des opérateurs (et principalement de Telenet et Proximus) contient un certain nombre d'approximations et de conclusions hâtives sur lesquelles il est revenu ci-après.

188. Eu égard à la prépondérance des offres groupées et à l'importance croissante de la convergence des services de communications électroniques et de radiodiffusion, il est évident que les possibilités financières et les revenus des opérateurs doivent s'observer à l'échelle de l'ensemble des services offerts par ces derniers et non à l'aune de la radiodiffusion télévisuelle uniquement.

En effet, les opérateurs convergents n'hésitent pas à faire usage de promotions financières agressives sur certains de leurs services de communications électroniques pour promouvoir le développement de produits connexes. Tel est par exemple le cas de l'offre fixe de télévision et d'Internet d'Orange Belgium qui permet, pour un montant de 3 euros par mois, de téléphoner de manière illimitée les soirs et les week-ends depuis son téléphone mobile. Une synergie tarifaire de ce type ne pourrait certainement pas être offerte par un opérateur fixe tel que Nethys qui offre des services mobiles en tant que MVNO.

Les synergies tarifaires illustrées ci-dessus imposent donc que le chiffre d'affaires pris en considération pour déterminer si des opérateurs jouissent d'une certaine indépendance vis-à-vis de leurs concurrents, clients et consommateurs, englobe également le chiffre d'affaires généré par les autres activités de communications électroniques des opérateurs belges.

¹⁷¹ CSA, paras 349 à 351 ; IBPT, paras 568 à 570.

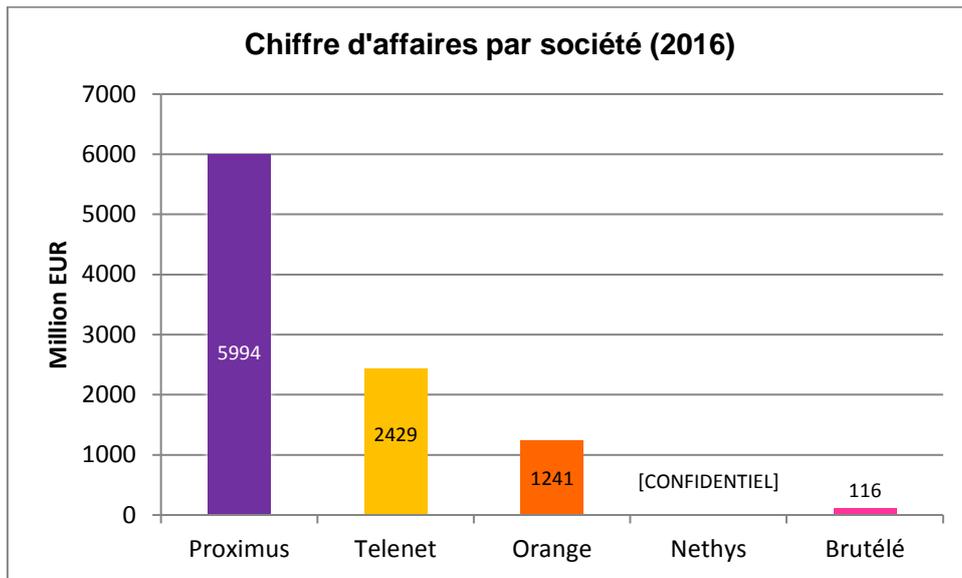


Figure 25 : Chiffres d'affaires 2016 des opérateurs belges issus de leurs comptes annuels (en millions d'euros)

189. Par ailleurs, l'accès facile aux marchés de capitaux ne peut être correctement analysé qu'à l'échelle des groupes auxquels les opérateurs appartiennent. La gestion efficace d'un groupe veut que les revenus générés par un segment d'activité soient réinjectés dans un autre segment d'activité, soit pour conquérir des parts de marché soit pour compenser des pertes. C'est ce que confirme le CEO d'Orange Belgium, M. Michaël Trabbia, lorsqu'il affirme lors d'un entretien accordé au quotidien économique L'Écho publié le samedi 14 janvier 2017 qu' « Orange est un acteur industriel, qui dispose de capacités d'investissements tout à fait significatives ».

La puissance économique des différents opérateurs présents sur les marchés des communications électroniques belges, le cas échéant grâce au groupe de sociétés dont ils relèvent, est illustrée ci-dessous :

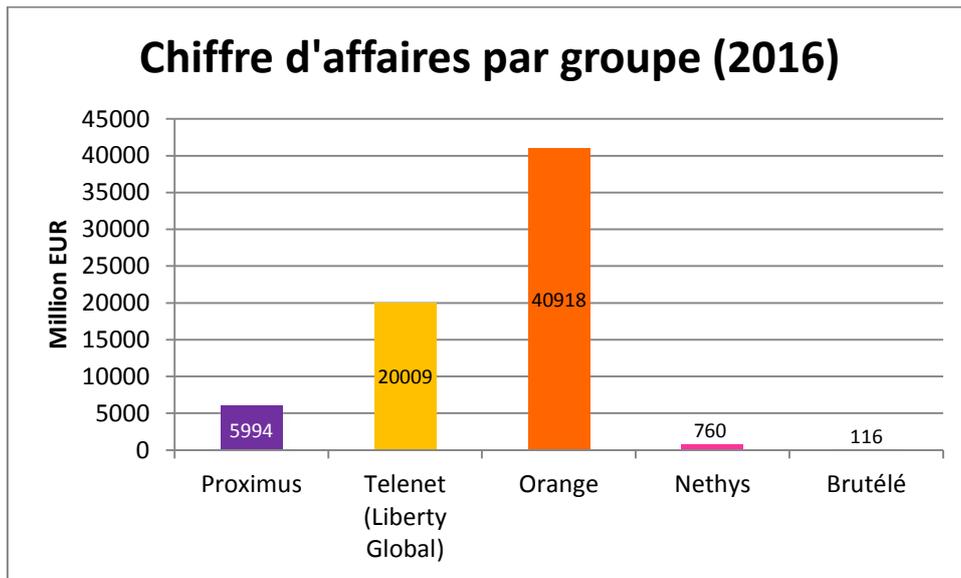


Figure 26 : Chiffres d'affaires 2016 des groupes auxquels les opérateurs belges appartiennent issus des comptes annuels consolidés

190. Enfin, le Régulateur omet de prendre en considération la renommée internationale de la marque commerciale utilisée sur le marché belge alors qu'elle constitue, elle-aussi, un atout qui influence considérablement la capacité de l'opérateur en question à agir indépendamment de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs.

C'est pour cette raison que l'entreprise Belgacom a notamment décidé en 2014 de rassembler l'ensemble de ses activités fixes et mobiles sous la marque Proximus. Ce changement de façade poursuivait deux objectifs : (i) rajeunir l'image de l'entreprise en privilégiant la marque mobile dotée d'une connotation plus jeune et plus moderne (à l'inverse de la marque Belgacom qui rappelle le monopole autrefois détenu) ; et (ii) engendrer des économies de coûts, tel que l'explique M. Haroun Fenaux, porte-parole du groupe, dans un entretien accordé à la RTBF le 10 mars 2014: « *C'est aussi un souci d'efficacité en termes de publicité. On doit se rendre à l'évidence, on va faire des économies de coûts à partir du moment où l'on ne communique plus qu'avec une seule et même marque* ».

Orange Belgium a également souhaité capitaliser sur l'atout non-négligeable que constitue la marque « Orange » en l'utilisant depuis le début du mois de mai 2016 comme nouvelle et exclusive dénomination commerciale (en remplacement de la marque « Mobistar »).

Dans un entretien accordé au quotidien économique De Tijd du 6 mai 2016, M. Erick Cuvelier, Chief Program Officer d'Orange Belgium jusqu'au 31 décembre 2016, soulignait les vastes opportunités marketing d'un tel changement de dénomination commerciale: « *Dans notre communication marketing, nous pouvons profiter de la*

marque Orange, dont les budgets disponibles sont multipliés par dix au moins ». Il ajoutait également que ce changement permettait de « déployer plus rapidement en Belgique les innovations développées par Orange. S'ils commandent un million de pièces d'un produit à Paris, ils peuvent facilement en prendre quelques milliers de plus pour le marché belge. Pour Mobistar seule, de tels volumes restreints n'étaient pas envisageables ».

Dans un entretien accordé au quotidien Le Soir et publié le mercredi 11 mai 2016, M. Stéphane Richard, CEO d'Orange, annonçait qu'Orange allait pouvoir « se contenter de décliner localement les campagnes de communication du groupe plutôt que de devoir à chaque fois produire les siennes ». Il reconnaissait que le déploiement de la marque Orange en Belgique ne demanderait pas beaucoup d'efforts étant donné qu'Orange peut « compter sur le débordement des chaînes télé françaises au sud du pays pour y doper sa notoriété sans déboursier le moindre euro ». Rien n'est plus vrai, tel que le démontre notamment la campagne publicitaire titanesque menée par Orange dans le cadre de l'Euro 2016. Les téléspectateurs belges n'ont très certainement pas manqué les nombreux panneaux publicitaires « Orange » bordant les stades de football français.

Lors de la première annonce de l'adoption de la marque Orange en Belgique, les dirigeants d'Orange Belgium se sont exprimés comme suit: « Ce changement permettra, en effet, à l'entreprise de dynamiser sa transformation et de soutenir son développement stratégique au travers de nouveaux services proposés aux consommateurs et aux entreprises. L'introduction de la marque Orange permettra à Mobistar de renforcer son positionnement sur le marché belge, comme opérateur convergent aussi bien que mobile. En créant des liens plus forts avec le Groupe Orange, Mobistar bénéficiera, en outre, d'un meilleur accès aux innovations et à l'expertise du Groupe ainsi qu'à la puissance unanimement reconnue de la marque Orange » (voir le communiqué de presse de Mobistar du 4 février 2016).

Il découle de ce qui précède que la renommée d'une marque commerciale constitue sans nul doute un atout considérable procurant un avantage concurrentiel notoire sur les marchés des communications électroniques.

191. Proximus, Orange et Telenet bénéficient de diverses ressources significatives leur procurant un avantage concurrentiel très net sur les marchés des communications électroniques, telles que des capacités financières importantes, une appartenance à un groupe reconnu ou encore l'utilisation d'une marque commerciale ayant une renommée globale. À l'inverse, les développements ci-avant sont révélateurs du caractère très réduit des moyens financiers et autres dont disposent Nethys et Brutélé. Il est à nouveau pour le moins paradoxal que ces deux entreprises se trouvent néanmoins visées par un nouveau carcan réglementaire.

4.5 Barrières à l'entrée et au changement

192. Eu égard à la part de marché restreinte de Nethys et Brutélé sur le marché national de la radiodiffusion télévisuelle et de l'accès Internet haut débit, il va de soi que l'existence d'une infrastructure difficile à dupliquer ne saurait constituer un motif suffisant pour leur imposer des obligations réglementaires. Comme expliqué à suffisance ci-avant, imposer une réglementation *ex ante* à Nethys et/ou Brutélé ne saurait répondre à l'objectif poursuivi par une telle réglementation puisque seuls [CONFIDENTIEL] et/ou [CONFIDENTIEL] du marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle et [CONFIDENTIEL] et /ou [CONFIDENTIEL] du marché Internet haut débit serai(en)t affecté(s).

193. Quoiqu'il en soit, et contrairement à ce que soutient le Régulateur, le dégroupage du réseau cuivre de Proximus constitue bel et bien une alternative satisfaisante au câble. Affirmer que tel n'est pas le cas parce que le « *dégroupage du réseau fibre n'est pas proposé par Proximus* »¹⁷² relève de l'incohérence et de l'amnésie la plus totale dans le chef du Régulateur. Le fait que Nethys et Brutélé n'offraient pas l'accès à leur câble lors de l'analyse de marché effectuée le 1^{er} juillet 2011 par le Régulateur n'a pas empêché ce dernier d'imposer l'ouverture du câble ! Le réseau cuivré constitue donc une alternative tout à fait viable au câble pour l'Internet haut débit ou la télévision (haut débit avec multicast).

194. En ce qui concerne la télévision, l'importance accordée par le Régulateur à l'analogique est grandement disproportionnée. S'il est vrai que 64% des ménages belges bénéficient actuellement d'un accès à la télévision analogique en plus de la télévision numérique, cela ne signifie nullement qu'un tel accès supplémentaire présente une quelconque valeur ajoutée pour ces utilisateurs. En atteste notamment le départ de nombreux ménages du câble vers les offres de Proximus quand bien même celle-ci n'offre pas la télévision analogique.

En réalité, les clients de Nethys et de Brutélé n'« achètent » pas la télévision analogique¹⁷³ : ils la reçoivent automatiquement avec la télévision numérique sans l'avoir demandée et ne la regardent que très peu¹⁷⁴. En pratique, 95% des téléspectateurs disposant à la fois de la télévision analogique et de la télévision numérique regardent principalement (33%) ou exclusivement (62%) la télévision numérique¹⁷⁵. Il est donc inexact de parler d'un quelconque intérêt des utilisateurs belges pour la télévision analogique¹⁷⁶.

¹⁷² CSA, para. 357 ; IBPT, para. 576.

¹⁷³ CSA, para. 362 ; IBPT, para. 581.

¹⁷⁴ Voir section 3.2.1 ci-dessus.

¹⁷⁵ Étude Profacts, p. 18.

¹⁷⁶ La présence d'un deuxième écran dans 40% des ménages n'implique pas nécessairement qu'il soit fait usage de la fonction analogique en sus du numérique. Vu le développement

195. Le Régulateur identifie également les droits de contenu comme constituant une barrière à l'entrée sur le marché de la radiodiffusion télévisuelle¹⁷⁷. Pourtant, loin de s'apparenter à une barrière à l'entrée, les droits de contenu constituent en réalité un simple coût d'exploitation que tout opérateur qui entend opérer sur le marché de la radiodiffusion télévisuelle doit prendre en considération dans l'élaboration de son plan financier. Or, et à l'instar de BASE, la plupart des opérateurs ayant échoué sur le marché de la radiodiffusion télévisuelle belge doivent leur échec à une mauvaise évaluation des coûts de contenu. M. Jos Donvil, le CEO sortant de BASE, l'expliquait dans un entretien accordé au quotidien économique L'Écho du 17 avril 2016: « *au plan financier ce n'était pas tenable à cause du contenu. On a été mal conseillé sur le budget nécessaire à SNOW : le contenu s'est révélé deux fois plus cher que prévu* »¹⁷⁸. Selon lui, le coût du contenu est l'élément qui peut porter préjudice au *business case* d'une offre de télévision. Tel a également été le cas pour Orange¹⁷⁹.

196. L'ABC semble, elle aussi, de cet avis¹⁸⁰ et a ouvert une instruction concernant le coût du contenu, qu'elle suspecte d'être à l'origine de l'abandon par BASE de son offre Snow et de l'augmentation des prix de certains opérateurs, dont Telenet.

197. Face à ces faits et alors que l'expérience a clairement montré que les difficultés rencontrées par les nouveaux entrants sur le marché de la radiodiffusion télévisuelle sont liées aux frais de contenu trop élevés (et non aux tarifs pratiqués par les câblo-opérateurs), il est navrant de constater que le Régulateur persiste à justifier la nécessité d'une réglementation *ex ante* des réseaux de Nethys et Brutélé sur la base de ces échecs¹⁸¹.

L'incohérence du raisonnement du Régulateur déçoit. Si les frais de contenu constituent le plus grand frein à l'entrée sur le marché de la radiodiffusion télévisuelle, c'est évidemment ce produit qu'il convient de réguler et non le câble. Le Régulateur ne peut prétendre remédier aux problèmes qu'il identifie s'il n'en cible pas l'origine.

198. En tout état de cause, le Régulateur ne peut, d'une part, affirmer que « *le contenu télévisuel ne [fait] donc pas partie de cette analyse de marché* »¹⁸² et, d'autre part, l'ériger en barrière à l'entrée justifiant la régulation *ex ante* du marché en question.

considérable des services OTT, il est tout à fait vraisemblable que le second écran soit utilisé pour visionner du contenu via l'Internet haut débit au moyen d'un câble HDMI.

¹⁷⁷ CSA, para. 366 ; IBPT, para. 585.

¹⁷⁸ L'Écho, « *Le CEO qui sacrifie son poste pour sa société* », 17 avril 2016.

¹⁷⁹ CSA, para. 366 ; IBPT, para. 585.

¹⁸⁰ Voir le courrier de l'ABC du 19 décembre 214, affaire CONC-I/O-14/0029.

¹⁸¹ CSA, paras 329 et 477 ; IBPT, paras 547 et 714.

¹⁸² CSA, para. 97 ; IBPT, para. 322.

199. Enfin, qualifier les offres *multiple play* de barrières à l'entrée sans nuance aucune ne rend pas compte de la complexité des marchés des communications électroniques. Tel que le démontre à suffisance l'entrée d'Orange Belgium sur le marché de la radiodiffusion télévisuelle, de la téléphonie fixe et de l'Internet haut débit, les offres groupées constituent surtout un excellent moyen pour entrer sur ces marchés, entre autres grâce à l'effet de levier.

4.6 Conclusion

200. Les caractéristiques du marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle et de l'accès à Internet haut débit belge mises en exergue par le Régulateur dans le Projet de décision ne justifient pas une régulation *ex ante*. Ces caractéristiques, à l'instar de la concentration du marché par exemple, sont des attributs historiques (propres à tout marché fondé sur des infrastructures coûteuses et difficilement reproductibles) qui sont actuellement fortement défiés par les nouvelles technologies (par exemple, les OTT, pour ce qui concerne la télévision).

La Commission européenne partage cette opinion vu qu'elle considère que, eu égard à l'évolution rapide du marché de la radiodiffusion télévisuelle et au nombre de moyens potentiels mis à la disposition des ménages pour recevoir du contenu de radiodiffusion (DSL, câble, satellite, Internet, etc.), il n'y a plus lieu d'identifier ce marché de détail aux fins de la Recommandation concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante*.

201. En outre, eu égard au caractère effectif de la concurrence dans les zones de couverture de Nethys et Brutélé, démontré par les parts de marché et les prix de Nethys et de Brutélé, les conditions nécessaires à une réglementation *ex ante* ne sont pas rencontrées en l'espèce. En effet, pour rappel, les prix de Nethys et Brutélé pour les offres groupées *dual play* et *triple play* ont connu une augmentation inférieure à celle de l'indice des prix à la consommation. Les prix ont même diminué avec le lancement des nouvelles offres groupées en 2015 et sont quasi systématiquement inférieurs aux prix des autres opérateurs.

202. Nethys et Brutélé ne possèdent d'ailleurs pas une puissance significative sur les marchés de l'Internet haut débit et de la radiodiffusion télévisuelle au sein de leur zone de couverture respective légitimant une intervention réglementaire. Les parts de marché du haut débit sont de 30-40% pour Nethys et de 40-50% pour Brutélé. Celles de Nethys et Brutélé pour la télévision numérique dans leurs zones câblées respectives sont inférieures à 50%. Les parts de marché de la télévision analogique et numérique de Nethys et Brutélé d'une part, et de Proximus d'autre part, convergent à ce point que dès l'amorce de la période de régulation, elles s'inverseront avec pour conséquence que Proximus sera le *leader* incontesté sur ces

marchés. Le Régulateur ayant l'obligation de procéder « à une évaluation structurelle prospective du marché pertinent, en se fondant sur les conditions existantes »¹⁸³, il ne peut attribuer à Nethys et Brutélé une puissance significative sur le marché de la radiodiffusion télévisuelle et encore moins pour l'Internet haut débit pour toute la période de régulation. Si un opérateur doit être considéré comme étant puissant sur le marché, c'est bien Proximus et non Nethys ou Brutélé.

203. Si toutefois le Régulateur souhaite adopter une approche qui soit la plus conservatrice possible, il pourrait considérer que, vu la quasi-équivalence des parts de marché de Proximus et de Nethys (en télévision uniquement) sur la zone de couverture de Nethys, et de Proximus et Brutélé sur la zone de couverture de Brutélé, il ne peut objectivement conclure que l'un ou l'autre de ces opérateurs est dominant et le restera tout au long de la période de régulation. Or, « conclure qu'une concurrence effective existe sur un marché pertinent revient à conclure qu'aucun opérateur ne jouit, individuellement ou conjointement, d'une position dominante sur ce marché »¹⁸⁴. Dès lors, le Régulateur doit en conclure que les conditions concurrentielles sur les zones de couverture de Nethys et Brutélé ne permettent pas d'établir l'existence d'une position dominante dans le chef d'un opérateur et que la concurrence sur ces marchés est par conséquent effective. Partant, aucune régulation *ex ante* des marchés de gros y relatifs n'est justifiée.

204. Enfin, en ce qui concerne plus particulièrement le marché national de la radiodiffusion télévisuelle et encore plus l'Internet haut débit, il est évident à la lumière des développements ci-avant que la majorité des griefs retenus par le Régulateur ne sont pas applicables à Nethys et Brutélé de sorte que leur imposer des obligations réglementaires au niveau du marché de gros ne permet pas d'affecter significativement le marché de détail.

Les parts de marché de Nethys et Brutélé sur le marché national de la radiodiffusion télévisuelle sont dérisoires (respectivement [CONFIDENTIEL] et [CONFIDENTIEL]) et encore plus en ce qui concerne l'Internet haut débit ([CONFIDENTIEL] et [CONFIDENTIEL]). Et Nethys et Brutélé ne bénéficient pas du soutien financier d'une entité puissante (Proximus) ou d'un acteur mondial (Orange, Liberty Global) avec pour conséquence qu'elles ne sont pas en mesure d'agir indépendamment de leur environnement concurrentiel (raison pour laquelle leurs prix sont généralement plus bas que ceux de leurs concurrents).

¹⁸³ Point 20.

¹⁸⁴ Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, para. 19.

205. Il en résulte que, même à régler *ex ante* le marché de la radiodiffusion télévisuelle belge, il serait tout à fait disproportionné d'imposer une quelconque obligation d'accès à Nethys et Brutélé sur le marché de gros. Une telle mesure n'affecterait que [CONFIDENTIEL] du marché belge de la radiodiffusion télévisuelle et [CONFIDENTIEL] du marché de l'Internet haut débit et n'atteindrait dès lors pas l'objectif poursuivi par toute réglementation *ex ante* en matière de communications électroniques, c'est-à-dire "*procurer des avantages aux consommateurs finals en rendant les marchés de détail concurrentiels de façon durable*"¹⁸⁵. Vu l'inefficacité d'une telle intervention réglementaire et l'existence d'une alternative plus adéquate (le réseau national de Proximus), le Régulateur doit cesser de réguler le réseau câblé de Nethys et Brutélé. Si intervention réglementaire il doit y avoir, elle doit porter sur les principaux opérateurs, c'est-à-dire Telenet et/ou Proximus.

5. DÉFINITION ET ANALYSE DES MARCHÉS DE GROS DE LA RADIODIFFUSION TÉLÉVISUELLE ET DE L'ACCÈS EN GROS AU NIVEAU CENTRAL (HAUT DÉBIT)

5.1 Marchés de gros de la radiodiffusion télévisuelle et de l'accès central au haut débit

5.1.1 Introduction : incohérence de la définition de marchés de gros distincts pour le câble et le cuivre

206. Le Régulateur a conclu à juste titre que les services d'accès haut débit xDSL, câble, fibre, radio étaient substituables et appartenaient donc au même marché de produits de détail, quels que soient la technologie et le débit concernés. En ce qui concerne la dimension géographique, la question est restée ouverte. Nous renvoyons donc à nos arguments présentés *supra* concernant la télévision (voir section 3.3).

207. En revanche, la définition avancée par le Régulateur pour le marché de gros est erronée. Le réseau de cuivre et les réseaux câblés font partie du même marché et ce marché est 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.

208. Le Régulateur prétend que les services de gros câble ou xDSL 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, l'objectif de l'analyse de marché est de se placer en tant que nouvel opérateur sur le marché et 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, l'opérateur le plus

¹⁸⁵ Traduction libre de la Note explicative 2014, p. 5.

concerné par les services de gros de la présente analyse, 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.

209. 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, Proximus et chaque câblo-opérateur ne peuvent forcément être que le seul fournisseur d'accès sur leur marché distinct et avoir dès lors 100% de parts de marché¹⁸⁶. C'est une manœuvre qui biaise les conclusions de l'analyse et crée une situation paradoxale sur le marché où tout petit câblo-opérateur est considéré comme dominant et se voit imposer des mesures correctrices qui ont des conséquences lourdes. Une telle approche heurte nécessairement la concurrence lorsque l'on sait que ces petits opérateurs offrent une concurrence d'infrastructure par rapport à l'opérateur leader national dominant.

210. En outre, le raisonnement du Régulateur selon lequel « *si un opérateur venait à déployer une nouvelle infrastructure (autre que le réseau cuivre ou fibre de Proximus et que les réseaux câblés), il devrait être intégré dans l'un ou l'autre de ces marchés selon le protocole adopté* »¹⁸⁷ montre l'incohérence de la définition de marché établie dans le Projet de décision.

Le Régulateur estime que dans cette situation hypothétique, « *cette nouvelle infrastructure ne constituerait pas en elle-même un nouveau marché pertinent* »¹⁸⁸, avec pour conséquence qu'il faudrait analyser les parts de marché des différents opérateurs sur le marché de gros. Le Régulateur n'explique toutefois pas pourquoi tel est le cas. Et, surtout, cette affirmation contraste très clairement avec la position défendue par le Régulateur dans le Projet de décision concernant les deux infrastructures différentes des câblo-opérateurs et de Proximus. Le Régulateur confirme que ces infrastructures sont substituables sur le marché de détail, alors qu'au niveau de gros il est tout de suite conclu qu'il s'agit de marchés distincts et que chaque opérateur, quelle que soit sa taille et sa zone de couverture, a d'office 100% de part de marché.

211. Il découle donc de la logique suivie dans le Projet de décision que l'existence d'une troisième infrastructure n'aurait pas le moindre impact sur la dynamique concurrentielle du marché puisque cet opérateur détiendrait aussi 100% de parts de marché sur sa zone de couverture, à laquelle la dimension géographique de son marché sera confinée. Ce point montre l'incohérence de la définition de marchés de gros distincts pour le câble et le cuivre: quel que soit le nombre de réseaux

¹⁸⁶ IBPT, para. 1322.

¹⁸⁷ IBPT, para. 1322.

¹⁸⁸ IBPT, para. 1322.

disponibles, le Régulateur trouvera toujours que leurs opérateurs détiennent une position dominante sur leur micromarché au niveau de gros. Cette dichotomie cuivre/câble opérée par le Régulateur est en contradiction manifeste avec les objectifs qu'il dit poursuivre, c'est-à-dire « *préserver la concurrence au profit des consommateurs et promouvoir, s'il y a lieu, une concurrence fondée sur les infrastructures* »¹⁸⁹. En effet, même lorsqu'un opérateur déploie une nouvelle infrastructure et/ou un nouveau protocole, au bénéfice non-contestable du consommateur, une position dominante lui sera attribuée malgré le nombre plus important d'infrastructures/protocoles sur le marché.

5.1.2 Définition des marchés de gros de la radiodiffusion télévisuelle et du haut débit

(A) Substituabilité du réseau de Proximus et de celui de chacun des câblo-opérateurs tant en ce qui concerne le haut débit que la radiodiffusion télévisuelle

(i) Introduction

212. L'analyse de la substituabilité, nécessaire à la définition d'un marché, comporte deux volets : celui de la substituabilité des produits ou services du point de vue de l'offre et celui de la substituabilité de ces produits ou services du point de vue de la demande.

213. Il va de soi qu'il n'existe pas de substituabilité du côté de l'offre : Proximus ne pourrait pas offrir de services de gros sur les réseaux câblés et aucun câblo-opérateur ne pourrait offrir de services de gros de type DSL.

214. Cela dit, la substituabilité du côté de l'offre n'est qu'un élément subsidiaire de l'analyse de substituabilité. Le critère de substituabilité le plus important est la substituabilité du côté de la demande. Comme l'écrit la Commission européenne, « [d]'un point de vue économique, pour une définition du marché en cause la substitution du côté de la demande est le facteur de discipline le plus immédiat et le plus efficace vis-à-vis des fournisseurs d'un produit donné, en particulier en ce qui concerne leurs décisions en matière de fixation des prix »¹⁹⁰. C'est d'ailleurs de cette manière que le Régulateur entend ces critères, puisqu'il écrit dans son Projet de décision :

« Le droit de la concurrence accorde une plus grande importance à la détermination de la substituabilité de la demande qu'à celle de la substituabilité de l'offre. Si la substituabilité du côté de la demande est

¹⁸⁹ CSA, para. 66 ; IBPT, para. 58.

¹⁹⁰ 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 13.

établie, il n'est pas indispensable d'examiner la substituabilité du côté de l'offre (une analyse de la substituabilité du point de vue de l'offre ne pourrait que confirmer l'analyse de la substituabilité du côté de la demande). »¹⁹¹

215. La recommandation de la Commission européenne de 2014 sur les marchés pertinents définit le marché 3b comme un marché de gros central d'accès sans spécifier une technologie spécifique. À l'inverse, le Régulateur belge, propose de créer deux marchés séparés : d'une part, un marché d'accès central au haut débit dont l'infrastructure se base sur la technologie ITU SG15, incluant Proximus, et, d'autre part, un marché d'accès central au haut débit basé sur la standardisation CableLabs et incluant les câblo-opérateurs. Aucun autre régulateur européen n'a procédé de la sorte. Dans les États membres de l'Union européenne où les câblo-opérateurs détiennent des parts de marchés comparables à celle des câblo-opérateurs belges, le régulateur a défini un unique marché de gros de l'accès central incluant à la fois la technologie câble et la technologie DSL.

216. Contrairement à ce que le Régulateur écrit dans son Projet de décision, les réseaux de Proximus et de chacun des câblo-opérateurs sont bien substituables du côté de la demande :

- Orange Belgium offre, à l'heure actuelle, des services fixes Internet à la fois à partir des réseaux câblés et du réseau de Proximus, ce qui lui permet de choisir le réseau qu'elle utilise pour chaque client (section (ii) ci-dessous).
- D'éventuels opérateurs non encore actifs sur le marché mais susceptibles d'être intéressés par l'offre de gros des câblo-opérateurs ou de Proximus seraient libres de choisir entre le réseau de Proximus et celui de chacun des câblo-opérateurs, puisqu'ils n'ont investi ni dans l'accès à l'un, ni dans l'accès à l'autre (section (iii) ci-dessous).
- L'existence d'une contrainte indirecte sur le prix de gros via la concurrence sur le marché de détail justifie que les réseaux de Proximus et des câblo-opérateurs soient inclus dans le même marché (section (iv) ci-dessous).

(ii) Le réseau de Proximus et celui de chacun des câblo-opérateurs est substituable pour Orange Belgium

217. Il est clair que, du point de vue d'Orange Belgium, le réseau de Nethys, Brutélé ou Telenet est substituable à celui de Proximus et *vice versa*, tant en ce qui concerne le haut débit que la radiodiffusion télévisuelle.

¹⁹¹ CSA, para. 40 ; IBPT, para. 33.

218. En effet, à l'heure actuelle, Orange Belgium dispose d'un accès de gros à la fois au réseau de Proximus et aux réseaux de Nethys et de Brutélé ainsi qu'à celui de Telenet. Orange Belgium est donc en mesure de choisir via quel réseau – DSL ou câblé – elle offre ses services à chacun de ses clients.

219. Orange Belgium a mis en place, il y a plus de 15 ans, toute l'infrastructure d'interconnexion avec Proximus et les interfaces IT requises pour offrir le service *bitstream* de Proximus. À la connaissance de Nethys et de Brutélé, Orange Belgium avait dans le passé plus de 50.000 clients résidentiels et *business* (et peut-être même davantage) connectés sur les services *bitstream* de gros de l'infrastructure de Proximus.

220. Depuis qu'Orange Belgium a obtenu l'accès aux réseaux des câblo-opérateurs, elle a la possibilité de choisir de connecter chacun de ses clients sur l'infrastructure de Proximus ou sur celle d'un câblo-opérateur.

221. Pour bénéficier d'un service duo *bitstream* et télévision il suffit, pour Orange Belgium, d'ajouter chez Proximus l'option multicast. Orange Belgium a choisi de ne pas ajouter l'option multicast dans le passé alors qu'elle lui a été offerte par Proximus sur une base commerciale en 2010 et de manière régulée en 2011. BASE avait, quant à elle, activé cette option pour son offre Snow, ce qui démontre qu'il n'existait aucun obstacle à une telle activation. En outre, il est inexact d'écrire, comme le fait le Régulateur, qu'« [u]ne migration d'un accès à la plateforme numérique vers une offre multicast entraînerait [...] d'importants investissements pour l'opérateur alternatif »¹⁹². Le coût de l'activation de l'option multicast ne peut constituer un obstacle car le coût incrémental par abonné pour ajouter la télévision de Proximus est extrêmement bas. En réalité, le coût plus élevé à supporter n'a rien à voir avec le marché de la radiodiffusion télévisuelle : il s'agit du coût des droits des chaînes dont il a été question plus haut (cf. section 3.2.5). C'est notamment le coût du contenu audiovisuel qui a conduit BASE à arrêter son offre Snow et, d'après les informations de Nethys et de Brutélé, à se plaindre auprès de l'Autorité belge de la Concurrence du coût de certaines chaînes. Il s'agit d'un problème tout à fait étranger aux câblo-opérateurs. Il ne peut dès lors servir de justification à l'imposition à ces derniers d'obligations réglementaires. En toute hypothèse, ces coûts de contenu sont identiques que la chaîne soit distribuée sur un réseau câblé ou sur le réseau de Proximus : le contenu audiovisuel fait l'objet d'un contrat avec un prix global de droits par chaîne qui est valable simultanément sur le câble et l'IPTV.

222. Par conséquent, rien n'empêche Orange Belgium de choisir entre les réseaux des câblo-opérateurs et le réseau de Proximus, que ce soit pour le haut débit ou pour la radiodiffusion télévisuelle. Orange Belgium fait d'ailleurs usage de cette liberté de choix, puisqu'elle a décidé de migrer au fur et à mesure ses clients

¹⁹² CSA, para. 523 ; IBPT, para. 2047.

résidentiels vers les infrastructures câblées. Cela explique pourquoi il n'y a plus, à l'heure actuelle, que 13.500 clients d'Orange Belgium dont les services se basent sur le réseau de Proximus.

223. Le tableau suivant, issu des résultats financiers d'Orange Belgium pour le premier semestre 2017, démontre qu'Orange Belgium utilise à la fois le réseau de Proximus et celui des câblo-opérateurs :

Belgique							
Mobile services							
Clients mobiles 'retail' (hors MVNO)	en milliers	3 779,0	3 759,1	3 796,5	3 770,5	3 779,7	3 766,6
Clients mobiles (hors IoT/M2M)	en milliers	2 920,3	2 927,1	2 970,8	2 991,8	3 023,4	3 029,7
Postpayés	en milliers	2 271,7	2 250,5	2 247,6	2 238,3	2 234,8	2 217,0
Prépayés	en milliers	648,7	676,6	723,1	753,5	768,6	812,7
ARPU mixte mobile, moyenne trimestrielle (roaming visiteurs incl.)	en €/mois	25,4	24,5	24,8	24,7	24,5	24,0
ARPU postpayé, moyenne trimestrielle (roaming visiteurs incl.)	en €/mois	29,3	28,9	29,1	29,2	29,0	28,6
ARPU prépayé, moyenne trimestrielle	en €/mois	11,3	11,1	11,8	11,7	12,0	11,7
Cartes SIM IoT/M2M	en milliers	858,6	832,0	825,7	778,7	756,4	737,0
Clients MVNO	en milliers	1 930,4	1 996,7	2 040,7	1 990,0	1 907,3	1 816,6
Services fixes							
Clients fixes haut débit et télévision	en milliers	77,8	66,3	50,3	34,2	28,0	25,9
dont câble	en milliers	64,3	49,8	33,4	17,6	10,5	5,3
Lignes fixes	en milliers	150,7	157,0	157,9	158,5	164,7	169,9

Orange l'indique elle-même très clairement dans son rapport annuel de 2017 :



Figure 27 : Extrait du rapport annuel 2017 d'Orange Belgium¹⁹³

224. Cet extrait confirme qu'Orange Belgium a aujourd'hui la possibilité de choisir, pour chaque client, le réseau qu'elle souhaite utiliser, qu'il s'agisse de l'infrastructure de Proximus ou de celle d'un câblo-opérateur.

¹⁹³ Rapport annuel d'Orange Belgium, 2017, p. 17.

225. Il résulte de ce qui précède que le simple fait qu'Orange Belgium soit en mesure de migrer ses clients d'une infrastructure à l'autre prouve, en soi, que, contrairement à ce qu'écrit le Régulateur¹⁹⁴, l'accès de gros à l'infrastructure de Proximus est substituable à l'accès de gros aux réseaux câblés du côté de la demande et dès lors les deux types d'accès appartiennent au même marché.

- (iii) Le réseau de Proximus et celui de chacun des câblo-opérateurs est substituable pour un opérateur qui envisagerait de lancer des services fixes en Belgique

226. Il convient également d'analyser la question de la substituabilité du côté de la demande du point de vue d'un potentiel nouvel opérateur entrant sur le marché et qui n'est pas Orange Belgium.

227. Par hypothèse, ce nouvel opérateur n'a ni investi dans un accès au réseau d'un câblo-opérateur ni dans un accès au réseau de Proximus. Dès lors, le raisonnement du Régulateur détaillé dans le Projet de décision ne lui est pas applicable, notamment l'affirmation selon laquelle « *l'accès au multicast ou à la plateforme IPTV de Proximus ne constitue pas une solution satisfaisante pour un opérateur alternatif qui souhaite commercialiser des offres groupées associant haut débit et télévision* »¹⁹⁵. En outre, l'affirmation selon laquelle la migration d'un réseau à un autre coûterait cher à l'opérateur bénéficiaire¹⁹⁶ n'a pas de sens, puisqu'il n'existe pas d'opérateur bénéficiaire ayant investi dans l'accès au câble et non dans l'accès au réseau de Proximus. Ces éventuels opérateurs nouveaux entrants ne se trouvent donc pas dans la situation décrite par le Régulateur, à savoir une situation où l'opérateur a déjà considérablement investi dans son accès à un ou plusieurs réseau(x) câblé(s) et ne peut opter pour un accès au réseau de Proximus sans « *d'importants investissements [...] étant donné qu'il devra remplacer, chez tous ses clients finals, l'équipement existant (modem et set-top-box) par un nouvel équipement (modem et set-top-box pour un réseau de cuivre)* »¹⁹⁷.

- (iv) Contrainte concurrentielle indirecte

228. Le Régulateur a confié à deux consultants (Analysys Mason et Tera) la réalisation d'études visant à estimer la contrainte indirecte du câble sur les offres de

¹⁹⁴ CSA, paras 522 à 527 ; IBPT, paras 2046 à 2051.

¹⁹⁵ CSA, para. 522 ; IBPT, para. 2046.

¹⁹⁶ CSA, paras 523-525 ; IBPT, paras 2047-2049. Cette affirmation du Régulateur doit, en tous cas, être nuancée. Le remplacement de l'équipement des clients finals de l'opérateur bénéficiaire qui serait la conséquence d'une migration vers un autre réseau ne constitue pas un investissement dont l'importance diffère significativement du remplacement régulier de l'équipement des utilisateurs finals par tout opérateur en vue de le moderniser. Or, de tels remplacements sont monnaie courante tel qu'en atteste Proximus dans son rapport annuel pour l'année 2016. Proximus y explique avoir, en 2016, « *remplacé 240.000 décodeurs par des modèles de dernière génération* », soit chez près d'1/6 de ses clients TV (p. 25).

¹⁹⁷ CSA, para. 523 ; IBPT, para. 2047.

gros xDSL de Proximus. Sur la base des éléments auxquels Nethys et Brutélé ont eu accès, il apparaît en tout état de cause que les calculs sous-estiment la pression concurrentielle de l'auto-livraison sur le câble. C'est notamment dû aux éléments suivants :

- La capacité des opérateurs alternatifs d'absorber une augmentation des prix de gros dépend de la différence entre les coûts et les prix de détail. Il est donc essentiel de prendre en compte tous les coûts pertinents. Or, ces coûts ne se limitent pas aux prix de gros de l'accès *bitstream* mais comprennent également les charges de gros pour les autres fonctionnalités (comme la télévision et la téléphonie fixe) ainsi que les coûts d'acquisition de contenu audiovisuel. Les analyses des consultants du Régulateur ne semblent pas tenir compte de ces autres coûts. En réalité, les coûts d'acquisition du contenu sont si élevés que les opérateurs alternatifs n'ont pratiquement pas de capacité à absorber des augmentations des tarifs de gros.
- Les études concluent que la perte réelle serait inférieure à la perte critique. Les données étant occultées, Nethys et Brutélé se trouvent dans l'impossibilité de vérifier ces calculs et la pertinence des données utilisées. Il est cependant clair que les élasticités-prix utilisées par les consultants du Régulateur sont sensiblement différentes (et même contradictoires) sans qu'aucune explication sur la source de cette différence ne soit fournie ;
- Les consultants n'ont pas pris en compte le fait que différentes catégories de consommateurs ont des élasticités aux prix différentes. Ce point est crucial dès lors que le public-cible des opérateurs alternatifs est bien souvent un groupe de consommateurs dont l'élasticité-prix est plus élevée. Les consultants n'ont pas non plus analysé la différence d'élasticité-prix des clients *standalone* ou des clients *multiplay*.
- De manière plus spécifique, le rapport d'Analysys Mason utilise une moyenne de toutes les offres de détail comprenant l'Internet (en ce compris donc les services *multiplay*) mais n'utilise ensuite qu'une valeur d'élasticité-prix pour les clients *standalone* (-2.2). Or, l'élasticité prix des clients *multiplay* est bien plus élevée. Dès lors, la perte réelle dans l'analyse est fortement sous-estimée

229. L'analyse de la contrainte indirecte présentée par le Régulateur est incorrecte et n'utilisée que dans le seul but de réguler à la fois les infrastructures de Proximus et des câblo-opérateurs.

(v) Conclusion

230. Rien ne justifie la proposition du Régulateur de diviser le marché de l'accès central au haut débit entre l'infrastructure de Proximus et celle de chaque câblo-opérateur. En procédant de la sorte, le Régulateur cherche à réguler les deux infrastructures. Cette définition de marché est en contradiction avec la pratique ailleurs en Europe. Dans les pays où les parts de marché sur le câble sont comparables à celle de la Belgique, les régulateurs nationaux ont incorporé dans un même marché les infrastructures de Proximus et des câblo-opérateurs. L'analyse par le Régulateur de la contrainte indirecte du câble sur le réseau de Proximus est entachée d'erreurs méthodologiques et sous-estime la pression concurrentielle indirecte exercée par les offres de détail des câblo-opérateurs.

231. La substituabilité de la demande se démontre également par le fait qu'Orange Belgium peut librement choisir entre le réseau de Proximus et celui des câblo-opérateurs (puisque'elle a l'accès à l'ensemble de ces réseaux).

232. Enfin, les autres opérateurs nouveaux entrants éventuels susceptibles de souhaiter l'accès à un réseau fixe n'ont encore effectué aucun investissement et ne se trouvent donc pas dans la situation décrite par le Régulateur de devoir supporter des coûts de migration. La substituabilité entre les services de gros de Proximus et ceux des câblo-opérateurs est dès lors incontestable.

233. Il est intéressant de noter que, dans son analyse des marchés de gros de l'accès central et de la radiodiffusion télévisuelle, le Régulateur ignore totalement la situation d'opérateurs potentiellement intéressés par la fourniture de services de radiodiffusion télévisuelle ou de haut débit, comme si l'objectif de l'ouverture du câble n'était pas d'attirer de nouveaux opérateurs et de renforcer la concurrence mais de favoriser un opérateur déjà présent sur le marché au détriment des opérateurs régulés, surtout des opérateurs locaux tels que Nethys et Brutélé.

(B) Problème méthodologique concernant le marché de gros de la radiodiffusion : définition du marché à partir du réseau des câblo-opérateurs

234. Le Régulateur estime que « *le produit de référence (« focal product »)* » pour la définition du marché de l'accès de gros à la radiodiffusion sur les réseaux câblés est « *la combinaison de l'accès à la plate-forme de télévision numérique et de la revente de l'offre de télévision analogique* »¹⁹⁸. Le Régulateur définit ensuite le marché de produits et le marché géographique à partir des services de gros offerts par chacun des câblo-opérateurs. Il conclut de cette analyse que « *l'accès à la plateforme de télévision numérique et aux plateformes de télévision alternative ne*

¹⁹⁸ CSA, paras 515 et 516 ; IBPT, paras 2039 et 2040.

sont pas substituables »¹⁹⁹, que ce soit du côté de la demande ou du côté de l'offre²⁰⁰.

235. Sur ce fondement, et sans expliquer aucunement son raisonnement, le Régulateur analyse ensuite la portée géographique du seul marché de l'accès de gros à la radiodiffusion sur les réseaux câblés comme seul marché de produits. Dès ce moment, le Régulateur omet de son analyse le marché de gros de l'accès au multicast ou à la plateforme IPTV, qui disparaît totalement de l'analyse.

Le Régulateur doit nécessairement analyser le marché de gros de l'accès au multicast ou à la plateforme IPTV dans le même marché que celui de la télévision.

236. Le choix du Régulateur d'ignorer, purement et simplement, le marché de gros de l'accès au multicast ou à la plateforme IPTV (quand bien même celui-ci se trouve en amont du marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle au même titre que le marché de l'accès de gros à la radiodiffusion sur les réseaux câblés) n'étonne nullement. Dès les prémisses de son analyse des marchés de gros de la radiodiffusion, et d'une manière qui manque d'objectivité, le Régulateur explique souhaiter définir le marché de l'accès de gros à la radiodiffusion sur les réseaux câblés²⁰¹. Le Régulateur n'explique toutefois pas pourquoi il prend comme point de départ de son analyse le réseau des câblo-opérateurs plutôt que celui, par exemple, de Proximus. Le réseau de Proximus permet pourtant lui aussi d'offrir des services de gros de radiodiffusion télévisuelle. Il est également bien plus étendu que le réseau d'opérateurs tels que Brutélé. En outre, comme on l'a vu ci-dessus, tant les parts de marché de Proximus que leur évolution dans le temps justifient amplement de considérer cet opérateur comme le leader sur le marché de la radiodiffusion.

237. Il importe que le Régulateur justifie adéquatement et de manière exhaustive ce choix de viser en premier lieu Nethys et Brutélé plutôt que Proximus. À défaut, cette attitude pourrait s'apparenter à de la discrimination opérée dans le but de trouver un moyen de réguler des opérateurs locaux et de moindre taille tels que Nethys et Brutélé ; or, ni la régulation sectorielle ni le droit de la concurrence n'autorisent le Régulateur à adapter les moyens en fonction d'un objectif prédéterminé.

(C) Impact des erreurs commises au niveau de la définition du marché de produits sur la définition géographique du marché

238. L'erreur de raisonnement commise par le Régulateur au niveau de l'analyse du marché de produits est telle qu'elle fausse l'analyse géographique du marché.

¹⁹⁹ CSA, para. 527 ; IBPT, para. 2051.

²⁰⁰ CSA, para. 530 ; IBPT, para. 2054.

²⁰¹ CSA, para. 515 ; IBPT, para. 2039.

239. En effet, l'inclusion de l'accès à l'infrastructure de Proximus dans le marché de gros ne permet pas au Régulateur d'analyser le marché géographique en se focalisant exclusivement sur les réseaux des câblo-opérateurs. Cette analyse doit nécessairement inclure le réseau de Proximus.

240. Une analyse complète du marché géographique aurait en effet dû tenir compte du fait que, même s'il est évident que les câblo-opérateurs ne peuvent pas offrir de services de gros en-dehors de la zone de couverture de leur réseau, ils sont néanmoins tous en concurrence avec Proximus. Ce point fondamental doit être inclus par le Régulateur à tous les stades de l'analyse, et notamment au niveau de l'analyse de la substituabilité en chaîne entre réseaux câblés. Le Régulateur le reconnaît d'ailleurs explicitement lorsqu'il écrit qu' « *[e]n principe, la plateforme IPTV existante de Proximus, qui a une couverture quasi nationale et applique un tarif de gros uniforme et national, pourrait exercer une pression concurrentielle indirecte entre les câblo-opérateurs en raison de leur concurrence commune avec Proximus qui opère au niveau national* »²⁰². Toutefois, le Régulateur ne tient pas compte de ce facteur puisqu'il écrit immédiatement après cette phrase : « *[m]ais à l'heure actuelle, il n'existe pas d'offre multicast. En l'absence d'une offre multicast nationale similaire à l'accès à la plateforme de télévision numérique, il ne peut actuellement être question de substituabilité en chaîne* »²⁰³.

241. De manière plus fondamentale, en définissant des marchés distincts pour le réseau de Proximus et celui de chacun des câblo-opérateurs et en définissant le marché géographique selon les limites du réseau de chaque câblo-opérateur, le Régulateur aboutit à la situation absurde où, quel que soit le nombre d'infrastructures disponibles en Belgique, les opérateurs détenant ces infrastructures seront toujours considérés comme dominants avec 100% des parts sur leur micromarché. Une définition de marché qui aboutit à rendre impossible toute conclusion selon laquelle le marché est effectivement concurrentiel est, par essence, faussé, en ce qu'elle perpétue la réglementation sectorielle. Ce maintien permanent d'une régulation *ex ante* enfreint le premier objectif, c'est-à-dire de résoudre les problèmes de concurrence de manière à ne plus être nécessaire et à pouvoir être supprimée.

242. Il résulte de ce qui précède que c'est l'ensemble de la définition du marché de gros qui doit être revue.

²⁰² CSA, para. 547 ; IBPT, para. 2071.

²⁰³ CSA, para. 547 ; IBPT, para. 2071. Concernant les spécificités de l'offre multicast, Nethys et Brutélé renvoient à la section 5.1.2(A)(ii) ci-dessus.

5.2 Analyse concurrentielle du marché de gros de l'accès central

243. D'emblée, notons que le raisonnement du Régulateur inclut une erreur juridique : contrairement à ce que le Régulateur écrit, le seuil « *permettant de présumer l'existence d'une position dominante* »²⁰⁴ n'est pas de 40% mais bien de 50% - et encore, la doctrine la plus éminente est d'avis que la jurisprudence européenne ne permet pas de considérer que le seuil de 50% de parts de marché fait naître en droit l'existence d'une position dominante mais que des parts de marché élevées constituent une indication de cette dominance, ce qui, en termes de charge de la preuve, est très différent²⁰⁵.

244. Ensuite, le Régulateur affirme que « *[d]u fait de leur statut d'opérateurs historiques, Proximus et les câblo-opérateurs ont bénéficié d'économies d'échelle significatives lors du déploiement de leurs réseaux respectifs et ont pu amortir la majorité de leurs coûts sur l'ensemble des utilisateurs finaux* »²⁰⁶. Le Régulateur conclut également que « *[c]ompte tenu de leurs parts de marchés [sic] sur les marchés de gros et de détail de la large bande, Proximus et les câblo-opérateurs peuvent amortir l'achat de leurs équipements et le déploiement de leur réseau de collecte sur un nombre de clients nettement supérieur au nombre de clients des opérateurs alternatifs* »²⁰⁷.

245. Aucune de ces deux affirmations ne s'applique à Nethys et à Brutélé. En effet, si l'infrastructure câblée pour la télévision est un héritage historique, l'infrastructure de Nethys et de Brutélé n'était pas bidirectionnelle et ne permettait pas d'offrir des services d'accès à Internet.

Au moment où les investissements ont été effectués afin de moderniser les réseaux et de les rendre aptes à offrir un service d'accès à Internet, Nethys et Brutélé entraient sur un nouveau marché dominé par Proximus. En tant que nouveaux entrants, Nethys et Brutélé disposaient d'un nombre limité de clients Internet et ne bénéficiaient dès lors pas d'économies d'échelle. Même aujourd'hui, les parts de marché de Nethys et de Brutélé concernant leurs services Internet restent limitées par rapport à celles de Proximus et sont en constante diminution au profit de Proximus depuis plusieurs années. En fait, il est fort probable qu'Orange Belgium, le seul opérateur alternatif sur le câble, bénéficie, grâce à son service mobile, de davantage d'économies d'échelle que Nethys et Brutélé.

246. Nethys et Brutélé remarquent à cet égard que l'attitude du Régulateur vis-à-vis des câblo-opérateurs est incohérente : ceux-ci sont assimilés les uns aux autres quand cela est nécessaire pour atteindre l'objectif recherché par le Régulateur. En

²⁰⁴ IBPT, para. 1400.

²⁰⁵ Voir à ce sujet J. Faull et A. Nikpay, « *The EU Law of Competition* », 3^{ème} édition, 2014, Oxford, n°4.155 à n°4.163, pp. 362-365.

²⁰⁶ IBPT, para. 1409

²⁰⁷ IBPT, para. 1413.

revanche, dans d'autres passages du Projet de décision, le Régulateur agit comme si chaque câblo-opérateur agissait sur un marché distinct. Cette incohérence, déjà soulignée plus haut, est indigne d'une analyse de marché sérieuse et objective.

5.3 Analyse des marchés de gros de la radiodiffusion télévisuelle et du haut débit : absence de nécessité de réguler en présence de trois opérateurs NGA sur le marché

247. Selon la Commission européenne, dès lors que, comme en l'espèce, l'utilisateur final a la possibilité de recevoir un service par le biais de trois plateformes au moins, le marché n'est pas suffisamment concentré pour justifier une réglementation *ex ante*²⁰⁸ :

« Les paragraphes suivants portent sur les marchés de gros liés [au marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle].

Il y a de nombreuses raisons justifiant le retrait du marché de gros existant de la liste de recommandations. Beaucoup des commentaires reçus durant la consultation ont indiqué que des changements significatifs du marché sont en cours. Certains signes montrent une plus grande concurrence entre plateformes alors que la transition de l'analogique au numérique se produit. Une des conséquences est qu'il est probable qu'il y ait moins de contraintes de capacités sur n'importe quelle plateforme. Une seconde est que de nombreux États membres sont susceptibles d'avoir 3-4 plateformes concurrentes (terrestre, satellite, câble et fondée sur les télécoms) à l'inverse des 2-3 plateformes analogues, dont l'une, le satellite, n'a été développée que plus tard. La transition de l'analogique au numérique donne l'impulsion aux plateformes à être compétitives et attirer les utilisateurs finals, ce qui dans un contexte de marché biface, signifie également obtenir du contenu. Ces changements indiquent que, en dépit des barrières à l'entrée qui peuvent exister, les dynamiques du marché sont telles que le second critère n'est pas satisfait.

En outre, il est nécessaire de considérer si les problèmes de puissance de marché éventuels peuvent être adressés soit par le droit de la concurrence (le troisième critère) ou en effet par le biais d'autres mesures réglementaires, conformément au principe de l'adoption d'une approche greenfield modifiée [...].

Par ailleurs, les autorités nationales de concurrence ont traité certains problèmes d'accès en vertu des règles de concurrence. »

²⁰⁸

Note explicative 2007, pp. 48-49 (traduction libre).

248. Dans son Projet de décision, le Régulateur va dans le même sens puisqu'il précise que²⁰⁹ :

« [L]es zones géographiques dans lesquelles trois opérateurs opéreraient un réseau NGA avec un degré d'indépendance suffisant constitueraient des zones où les conditions de concurrence se distingueraient de celles des territoires voisins » ; et

« Dans différents cas étrangers, l'existence de zones géographiques où la concurrence s'exerce entre au minimum 3 opérateurs opérant leur propre infrastructure (même si cette dernière est composée en partie d'éléments de réseau appartenant à des tiers) a conduit le régulateur à alléger la régulation ex ante sur lesdites zones. [Le Régulateur] fait plus particulièrement référence aux décisions des régulateurs en Espagne, au Portugal et au Royaume-Uni. [Le Régulateur] lui-même a suivi une approche similaire dans le cadre de l'analyse du marché des segments terminaux de lignes louées ».

249. En Belgique, diverses plateformes permettent de transmettre aux utilisateurs finaux des services de radiodiffusion télévisuelle et d'accès à Internet : le câble coaxial, le réseau de Proximus, le satellite, etc. Il ne saurait donc être question de concentration du marché de la radiodiffusion télévisuelle et du haut débit justifiant l'adoption d'une quelconque réglementation *ex ante*.

250. Enfin, même si l'on ne considère que les réseaux des câblo-opérateurs et celui de Proximus, il suffirait que l'un de ces opérateurs conclue un accord commercial avec un opérateur bénéficiaire pour ôter à l'imposition d'obligations réglementaires toute nécessité.

5.4 Conclusion

251. Le raisonnement adopté par le Régulateur et les conclusions auxquelles il parvient dans son Projet de décision contiennent un double paradoxe.

252. D'une part, suivant le raisonnement adopté par le Régulateur, n'importe quel opérateur de réseau, même le plus modeste, doit être régulé. En effet, si l'on suit le raisonnement du Régulateur, le plus petit détenteur de réseau doit être considéré comme puissant, ce qui ne correspond évidemment pas du tout à la réalité des faits.

253. D'autre part, le raisonnement du Régulateur a pour effet de rendre permanente la régulation des marchés de gros, puisque selon la définition de marché retenue par le Régulateur, il est impossible qu'un opérateur détenant un réseau

²⁰⁹ IBPT, para. 1228.

échappe à la qualification de dominance, et cela même si de nouveaux réseaux sont déployés en Belgique.

254. Ce double paradoxe est totalement contraire au cadre réglementaire européen. Le cadre réglementaire européen ne permet en effet que l'imposition d'obligations nécessaires et strictement proportionnées. En outre, il précise que les obligations réglementaires n'ont pas vocation à être permanentes et doivent être retirées dès que le problème de concurrence identifié a disparu. En imposant des obligations réglementaires de manière extrêmement large (en raison d'une définition de marché faussée) et sur une base permanente, le Régulateur s'écarte totalement des objectifs et principes du cadre réglementaire sur ces points.

6. ANALYSE DES MESURES CORRECTRICES

6.1 Remarques générales

255. Cette partie reprend les commentaires de Nethys et de Brutélé relatifs aux remèdes proposés par le Régulateur dans le cadre de son Projet de décision relatif à l'analyse des marchés haut débit et de la radiodiffusion. Il va de soi que ces commentaires sont faits sous toute réserve, compte tenu de la nécessité de revoir la définition de marché ainsi que l'analyse de la puissance significative de marché à la lumière des commentaires précédents.

256. Le Projet de décision du Régulateur relatif à l'analyse des marchés du haut débit et de la radiodiffusion impose un alourdissement considérable des obligations imposées aux câblo-opérateurs, dont un nombre important de nouvelles contraintes opérationnelles. Or, aucun réel problème n'a été constaté et aucune analyse coûts-bénéfices n'a été réalisée afin de juger de l'opportunité des développements exigés des câblo-opérateurs.

257. Les nouvelles obligations comprennent notamment, outre l'alourdissement des obligations financières en vue d'imposer des tarifs de gros réduits, la régulation du haut débit seul, de nouvelles procédures d'installation et de réparation avec intervention des techniciens des autres opérateurs sur le réseau même des câblo-opérateurs en lieu et place de leurs propres techniciens (et cela alors que de nouvelles procédures d'installation *single visit* ont été mises en place en avril 2017), de nouveaux outils informatiques, une comptabilisation des coûts par service, *etc.*

6.1.1 Débiteur des mesures correctrices

258. À supposer qu’une réglementation *ex ante* soit effectivement justifiée sur les marchés de la radiodiffusion télévisuelle et du haut débit, seul un opérateur réellement puissant devrait supporter de mesures correctrices qui en découleraient. Ce n’est que de cette manière que pourra être atteint l’objectif poursuivi par la réglementation *ex ante*, c’est-à-dire « *procurer des avantages aux consommateurs finals en rendant les marchés de détail concurrentiels de façon durable* »²¹⁰.

259. Or, ce n’est certainement pas le cas de Nethys et de Brutélé : les mesures correctrices éventuellement imposées par le Régulateur devraient s’appliquer non pas à Nethys et Brutélé, mais à Proximus et, éventuellement, à Telenet.

260. Premièrement, alors que Nethys et Brutélé ne représentent respectivement que [CONFIDENTIEL] et [CONFIDENTIEL] du marché de détail national de la large bande ou [CONFIDENTIEL] et [CONFIDENTIEL] du marché de détail national de la radiodiffusion télévisuelle, Proximus et Telenet atteignent chacun entre 40% et 50% de parts de marché haut débit et près de 40% de parts de marché en matière de télévision²¹¹. La part de marché de Telenet sur ce dernier marché est encore plus conséquente étant donné qu’elle varie entre 40 et 50%²¹².

	National						
	Haut débit résidentiel	Haut débit mass-market	2P haut débit et TV	3P haut débit et TV	Haut débit entreprises (toutes)	Haut débit entreprises (>10 pers.)	Radio-diffusion
Proximus	[40-50]%	[40-50]%	[40-50]%	[40-50]%	[50-60]%	[50-60]%	[30-40]%
Nethys	[CONF.]	[CONF.]	[CONF.]	[CONF.]	[CONF.]	[CONF.]	[CONF.]
Brutélé	[CONF.]	[CONF.]	[CONF.]	[CONF.]	[CONF.]	[CONF.]	[CONF.]
Câble (autres)	[40-50]%	[40-50]%	[20-30]%	[40-50]%	[30-40]%	[10-20]%	[40-50]%
Autres	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%

²¹⁰ Traduction libre de "the objective of ex ante regulatory intervention is to produce benefits for end users by making retail markets competitive on a sustainable basis" (Note explicative 2014, p. 5).

²¹¹ CSA, para. 311, figure 6 ; IBPT, para. 533, figure 73.

²¹² CSA, para. 312 ; IBPT, para. 534. Vu que l’acquisition de SFR par Telenet a été approuvée par l’Autorité belge de la Concurrence le 12 juin 2017, la catégorie "Câble (autres)" ne se réfère plus qu’à Telenet (Décision BMA-2017-C/C-23 du 12 juin 2017 relative à l’acquisition de SFR par Telenet).

Tableau 1 : Parts de marché au niveau national (2016)²¹³

Réguler le réseau de Proximus et de Telenet aurait donc nécessairement plus d'impact sur le marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle puisqu'une telle régulation affecterait approximativement 85% des utilisateurs finals.

261. Deuxièmement, à l'inverse des réseaux de Nethys et Brutélé qui ne couvrent qu'une partie du territoire belge, le réseau de Proximus en couvre la totalité. Une intervention réglementaire appliquée à Proximus uniquement permettrait donc d'atteindre l'ensemble du territoire belge. En procédant de la sorte, le Régulateur simplifierait considérablement les démarches d'un nouvel entrant sur le marché, celui-ci ayant la possibilité de ne s'adresser qu'à un seul interlocuteur au lieu de trois afin de desservir la Belgique dans son entièreté. Une telle simplification serait la bienvenue. En attestent les difficultés rencontrées par Orange Belgium pour accéder au réseau de SFR²¹⁴ et son souhait d'avoir des conditions harmonisées pour l'ensemble de la Belgique, notamment en ce qui concerne les tarifs.

262. Troisièmement, toute obligation imposée à Nethys et à Brutélé diminue significativement la pression concurrentielle que ces petits opérateurs peuvent exercer sur les leaders du marché tels que Proximus. Au lieu de favoriser la concurrence sur le marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle, toute obligation réglementaire appliquée à Nethys et Brutélé affaiblit leur position de challengers au profit des leaders.

6.1.2 Promotion des investissements dans les infrastructures

263. Les remèdes que le Régulateur prévoit d'imposer en l'espèce doivent s'apprécier avec d'autant plus de rigueur que l'objectif du cadre réglementaire vise à promouvoir la concurrence par les infrastructures et déréguler progressivement le marché des communications électroniques. La présence de deux infrastructures suffit pour atteindre un résultat concurrentiel sur un marché.

264. Le projet de Code des communications électroniques européen (CCEE) précise que quand au moins deux infrastructures sont disponibles, dont une au moins offre un accès commercial, des obligations de gros ne sont plus nécessaires²¹⁵.

²¹³ Source : données transmises par l'IBPT à la demande de Nethys et de Brutélé le 10 août 2017.

²¹⁴ L'accès d'Orange Belgium au réseau câblé de SFR est désormais garanti par les engagements pris par Telenet dans le cadre de son acquisition de SFR (Décision BMA-2017-C/C-23 du 12 juin 2017 relative à l'acquisition de SFR par Telenet).

²¹⁵ *"In geographic areas where two access networks can be expected on a forward-looking basis, end-users are more likely to benefit from improvements in network quality, by virtue of infrastructure-based competition, than in areas where only one network persists. [...] Where at*

265. L'alourdissement des obligations va à contrecourant du cadre réglementaire en imposant des remèdes de revente très lourds sur un marché de détail sur lequel il existe une concurrence entre plateformes. Toute obligation imposée à Nethys et à Brutélé diminue significativement la pression concurrentielle que ces deux petits opérateurs peuvent exercer sur les leaders du marché tels que Proximus. Au lieu de favoriser la concurrence sur le marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle, toute obligation réglementaire appliquée à Nethys et Brutélé affaiblit leur position de challengers et les empêche d'investir dans leurs réseaux afin d'offrir des services plus performants et de rester concurrentiels.

6.1.3 Caractère inapproprié des obligations réglementaires imposées à Nethys et à Brutélé

266. L'article 8 de la Directive Cadre requiert que les mesures correctrices imposées par les autorités réglementaires soient proportionnelles aux objectifs poursuivis par la réglementation. En conséquence, les moyens mis en œuvre par ces autorités pour atteindre un objectif donné doivent se limiter à ce qui est nécessaire et suffisant pour atteindre cet objectif. Autrement dit, les moyens utilisés doivent correspondre au minimum nécessaire pour atteindre ce but²¹⁶.

267. Il est effectivement essentiel que la réglementation soit ciblée et équilibrée. Une charge réglementaire excessive sur les opérateurs étoufferait les investissements et l'innovation²¹⁷. Or, ceux-ci sont indispensables au développement du marché intérieur des communications électroniques.

268. Dans l'exercice de leurs compétences, les autorités réglementaires nationales se doivent donc de choisir, « *parmi toute la panoplie des obligations réglementaires définies dans les directives, celles qui conviennent pour résoudre un problème donné sur un marché non soumis à une concurrence effective* »²¹⁸.

269. Or, en l'espèce, il semble que le Régulateur envisage d'appliquer l'ensemble de ces obligations réglementaires à Nethys et Brutélé. Un tel arsenal de mesures correctrices ne se justifie aucunement au regard des parts de marché détenues par Nethys et Brutélé sur le marché de détail du haut débit (soit, respectivement

least one of the network operators offers wholesale access to any interested undertaking on reasonable commercial terms permitting sustainable competition on the retail market, national regulatory authorities are unlikely to need to impose or maintain SMP-based wholesale access obligations, beyond access to civil infrastructure, therefore reliance can be placed on the application of general competition rules. This applies a fortiori if both network operators offer reasonable commercial wholesale access", Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council establishing the European Electronic Communications Code (Recast), Corrigendum of 12 October 2016, COM (2016) 590 final/2, considérant 175.

²¹⁶ Lignes directrices SMP, points 117 et 118.

²¹⁷ Note explicative 2014, p. 8

²¹⁸ Point 116 des Lignes directrices SMP.

[CONFIDENTIEL] et [CONFIDENTIEL]) et le marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle (soit, respectivement [CONFIDENTIEL] et [CONFIDENTIEL]).

En outre, les justifications avancées par le Régulateur dans le Projet de décision pour légitimer les obligations réglementaires imposées à Nethys et Brutélé sont insuffisantes pour expliquer en quoi les mesures imposées sont proportionnées aux objectifs poursuivis.

270. Les mesures correctrices imposées devraient en outre faire l'objet d'une analyse coût-bénéfice. Les nouvelles obligations imposées à Nethys et Brutélé représentent un coût opérationnel conséquent que le Régulateur doit confronter avec les prétendus bénéfices des nouvelles mesures. Il est évident que ce type d'analyse fait défaut dans le Projet de décision actuel.

271. Les obligations supplémentaires imposées à Nethys et à Brutélé par rapport aux obligations déjà imposées lors de l'analyse de marché précédente sont extrêmement nombreuses (large bande seule, EuroPacketCable, modélisation des coûts, publication d'indicateurs de performance (KPI), mentions additionnelles dans les offres de référence, etc.) et le délai imposé pour leur mise en œuvre est extrêmement court. À l'inverse, Proximus a bénéficié de plusieurs années pour mettre en œuvre des obligations similaires alors qu'elle dispose de davantage de ressources et d'une organisation plus mature. Une telle différence de traitement, surtout lorsque l'on a égard à la taille respective des opérateurs concernés, est manifestement discriminatoire.

272. Il est enfin tout à fait **discriminatoire** d'imposer à Nethys et Brutélé, qui ne représentent respectivement que [CONFIDENTIEL] et [CONFIDENTIEL] du marché national du haut débit et [CONFIDENTIEL] et [CONFIDENTIEL] du marché national de la radiodiffusion télévisuelle, des obligations réglementaires identiques à celles imposées à Proximus et à Telenet. L'article 8, paragraphe 5, de la Directive Cadre ainsi que les articles 10 et 11 de la Constitution belge imposent pourtant au Régulateur de respecter le principe de non-discrimination. Or, selon une jurisprudence constante, une discrimination consiste tant dans l'application de règles différentes à des situations comparables que dans l'application de la même règle à des situations différentes²¹⁹. Appliquer des mesures correctrices identiques à des opérateurs ayant une position concurrentielle sur le marché diamétralement opposée enfreint donc le principe de non-discrimination.

²¹⁹ Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 27 octobre 1998, *Boyle e.a.*, affaire C-411/96, Rec. p. I-6401, point 39.

273. Enfin, les mesures correctrices ne sont pas nécessaires compte tenu de l'existence de remèdes en amont. En effet, l'évaluation des marchés de gros et des remèdes proposés ne tient pas compte de la régulation imposée sur les marchés plus en amont, ce qui constitue pourtant une garantie méthodologique importante du respect du principe de proportionnalité.

6.2 Commentaires relatifs à l'obligation de pratiquer des prix équitables (marché de gros de l'accès central et marché de gros de la radiodiffusion)

274. Le Régulateur impose une obligation de pratiquer des prix équitables, et définit ceux-ci comme des prix qui peuvent être supérieurs aux coûts tout en conservant un lien avec les coûts. Autrement dit, il peut exister une marge raisonnable entre les coûts et le prix. Le Régulateur envisage plusieurs options pour déterminer les tarifs équitables pour l'accès au câble. Le Régulateur prévoit de vérifier l'obligation de pratiquer des prix équitables à l'aide d'un modèle de coûts de type *bottom-up* LRIC reflétant les coûts d'un opérateur efficace.

275. De manière générale, Nethys et Brutélé considèrent que l'imposition d'une obligation de contrôle des prix n'est pas nécessaire. Imposer une obligation de contrôle des prix *ab initio* est contraire à l'objectif poursuivi par le Régulateur, notamment parce que la nécessité d'une telle mesure ne peut être démontrée, et parce que cette mesure a pour conséquence de retirer tous incitants aux investissements dans les infrastructures. Rien ne justifie que le Régulateur impose des prix de gros. Ceux-ci doivent être déterminés par les opérateurs.

276. La justification avancée par le Régulateur pour appuyer la nécessité de l'obligation de contrôle des prix est inadéquate. D'après le Régulateur, « [u]ne mesure de contrôle des prix est indispensable pour éviter que les opérateurs puissants ne pratiquent des prix excessifs pour l'accès de gros à son réseau [sic] »²²⁰. Or, cette situation ne s'est pas présentée en Belgique. Une fois l'obligation d'accès imposée, le Régulateur n'a pas laissé aux opérateurs la possibilité de négocier commercialement leurs tarifs de gros : il a, concomitamment à l'obligation d'accès, imposé l'obligation de contrôle des prix.

²²⁰ IBPT, para. 1999.

277. Cette approche du Régulateur belge diffère de l'approche adoptée par le Régulateur irlandais en 2005. Celui-ci, après avoir déterminé que des obligations devaient être imposées aux opérateurs disposant d'une puissance significative sur le marché, a, dans un premier temps, laissé à ces opérateurs la possibilité de respecter leurs obligations d'accès et de non-discrimination par le biais de négociations commerciales. Il n'a prévu d'imposer des obligations relatives au contrôle des prix et à l'orientation des coûts que dans l'hypothèse où ces mesures échoueraient²²¹.

278. Le Régulateur n'a toutefois pas eu une telle patience. Le Régulateur ne démontre d'ailleurs pas que, soumises uniquement à une obligation d'accès, Nethys et Brutélé appliqueraient des prix excessifs.

279. La justification selon laquelle Nethys et Brutélé ont la possibilité d'augmenter leur prix de gros du fait que les opérateurs alternatifs peuvent difficilement se tourner vers d'autres fournisseurs est également erronée. La disponibilité des offres d'accès de gros au réseau de l'opérateur historique Proximus permet aux opérateurs alternatifs de se tourner facilement vers ces offres de gros. Nethys et Brutélé n'ont, en toute hypothèse, pas d'incitation à imposer des prix de gros excessifs du fait que ces opérateurs ont déjà supporté les coûts liés au développement de leur service de gros. En outre, comme expliqué *supra*, il existe une contrainte indirecte sur le prix de gros via le marché de détail.

280. En ce qui concerne les options envisagées par le Régulateur en matière de contrôle des prix, Nethys et Brutélé apprécient la question ouverte posée par le Régulateur qui lui laisse l'opportunité d'apporter sa contribution.

6.2.1 Première option

281. La première option proposée par le Régulateur consiste à ce que les tarifs pratiqués au moment de la présente consultation nationale, soit les tarifs de « phase de lancement », restent d'application jusqu'à l'entrée en vigueur éventuelle d'une décision ultérieure.

282. Cette option n'est pas acceptable en ce qui concerne les tarifs de Nethys et Brutélé, notamment pour les raisons suivantes :

- La décision du 19 février 2016 contient une série d'erreurs méthodologiques, soulevées dans le cadre de recours devant la Cour d'appel de Bruxelles. Ces erreurs concernent le poids des promotions, la méthode de définition de prix des profils spécifiques, la tarification des décodeurs, la tarification, les coûts évitables et les mesures d'accompagnement complémentaires d'encadrement des tarifs. Ces

²²¹ Commission européenne, affaire *Vodafone 02 Meteor*, décision du 22 février 2005 (concernant l'Irlande).

choix méthodologiques sont préjudiciables à Nethys et Brutélé. Ils ont pour résultat de déboucher sur des prix nettement différents selon les câblo-opérateurs et significativement inférieurs pour Nethys et Brutélé que pour leurs concurrents, ce qui ne se justifie pas (comme le reconnaît d'ailleurs le Régulateur dans son Projet de décision). Ces résultats sont d'autant plus incohérents qu'ils aboutissent à des prix de gros inférieurs pour Nethys et Brutélé alors que les coûts de déploiement de l'infrastructure sont plus élevés en Wallonie. Des tarifs aussi bas de Nethys et Brutélé ne sont pas raisonnables et rien ne justifie qu'ils soient plus bas que les tarifs de gros de Telenet applicables en vertu de la décision du 19 février 2016 ;

- Les prix de gros actuels de Nethys et de Brutélé ne sont pas équitables car ils n'offrent pas à ces derniers les moyens d'investir dans l'ensemble de leur réseau, et en particulier dans les zones moins denses. Un tel résultat est contraire à l'objectif de promotion des investissements dans les réseaux et porte préjudice aux intérêts des consommateurs finaux, en particulier en Wallonie où les besoins d'extension de la couverture haut débit sont importants.
- Il n'existe aucune raison pour que les tarifs de la phase de lancement de deux ans octroyés à Orange Belgium par la décision de février 2016 en vue de faciliter le lancement de son service soient prolongés artificiellement alors que ces tarifs préférentiels prennent fin le 1^{er} mai 2018 et que Nethys et Brutélé l'ont prévu de cette manière dans leur plan d'affaires. La prolongation de la phase de lancement aura en outre de nombreux désavantages et effets pervers, à savoir de ne donner à Orange Belgium aucun incitant à investir et de lui permettre de tout simplement profiter d'un accès à bas prix. Cette mesure aboutirait au maintien d'une aide à l'entrée sur le marché qui n'est ni nécessaire ni objectivement justifiée.

6.2.2 Deuxième option

283. L'utilisation d'un *benchmark* national n'est acceptable que si cette option maintient les incitants des opérateurs à investir dans les infrastructures de réseau et à promouvoir la concurrence sur le marché à court, moyen et long termes, notamment la concurrence que livrent les opérateurs *challengers* tels que Nethys et Brutélé.

Cette approche ne sera en outre valable que si le *benchmark* se base sur un opérateur disposant du même type d'infrastructures.

Enfin, un tel *benchmark* devrait, au minimum, corriger les erreurs de méthodologie commises au préjudice de Nethys et de Brutélé dans la méthodologie de fixation des tarifs du 19 février 2016. Les tarifs applicables à Nethys et à Brutélé en vertu de la décision du 19 février 2016 ne respectent pas cette condition et doivent dès lors être remplacés par les tarifs de Telenet. Le *benchmark* doit donc supprimer les différences de prix injustifiées entre l'accès de gros au réseau des différents câblo-opérateurs.

284. Par ailleurs, l'utilisation d'un *benchmark* international ne semble pas appropriée car il est nécessaire que la méthode de calcul des tarifs de gros soit adaptée aux circonstances nationales, comme le prévoit le cadre réglementaire européen qui préconise spécifiquement que la méthode de calcul des coûts doit permettre de prendre en compte les situations nationales spécifiques selon une approche de modélisation cohérente²²².

6.2.3 Troisième option

285. [CONFIDENTIEL] En outre, le fait que le Régulateur se réserve le droit de « *modifier, adapter ou préciser* » la méthodologie de calcul des coûts à tout moment à la demande d'un opérateur ou de sa propre initiative²²³, n'offre aucune garantie pour le futur quant au prix négocié. Dès lors, même en cas d'obtention d'un accord équilibré, ce résultat risque d'être revu à tout moment par le Régulateur sous la pression d'un opérateur, comme ce que l'on a pu expérimenter ces dernières années.

286. Le Régulateur considérerait qu'une négociation commerciale pourrait conduire à des tarifs équitables s'il a lieu avec « *un ou plusieurs demandeurs d'accès suffisamment significatifs* »²²⁴. Il convient que le Régulateur définisse très précisément ce que signifie « *demandeur d'accès suffisamment significatif* ». La notion n'étant pas définie, elle laisse le Régulateur décider seul et de manière arbitraire de l'opérateur qu'il juge approprié pour l'accord. Cela donne l'impression que cette option est élaborée une fois de plus au bénéfice unique d'Orange Belgium.

287. En ce qui concerne le prix pour l'accès en gros au protocole EuroPacketCable, il convient de préciser ce que signifie concrètement la notion « *une majoration (mark-up) sur les tarifs de gros du haut débit* »²²⁵.

²²² Recommandation de la Commission du 11 septembre 2013 sur des obligations de non-discrimination et des méthodes de calcul de coûts cohérentes pour promouvoir la concurrence et encourager l'investissement dans le haut débit.

²²³ IBPT, para. 1997.

²²⁴ IBPT, para. 2451.

²²⁵ IBPT, para. 1994.

288. En ce qui concerne le projet du Régulateur d'imposer un modèle de coûts type *bottom-up* LRIC en vue de vérifier l'obligation de pratiquer des prix équitables, serait source d'une grande insécurité juridique et incompatible avec le principe de bonne administration. En effet, il s'agirait de la troisième méthodologie de fixation des tarifs de gros que le Régulateur imposerait en quatre ans et demi. En effet, la vérification de l'obligation de pratiquer des prix équitables a pour vocation de remplacer les prix fixés dans les décisions tarifaires des 11 décembre 2013 et 19 février 2016.

La Cour de cassation a confirmé que « *les principes généraux de bonne administration comportent le droit à la sécurité juridique* »²²⁶. Selon la Cour, le droit du citoyen à la sécurité juridique « *implique notamment que le citoyen doit pouvoir faire confiance à ce qu'il ne peut concevoir autrement que comme étant une règle fixe de conduite et d'administration ; [...] il s'ensuit qu'en principe, les services publics sont tenus d'honorer les prévisions justifiées qu'ils ont fait naître dans le chef du citoyen* »²²⁷.

Il ressort de ce qui précède que, conformément aux principes de sécurité juridique et de bonne administration, une réglementation ne devrait être modifiée que lorsqu'un tel changement est nécessaire et justifié, tout particulièrement lorsque, comme c'est le cas en l'occurrence, ce changement est défavorable à l'entreprise régulée. La révision des prix sur la base d'un modèle *bottom-up* LRIC n'est ni nécessaire ni justifiée. En outre, ce changement réglementaire prématuré a un impact réel et concret sur l'activité de Nethys et de Brutélé : il empêche Nethys et Brutélé de planifier à long terme la gestion de leurs ressources. Ce manque de prévisibilité nuit d'autant plus à Nethys et à Brutélé que le changement concerne leurs tarifs, ce qui a, par définition, un impact énorme sur la viabilité économique de leurs activités.

289. Par ailleurs, l'obligation relative à un modèle de coûts de type *bottom-up* LRIC reflétant les coûts d'un opérateur efficace, n'est pas proportionnée pour les raisons suivantes :

- Le développement d'un modèle de coûts type *bottom-up* LRIC requiert dans le chef de Nethys et Brutélé des développements importants. En effet, Nethys et Brutélé devront consacrer d'importantes ressources opérationnelles à l'établissement d'un système de comptabilisation par les coûts, qui servira éventuellement pour valider certains inputs (vu qu'il s'agit d'un modèle *bottom-up*). Comme expliqué supra, les modifications requises par ce dernier prendraient des mois à mettre en place et feraient supporter à Nethys et Brutélé un coût financier, humain et logistique sans proportion

²²⁶ Cass. 27 mars 1992, *R.C.J.B.*, 1995, p. 54.

²²⁷ Cass. 27 mars 1992, *R.C.J.B.*, 1995, p. 54.

aucune avec la taille de ces opérateurs et leur poids sur le marché de la radiodiffusion télévisuelle et du haut débit.

- Le Projet de décision ne démontre pas que l'imposition d'un modèle de type *bottom-up* LRIC est nécessaire pour vérifier l'obligation de fixer des prix équitables. Le Régulateur envisage d'ailleurs au §2451 du projet de décision une option par laquelle « les tarifs ne seraient pas modifiés a posteriori en fonction des résultats du modèle de coûts ». Cela prouve que le développement d'un modèle de coût n'est pas indispensable pour vérifier que les tarifs sont équitables ;
- Par ailleurs, l'approche d'un modèle de coûts type *bottom-up* a de nombreux inconvénients. Premièrement, cette approche ne permet pas de promouvoir les investissements dans le réseau. En outre, elle ne permet pas de prendre en compte les spécificités de la structure de coûts de chaque opérateur. Les coûts d'infrastructure peuvent être différents d'une région à une autre, avec des coûts d'infrastructure plus élevés dans les régions moins denses, en particulier en Wallonie. Un modèle *bottom-up* ne permettra pas de refléter les coûts réellement supportés par Nethys et Brutélé et de tenir compte du risque lié aux investissements.

6.3 Commentaires relatifs à l'obligation de mettre en place un système de comptabilisation des coûts (marché de gros de l'accès central)

290. L'obligation de mettre en place un système de comptabilisation des coûts pour fin 2018 est totalement disproportionnée pour différentes raisons expliquées ci-dessous.

291. Tout d'abord, un tel système ne se justifierait que dans le cas de mise en vigueur d'un modèle d'orientation sur les coûts. Le timing proposé de 2018 est dès lors disproportionné. Il convient de ne pas imposer l'obligation de comptabilisation des coûts tant que les prix ne sont pas définis sur la base de l'orientation des coûts car ces éléments sont fortement liés.

292. Par ailleurs, l'obligation est disproportionnée eu égard à la taille et à la maturité de Nethys et de Brutélé et à la complexité de l'exercice à mettre en œuvre. Le système à mettre en place est très complexe et requiert la production d'une documentation complète et détaillée relative aux règles utilisées pour allouer les coûts (définition du périmètre des coûts et des recettes traités dans le système, les méthodologies d'allocation des coûts ou encore les méthodes d'amortissement et la durée de vie des actifs, etc.) et pour réévaluer les actifs (identification des actifs moyennant un degré de granularité suffisant, inventaire des actifs utilisés dans le réseau, etc.). Pire encore, le Régulateur se réserve le droit de demander des informations additionnelles à celles énumérées dans le Projet de décision. Le nombre d'informations pouvant être requises est donc illimité.

293. En tant que petits opérateurs, Nethys et Brutélé disposent de moyens limités. Nethys et Brutélé n'ont pas pu acquérir la maturité au niveau opérationnel et financier de gros opérateurs tel que Proximus, Orange Belgium ou Telenet. De plus, la comptabilité actuelle de Nethys et de Brutélé diffère significativement des exigences mises en avant par le Régulateur. Les modifications requises par ce dernier prendraient des mois à mettre en place et feraient supporter à Nethys et Brutélé un coût financier, humain et logistique sans proportion aucune avec la taille de ces opérateurs et leur poids sur les marchés de la radiodiffusion télévisuelle et du haut débit. [CONFIDENTIEL]

294. [CONFIDENTIEL]

295. [CONFIDENTIEL]

296. [CONFIDENTIEL]

297. [CONFIDENTIEL]

298. La mise à disposition de toutes les informations nécessaires à l'établissement de la méthodologie d'allocation des coûts monopolisera dès lors des ressources conséquentes dans le chef de Nethys et Brutélé. Loin de contribuer à la réalisation de l'objectif de la réglementation *ex ante* (c'est-à-dire, « *procurer des avantages aux consommateurs finals en rendant les marchés de détail concurrentiels de façon durable* »), cette obligation étouffera progressivement Nethys et Brutélé. Un tel affaiblissement des opérateurs *challengers* aura pour unique résultat de renforcer la puissance de Telenet et Proximus (qui, elles, possèdent déjà très probablement des systèmes de comptabilisation adéquats).

Le Régulateur n'a pas pris ce paramètre en compte dans son analyse et ne peut en réalité pas conclure que l'imposition d'une obligation de comptabilisation des coûts est proportionnelle. Il n'est pas non plus justifié d'imposer une obligation similaire à Nethys et Brutélé que celle qui a été imposée à l'opérateur historique. En plus d'être de petits opérateurs face à Proximus, Nethys et Brutélé devraient développer en quelques années seulement ce que Proximus a mis des dizaines d'années à mettre en place.

299. Ceci est d'autant plus démesuré que, comme expliqué *supra*, un contrôle des prix ne se justifie pas et que le Régulateur pourrait au final décider de ne pas faire usage du travail mis en place²²⁸. Le droit que se réserve le Régulateur d'utiliser des méthodes de comptabilisation et de calcul des coûts distinctes de celles appliquées par les opérateurs, afin de déterminer les coûts liés à la fourniture d'une prestation efficace, est inacceptable. Le Régulateur se réserve également le droit de demander que des ajustements soient réalisés pour tenir compte des coûts d'un opérateur efficace ou des évolutions technologiques pour la valorisation des actifs. Ceci est inacceptable pour les mêmes raisons. Si le Régulateur décide de maintenir l'obligation d'établir un système de comptabilisation des coûts et la valorisation des actifs, il est indispensable que ce soient les coûts de Nethys et Brutélé qui soient pris en compte afin de tenir compte de la spécificité de la structure de coût de chaque opérateur et de permettre le développement d'une concurrence efficace.

300. Quoiqu'il en soit, sans préjudice des éléments développés ci-dessus, l'entrée en vigueur prévue par le Régulateur pour cette obligation est irréalisable. Eu égard à la charge de travail que cela représente, Nethys et Brutélé seraient bien en peine de réaliser l'ensemble des tâches concernées pour la première fois pour les actions relatives à l'année comptable 2018. Si le Régulateur se bornait à imposer une telle obligation, ce délai devrait être revu compte tenu de la charge de travail que représente la mise en œuvre de cette obligation.

6.4 Commentaires relatifs aux aspects opérationnels des remèdes imposés (marché de gros de l'accès central et marché de gros de la radiodiffusion)

301. Le Régulateur prévoit dans son Projet de décision d'analyse de marché que le bénéficiaire de l'offre d'accès de gros de Nethys et Brutélé soit désormais responsable d'effectuer l'ensemble du processus d'installation et de réparation en gestion propre. Par rapport à la situation actuelle, cela signifierait que l'opérateur alternatif se chargerait désormais :

- Pour les réparations : de toutes les réparations à partir du coupleur ;

²²⁸ CSA, para. 1172 ; IBPT, para. 2658.

- Pour les installations : de l'installation du *drop cable* et l'intervention au coupleur sur le réseau de Nethys et de Brutélé.

302. Ce projet de mesure n'est pas proportionnel. Les procédures d'installation et de réparation actuelles sont efficaces et aucun élément ne justifie de les modifier, d'autant que les procédures actuelles (*single visit*) ont été mises en place récemment sur la base des demandes spécifiques d'Orange Belgium. Le client final a un seul rendez-vous avec l'opérateur alternatif, ce qui permet d'éviter tout contact entre le client final et l'opérateur puissant. Il n'y a dès lors aucun risque de *win back* et l'expérience d'installation est identique pour les clients finaux d'Orange Belgium, de Nethys et de Brutélé. Cette procédure a d'ailleurs prouvé son efficacité vu qu'elle permet à Orange Belgium d'acquérir de nombreux clients chaque mois.

Le changement réglementaire proposé est incohérent avec ce qui a été demandé spécifiquement par le département business/opérationnel d'Orange Belgium et qui a été mis en place récemment (en avril 2017). En effet, à la demande spécifique d'Orange Belgium, une exception a été prévue pour les nouveaux raccordements car Orange Belgium ne voulait pas se charger de l'installation du *drop cable* et du *network interface unit (NIU)*.

303. En outre, le changement réglementaire proposé par le Régulateur est contraire au principe de droit européen de prévisibilité réglementaire et au principe de droit belge de sécurité juridique et de bonne administration. Cette procédure serait la quatrième procédure que Nethys et Brutélé devraient développer à la demande d'Orange Belgium ou des Régulateurs depuis la mise à disposition du service de gros à Orange Belgium en juillet 2014, ce qui est manifestement excessif.

En effet, la décision d'analyse de marché et d'ouverture du câble de 2011 imposait que l'opérateur alternatif procède lui-même à la connexion de son client final à la boîte de raccordement du câble et à l'installation intérieure. Cette procédure a été mise en place par Nethys et par Brutélé et mise à disposition d'Orange Belgium (encore appelée Mobistar à l'époque) le 16 juillet 2014.

En 2015, Nethys et Brutélé ont accepté, à la demande d'Orange Belgium, d'élaborer une nouvelle solution dite *single visit* semblable à celle mise en place entretemps chez Telenet. Avec la mobilisation de ressources conséquentes, Nethys et Brutélé ont élaboré une solution *single visit* répondant aux besoins d'Orange Belgium. Cette solution a été proposée au mois de mars 2015 à Orange Belgium et a débouché sur la définition d'une procédure qui a été finalisée le 25 juin 2015 et sur laquelle Orange Belgium a donné son accord de principe le 2 juillet 2015. Les BREQ ont été validés par Orange Belgium en octobre 2015.

Le 17 décembre 2015, Orange Belgium a demandé de revoir les spécifications de la procédure *single visit* pourtant validée en octobre 2015, pour finalement maintenir une solution *dual visit* dans les cas de nouveaux raccordements / d'absence de point

de consommation identifié par Nethys et Brutélé. Nethys et Brutélé ont une nouvelle fois accepté la demande d'Orange Belgium, ce qui a débouché sur une nouvelle procédure d'installation. Cette procédure a été mise en production en avril 2017 et est actuellement utilisée par Orange Belgium.

Le changement réglementaire prévu dans le Projet de décision impliquerait de devoir à nouveau changer la procédure d'installation. Cela obligerait Nethys et Brutélé à consacrer à nouveau d'importantes ressources opérationnelles à la mise en œuvre de nouvelles solutions et cela empêcherait Nethys et Brutélé de planifier à long terme la gestion de leurs ressources, tant opérationnelles que financières. De tels changements ne sont pas nécessaires pour atteindre l'objectif poursuivi par le Régulateur. Outre le problème manifeste de manque de sécurité juridique que ces changements créent, ils sont déraisonnables et disproportionnés.

304. De manière générale, le coupleur est un élément du réseau et non pas un élément du raccordement. Il est inconcevable qu'un autre opérateur puisse agir sur un réseau qui ne lui appartient pas. Le réseau est l'actif de l'opérateur qui le détient et il doit en garder le contrôle afin d'en garantir la stabilité et la performance.

Cette nouvelle mesure impliquerait que Nethys et Brutélé ne disposeraient plus d'aucun moyen de contrôler la qualité du travail réalisé par l'opérateur bénéficiaire sur la connectique du raccordement. Nethys et Brutélé perdraient totalement la maîtrise de la qualité du réseau, ce qui débouchera forcément sur une dégradation du service fourni pour l'ensemble des utilisateurs connectés aux réseaux.

305. Par ailleurs, le câble a la spécificité d'être un réseau partagé et le coupleur est un élément du réseau. Il n'est dès lors pas techniquement adapté de permettre aux opérateurs alternatifs d'intervenir sur un élément faisant partir d'un réseau partagé. Une intervention entre la sortie coupleur et l'entrée du NIU qui est mal effectuée augmente considérablement le risque d'avoir de l'*ingress* pour tous les utilisateurs de la zone et non pas seulement le client de l'opérateur. Lorsqu'un problème de dégradation de service serait soulevé par un client, il sera extrêmement long d'identifier la source de l'*ingress* car impossibilité de savoir ce qui a été réalisé sur le réseau par un opérateur alternatif, où et quand et impossible de déterminer qui est responsable de la mauvaise intervention avec pour conséquence un jeu sans fin de ping pong entre le câblo-opérateur et les opérateurs alternatifs.

Nethys et Brutélé perdraient ainsi totalement la maîtrise de la qualité du réseau. Le risque est d'autant plus élevé que l'expérience actuelle nous montre que les interventions réalisées par Orange Belgium ne sont pas toujours bien effectuées, et cela alors qu'un système de certification a été mis en place. Il est dès lors techniquement totalement inadapté que les interventions aux coupleurs ne soient plus effectuées par Nethys et Brutélé.

306. L'intervention sur le coupleur est sécurisée et soumise à des autorisations (au moyen d'une clef infraudable). Ceci est nécessaire afin de pouvoir effectuer un contrôle sur la distribution des signaux et de s'assurer qu'il n'y a pas de fraude. Les câblo-opérateurs subissent aujourd'hui des fraudes commises au moyen de câbles connectés illégalement sur le coupleur. Des contrôles doivent être effectués régulièrement pour déconnecter des câbles connectés frauduleusement. Il est déjà aujourd'hui très difficile de limiter les fraudes. Si on ajoute des sociétés extérieures, d'autres opérateurs et divers sous-traitants, qui disposent des clefs infraudables et sur lesquels Nethys et Brutélé n'ont pas de contrôle, il ne sera plus possible de savoir qui a ouvert les signaux et donc de contrôler la fraude sur le réseau. Nethys et Brutélé doivent rester les seuls responsables de l'ouverture et de la fermeture des signaux au niveau du coupleur.

307. En outre, l'identification des câbles / habitations n'est pas toujours claire au coupleur et il est indispensable que Nethys et Brutélé restent les seuls responsables de l'ouverture et de la fermeture des signaux car l'opérateur alternatif n'est pas en mesure de s'assurer qu'il a ouvert les signaux du bon client ou d'éviter de couper les signaux d'un client qui n'est pas le sien. Par ailleurs, *quid* en cas de coupleur « complet » ? Les techniciens de l'opérateur alternatif ne pourront pas connecter leur client sur le réseau et seront incités à déconnecter un client VOO ou pour activer le client de l'opérateur alternatif.

308. En cas d'*ingress*, il est indispensable d'en localiser l'origine le plus rapidement possible et de prendre des mesures dans les plus brefs délais. Le dépannage des clients est moins rapide et moins efficace car il nécessite la coordination entre les dépanneurs réseau du côté des câblo-opérateurs et les dépanneurs des opérateurs alternatifs. Ceci a un impact direct sur l'ensemble des clients connectés au réseau.

309. Si les ouvertures de signaux sont faites par les opérateurs alternatifs, alors les fermetures des signaux suite à la résiliation d'un client final doivent également être réalisées par l'opérateur alternatif. De quels contrôles les câblo-opérateurs disposent-ils pour s'assurer que la fermeture est bien réalisée ?

310. Comment les câblo-opérateurs peuvent-ils contrôler le nombre de connexions à facturer si les opérateurs peuvent eux-mêmes ouvrir des connexions sur le réseau ? Pour rappel, en matière de télévision analogique, il n'y a pas d'activation dans les systèmes.

311. Si l'opérateur alternatif réalise les interventions en gestion propre, il devra encoder et transmettre immédiatement au câblo-opérateur toutes les informations concernant le raccordement sur lequel il interviendra afin de garantir le repérage des habitations et l'existence d'une base de données fiable de type inventaire des équipements réseaux à un point de consommation. Ainsi, de nombreuses données techniques concernant le type de câble, les valeurs du coupleur, l'endroit où se trouve le coupleur, la longueur du raccordement, le NIU, les filtres, *etc.*, sont encodées lors de l'intervention par les techniciens de Nethys ou de Brutélé et viennent enrichir une base de données pour être récupérées pour les interventions ultérieures d'installation ou de dépannage.

La transmission de l'ensemble de ces informations devra nécessairement être assurée par les opérateurs alternatifs au câblo-opérateur afin de permettre à celui-ci de gérer son réseau et d'assurer l'après-vente. Or, l'expérience montre qu'à l'heure actuelle, Orange Belgium ne fournit même pas les informations concernant les NIU qu'ils installent, comme ceci est pourtant prévu dans la procédure *single visit*. La raison de cette nonchalance de la part d'Orange Belgium est l'absence de toute pénalité et de toute contrainte si cette obligation n'est pas respectée. Au regard de l'expérience actuelle, il est peu probable qu'Orange Belgium assurera dans le futur le transfert d'informations beaucoup plus importantes que celles qu'Orange Belgium devrait transmettre (mais ne transmet pas) actuellement. Il est donc indispensable que Nethys et Brutélé gardent le contrôle sur leur réseau et soient les seuls à agir sur leur réseau.

312. Les compétences requises pour intervenir entre la sortie coupleur et l'entrée du NIU sont très strictes. La proposition de l'IBPT générerait de lourdes contraintes dans le chef des opérateurs alternatifs :

- L'accès à certaines bornes mixtes électriques/télécom nécessite des autorisations spécifiques. Les contraintes techniques à respecter varient en fonction du GRD.
- Les contraintes de sécurité sont plus exigeantes (travail en hauteur et à proximité des réseaux électriques de basse et/ou moyenne tension, travail au poteau, *etc.*)
- Le matériel utilisé pour l'intervention sur cette partie du réseau doit être agréé et répondre à des normes techniques strictes (appareil de mesure, câbles, *etc.*). De plus, il est nécessaire d'uniformiser le matériel utilisé par tous les opérateurs afin de favoriser la migration des clients.
- Les règles à respecter pour la pose de câble en façade ou sur les poteaux, pour les percements, pour la qualité technique des ancrages et des moyens de fixation, *etc.* sont strictes (afin d'éviter que le raccordement tombe au moindre coup de vent).

- La gestion de l'accès aux bornes et des outils antifraudes est complexe.
- Il serait en outre nécessaire de mettre en place une gestion des plaintes des voisins et propriétaires pour malfaçons sur un raccordement et de pouvoir identifier le responsable de cette malfaçon.

313. [CONFIDENTIEL]

314. Enfin, dans le cas de certains raccordements, il n'y a pas de coupleur lors de l'intervention et il y a un relevé/plan à faire lors de l'intervention. Comment l'information va-t-elle remonter vers Nethys ou vers Brutélé ?

315. En conclusion, cette mesure n'est pas proportionnelle et n'est pas nécessaire étant donné que la solution actuellement proposée à Orange Belgium est efficace. Il est indispensable que le Régulateur procède à une révision de sa proposition avec pour objectif de préserver la stabilité par rapport à ce qui est actuellement mis en œuvre.

6.5 Commentaires relatifs à la différenciation géographique des obligations (marché de gros de l'accès local et marché de gros de la radiodiffusion)

6.5.1 Zones où au moins trois opérateurs NGA sont en concurrence

316. Il s'agit du cas où au moins un troisième opérateur NGA serait présent dans une zone géographique soit par le biais d'une troisième infrastructure NGA déployée de façon entièrement indépendante, soit par le biais d'offres d'accès passives à la fibre de Proximus fournies sur la base d'un accord commercial ou régulé, soit par le biais d'un co-investissement de Proximus et d'un autre opérateur.

317. Le cadre réglementaire européen²²⁹ prévoit qu'en cas de présence d'au moins trois opérateurs NGA dans une zone, il y a suffisamment de concurrence sur le marché et dès lors, la régulation n'est pas nécessaire dans ces zones. Le Projet de décision semble aller dans le même sens puisqu'il précise que²³⁰ :

« [L]es zones géographiques dans lesquelles trois opérateurs opéreraient un réseau NGA avec un degré d'indépendance suffisant constitueraient des zones où les conditions de concurrence se distingueraient de celles des territoires voisins » ; et

« Dans différents cas étrangers, l'existence de zones géographiques où la concurrence s'exerce entre au minimum 3 opérateurs opérant

²²⁹ Note explicative 2007, pp. 48-49.

²³⁰ IBPT, para. 1228.

leur propre infrastructure (même si cette dernière est composée en partie d'éléments de réseau appartenant à des tiers) a conduit le régulateur à alléger la régulation ex ante sur lesdites zones. »

318. Néanmoins le Projet de décision n'indique pas clairement si la suppression de mesures correctrices s'applique bien de manière non discriminatoire à tous les opérateurs de réseau dans la zone en question, à l'exception du segment *business*.

319. Si la régulation de l'accès central sur cuivre et fibre n'est plus nécessaire au vu du développement de la concurrence d'infrastructures dans la zone géographique où trois opérateurs NGA sont en concurrence, il va de soi que la régulation de l'accès central sur câble ne l'est plus non plus. Il serait évidemment incohérent que les mesures correctrices d'accès central au câble soient maintenues alors que les obligations imposées à Proximus sur le marché correspondant seraient levées. Ceci ne serait pas en ligne avec l'objectif de concurrence d'infrastructures défini par la Commission européenne.

320. En outre, l'exclusion de régulation de Proximus et le maintien de régulation des câblo-opérateurs serait discriminatoire vis-à-vis de ces derniers qui ont, au même titre que Proximus, investi dans leur infrastructure afin d'améliorer leurs services, d'étendre la couverture de leur réseau tout en gardant l'objectif de rester concurrentiel sur le marché de détail. Une régulation imposée aux câblo-opérateurs et non à Proximus serait d'autant plus injustifiée que Nethys et Brutélé n'ont pas de puissance significative de marché, ce qui suffit à exclure toute réglementation dans leur chef, et que cette mesure donnerait un avantage concurrentiel aux gros opérateurs sur le marché par rapport à Nethys et Brutélé, ce qui aurait au final pour effet de nuire à une concurrence effective.

321. Par ailleurs, le cadre réglementaire européen ne prévoit nulle part que l'existence de trois opérateurs NGA n'aurait pour effet que de libérer certains d'entre eux de la réglementation. Si la réglementation ne se justifie plus (ce qui, en présence d'une telle concurrence entre infrastructures, est certainement le cas), alors le Régulateur doit retirer les obligations réglementaires qui pèsent sur l'ensemble des concurrents sur ce marché. Ne libérer que Proximus et non Nethys ou Brutélé aurait pour effet direct et certain de fausser la concurrence entre eux, ce qui est manifestement contraire tant aux objectifs du cadre réglementaire européen (article 8 de la Directive Cadre) qu'au droit de la concurrence.

322. Enfin, si le Régulateur devait estimer qu'en cas de co-investissement de Proximus et d'un autre opérateur dans le nouveau réseau FTTH de Proximus, créant trois opérateurs NGA sur le marché, seul Proximus devrait être exclu de la régulation, cela signifierait que le câble serait régulé à vie car cette possibilité n'existe pas pour le câble. Comme indiqué *supra*, la présence de trois opérateurs NGA signifie que la concurrence est suffisante et dès lors, la régulation n'est plus nécessaire pour aucun acteur, et ce, indépendamment de la manière dont s'est créé le troisième opérateur NGA.

323. Le maintien des mesures correctrices imposées à Proximus en matière d'accès local au réseau en cuivre et fibre dans les zones non encore équipées de fibre optique se justifie quant à lui vu que marché de gros de l'accès central est situé en amont du marché de gros de l'accès local.

324. Par ailleurs, il est regrettable que les mesures correctrices relatives au marché de gros de la radiodiffusion ne bénéficient pas des règles de différenciation géographiques définies aux sections 19.8.1. « Différenciation des mesures correctrices dans les zones où au moins trois opérateurs NGA sont en concurrence » du Projet de décision de l'IBPT relatif à l'analyse de marché du haut débit et de la radiodiffusion. Cette différence de régime est incohérente car l'infrastructure NGA permet à l'opérateur d'offrir également un service de télévision. La même exclusion de régulation devrait donc être appliquée.

325. En conclusion, il est indispensable que le Régulateur garantisse que, dans l'hypothèse où trois opérateurs NGA seraient présents dans une zone géographique, toutes les mesures correctrices sur le marché de gros de l'accès central des câblo-opérateurs et de Proximus soient supprimées.

6.5.2 Zones couvertes par maximum une seule infrastructure NGA

326. Nethys et Brutélé accueillent très favorablement le projet du Régulateur d'adapter les mesures correctrices dans les zones « blanches » et « grises ». Cela va leur permettre de reprendre les investissements dans la modernisation de leur réseau et d'étendre la couverture Internet.

327. Il est en revanche regrettable que cette mesure s'accompagne d'un alourdissement de mesures de régulation dans les autres zones géographiques, ce qui va affaiblir globalement Nethys et Brutélé et menacer et menacer la viabilité de leurs activités.

328. Les mesures correctrices supplémentaires prévues dans le Projet de décision auront un impact significatif sur les opérations des câblo-opérateurs. Les investissements nécessaires afin de mettre en œuvre les nouvelles mesures correctrices proposées viennent se greffer sur un plan d'affaires global. Nethys et Brutélé doivent encore réaliser des investissements importants dans le réseau (renouvellement des modems, poursuite des *splits* de nœuds en vue de maintenir un service de qualité, ou encore mise en place du docsis 3.1, *etc.*). En outre, Nethys et Brutélé doivent être en mesure d'innover pour rester concurrentiels et offrir les meilleurs services à leurs clients et aux consommateurs.

329. Les investissements nécessaires en vue d'étendre la couverture du service Internet font partie d'un plan d'investissements global. Les possibilités pour Nethys d'étendre la couverture géographique de son réseau dépend de sa capacité à pouvoir assumer les investissements dans leur ensemble.

330. Cette mesure doit donc être accompagnée d'une adaptation des mesures correctrices à la lumière des commentaires fournis (large bande seule, EuroPacketCable, comptabilisation des coûts, publication d'indicateurs de performance (KPI), accès par les opérateurs ayant leur propre réseau existant, *etc.*).

331. La durée de la période durant laquelle les mesures correctrices ne seront pas appliquées à la nouvelle infrastructure déterminera le nombre de « poches » dans lesquelles Nethys pourra investir dans l'extension de la couverture Internet. La période proposée par le Régulateur dans le Projet de décision actuel est de trois ans. Une période de trois ans est beaucoup trop courte pour récupérer les investissements dans les zones rurales peu denses et dès lors, ne permettra pas de justifier de couvrir l'ensemble des zones blanches et grises.

332. Le Régulateur prévoit que la non-imposition de remèdes devrait en principe être prolongée pour une période de trois ans supplémentaires, sans offrir une réelle garantie. Cette incertitude juridique empêche Nethys de tenir compte de cette possible prolongation dans ses plans d'investissements.

333. Afin de garantir l'extension de la couverture aux régions qui ne sont pas couvertes par les deux infrastructures NGA, il convient de prévoir dans la décision à prendre que l'exclusion de régulation s'applique pendant les deux prochaines périodes de régulation

334. Enfin, la non-application de mesures correctrices concerne les secteurs statistiques qui sont couverts en 30 Mbps à moins de 20%. Ce seuil doit être fixé de manière à maximiser l'intérêt des utilisateurs d'avoir accès aux services que supportent les deux infrastructures NGA.

6.6 Commentaires relatifs à l'obligation de fournir un accès à des systèmes d'assistance opérationnelle ou à des systèmes logiciels similaires

(marché de gros de l'accès central et marché de gros de la radiodiffusion)

335. L'interface IT *wholesale* proposée aux opérateurs alternatifs pour les commandes, la vérification de l'éligibilité, l'introduction des demandes de dépannage, *etc.*, est une solution *web based* semi-manuelle qui permet à Orange Belgium de gérer efficacement et de manière fluide les commandes, réparations, *etc.*, même pour des volumes importants. Un outil similaire est utilisé depuis des années par Brutélé et par Nethys pour la gestion des ventes de détail et cet outil n'a jamais empêché Brutélé et Nethys de réaliser des volumes de ventes importants. Les outils en question ont été présentés au Régulateur. Aucun manquement n'a été constaté par le Régulateur suite à cette vérification. De plus, la solution de gros a maintenant prouvé son efficacité vu qu'elle permet à Orange Belgium d'acquérir plusieurs milliers de clients chaque mois.

336. Cette solution est non discriminatoire. Les processus de vente de détail VOO dans les canaux de ventes physiques et Web sont similaires : les ventes sont pré-encodées et puis finalisées par un agent *back office*.

337. [CONFIDENTIEL]

338. Un accès direct au « systèmes d'assistance opérationnelle » (**OSS**) n'est en revanche pas possible en pratique et ne présente aucun bénéfice pour un partenaire externe.

339. [CONFIDENTIEL]

340. [CONFIDENTIEL]

341. Par contre, Nethys et Brutélé vont mettre à disposition une solution API pour répondre aux besoins et qui est quant à elle, possible en pratique.

342. Enfin, il est à noter que la mise à disposition de l'information concernant la qualification de la ligne pour la fourniture de services large bande, ainsi que l'accès au système de tests de l'intégrité de la ligne²³¹, sont sans objet pour les câblo-opérateurs étant donné que la situation est binaire (modernisé/pas modernisé). Cette information est connue des bénéficiaires et à leur disposition sans nécessité d'API.

²³¹ CSA, para. 835 (radiodiffusion télévisuelle) ; IBPT, para. 1861 (haut débit).

6.7 Commentaires relatifs à l'obligation d'accorder à des tiers l'accès à un débit binaire (marché de gros de l'accès central)

343. Imposer à Nethys et Brutélé de devoir offrir un accès régulé *bitstream* à des opérateurs résidentiels ou professionnels (tels qu'Orange Belgium, EDPnet, Colt, BT, Verizon, etc.) et à Proximus dans certaines zones géographiques (où ils peuvent prouver que l'investissement dans leur infrastructure n'est pas raisonnable économiquement) est une mesure particulièrement lourde pour Nethys et Brutélé et tout à fait disproportionnée à plusieurs égards.

344. Premièrement, Nethys et Brutélé ne peuvent être considérées comme dominantes sur le marché du haut débit vu leur faible part de marché de respectivement [CONFIDENTIEL] et [CONFIDENTIEL] à l'échelle nationale. Même sur leur seule zone de couverture, leur part de marché est limitée à 30-40%. Nethys se situe donc en dessous du seuil de 40%, ce qui indique qu'une quelconque dominance en son chef est très peu probable. Nethys et Brutélé ne peuvent dès lors pas être considérés comme dominantes.

345. Les motivations formulées par le Régulateur ne sont pas suffisantes pour justifier l'imposition de cette mesure correctrice :

- Cette obligation n'est pas essentielle pour permettre aux OLO de proposer une offre alternative. Premièrement, l'existence d'une obligation d'accès local à l'infrastructure fibre et cuivre en amont de ce remède doit être prise en compte. Les opérateurs alternatifs peuvent se baser sur l'offre d'accès local sur le réseau DSL et fibre afin de proposer une offre haut débit. De plus, cette solution devrait être privilégiée conformément au cadre réglementaire. En outre, l'accès central de gros à des débits binaires sur cuivre constitue également une alternative pour permettre aux OLO de proposer une offre. Dans ce cas, soit le Régulateur décide d'inclure l'accès central au réseau cuivre, câble et fibre dans le même marché, et l'existence d'une alternative pour permettre aux OLO de proposer une offre haut débit va de soi, soit le Régulateur se borne à définir deux marchés séparés, et dans ce cas, l'accès central au réseau de Proximus doit être prises en compte conformément au cadre réglementaire européen.
- La diminution des parts de marché des opérateurs alternatifs sur le marché large bande fixe résidentiel ne constitue pas non plus une justification correcte de l'imposition de cette obligation. En effet, cette diminution n'est pas imputable aux câblo-opérateurs. Au contraire, cette tendance s'est inversée grâce à l'offre de gros des câblo-opérateurs²³². Il n'est dès lors pas justifié d'imposer des obligations

²³²

Comme l'énonce très bien le Régulateur au para. 1780 du Projet de décision de l'IBPT.

supplémentaires pour les câblo-opérateurs. Le Régulateur aurait tout au plus du se limiter à garantir la stabilité du cadre réglementaire. De plus, c'est l'obligation de fournir l'accès à un débit binaire au réseau de Proximus qui devrait être renforcée et cette obligation ne devrait pas être nouvellement imposée à Nethys et Brutélé. Il n'est pas justifié d'imposer des obligations supplémentaires à Nethys et Brutélé pour compenser l'échec des mesures correctrices imposées à Proximus. Ceci est contraire au cadre réglementaire et d'autant plus injustifié que Nethys et Brutélé ne représentent respectivement que [CONFIDENTIEL] et [CONFIDENTIEL] du marché national du haut débit, là où Proximus détient [40 - 50 %] de ce marché.

- Par ailleurs, [CONFIDENTIEL]. Il n'est donc pas nécessaire de développer une offre régulée. L'offre commerciale existe déjà et il serait disproportionné de développer une autre offre. Et en ce qui concerne un service haut débit de type résidentiel, Orange Belgium bénéficie déjà aujourd'hui du service Internet via une offre groupée avec la télévision. Il n'est dès lors pas opportun de développer un autre service de gros régulé.

346. Si le Régulateur devait conclure au maintien de cette obligation, il conviendrait alors d'adapter les conditions que doit garantir une offre d'accès à un débit binaire²³³ afin qu'elles tiennent compte des spécificités de la technologie Docsis.

Ces spécificités sont les suivantes.

Dans le cas de la technologie Docsis, le medium est partagé et ne comprend pas de connexion dédiées.

Des algorithmes complexes doivent être mis en œuvre afin de répartir, en fonction de la demande et de la nature du trafic, la capacité disponible de manière équitable. L'impact des profils de consommation des utilisateurs, les contraintes de sursouscription ou de *traffic engineering* impliquent que la nature du trafic doit être prise en compte dans le cadre de la délivrance du service, tant pour les clients natifs de l'opérateur du réseau que pour ceux de l'opérateur alternatif qui utiliseraient ce même réseau.

²³³ IBPT, para. 1775.

Le concept inhérent à la notion de *bitstream* est la capacité offerte à l'opérateur alternatif de gérer lui-même la différenciation de ses services ou la qualité du service et ce, de manière indépendante des contraintes de l'opérateur du réseau. Comme mentionné précédemment, et pour des raisons similaires, si cette possibilité existe dans le cadre de réseau DSL, il n'en va pas de même pour les réseaux Docsis où la notion de gestion de QoS est intrinsèquement liée à l'équipement fournissant le service (CMTS) et est donc nécessairement sous la responsabilité de l'opérateur de réseau. En outre, la qualité de service doit être gérée de manière interdépendante entre tous les clients, tant les clients natifs de l'opérateur du réseau que ceux de l'opérateur alternatif qui utiliseraient ce même réseau.

347. Les conditions que doit garantir une offre d'accès à un débit binaire doivent être adaptées afin de tenir compte de ces spécificités de la technologie Docsis. Cela implique notamment que :

- Les Profils des Services Utilisateur Final offerts dans le cadre du Service D'Accès Haut Débit devront avoir une performance et une « *Quality of Service* » (**QoS**) identique aux services de détail correspondants de Nethys et Brutélé afin d'éviter un impact négatif sur le réseau et sur le niveau de service de l'ensemble des utilisateurs du réseau.
- Un équilibre des types de profils doit être garanti, permettant un dimensionnement correct du réseau de la même façon que ce qui est fait pour la définition des profils de détail de Nethys et Brutélé. Les débits et volumes ne peuvent pas être fixés de manière indépendante pour les différents opérateurs étant donné le caractère partagé du réseau. Le nombre de profils qui s'écarte des profils dans le pool commun doit être limité à deux, comme actuellement.
- Les Profils ne peuvent pas dépasser les maxima en vitesse *upload*, en vitesse *download* et en volume, du Profil le plus performant offert par Nethys dans son offre de détail.
- Les rapports entre les vitesses *upload* et *download* du Profil du Service Utilisateur Final doivent respecter les mêmes rapports de proportionnalité que ceux de l'offre de détail de Nethys et Brutélé.
- La détermination de l'usage du produit de gros doit rester dans les limites de la structure de réseau de Nethys et Brutélé. Il est indispensable que la liberté de définir les usages soit conditionnée par les contraintes techniques liées aux spécificités de la technologie Docsis.
- Les règles et des procédures de *Fair Use Policy (FUP)* et de *Traffic Management* sont communes aux règles imposées par l'opérateur puissant.

348. Concernant l'interconnexion, Nethys et Brutélé ne peuvent fournir la capacité que l'OLO juge nécessaire sans conditions. Ceci nécessite l'anticipation et la mise en place d'un système de prévisions fiable et exige des investissements de réseau. La demande doit être introduite suffisamment à l'avance afin de permettre la mise en place du processus d'achat, d'approvisionnement, de configuration interne, *etc.* Il faut également noter que la mise à disposition de la capacité d'interconnexion est coûteuse et ce coût ne peut être supporté par l'opérateur puissant.

349. Enfin, dans le cas où le Régulateur devait maintenir cette obligation de fournir l'accès de gros à un débit binaire malgré les commentaires supra, l'implémentation de ce service par les câblo-opérateurs ne devraient débuter qu'à partir du moment où ce service fait l'objet d'une demande spécifique de la part d'un opérateur alternatif afin d'éviter de développer une offre qui ne serait pas utilisée.

6.8 Commentaires relatifs à l'obligation d'accorder à des tiers l'accès à EuroPacketCable / EuroPacketCable Multimedia (marché de gros de l'accès central)

350. Le Régulateur justifie l'imposition de ce remède sur la base de la position commune adoptée par l'ORECE en matière de remèdes²³⁴. L'hypothèse envisagée dans cette position commune n'est toutefois pas d'application en l'espèce en ce qu'elle ne vise qu'à permettre l'imposition d'obligations purement accessoires telles que l'imposition d'un service de câblage intérieur pour la fourniture du dégroupage. Ce remède ne vise pas à permettre au Régulateur de réguler un marché qui pourrait faire l'objet d'une analyse de marché à part entière.

351. Proximus domine largement le marché de la téléphonie avec des parts de marchés comprises entre 50 et 60% sur le marché résidentiel, et entre 70 et 80% sur le marché non résidentiel²³⁵. La décision du Conseil de l'IBPT du 24 septembre 2014 concernant les services téléphoniques nationaux accessibles au public en position déterminée pour les utilisateurs résidentiels et non résidentiels a néanmoins permis de conclure que plus aucune obligation ne devait être imposée à Proximus. Les constatations effectuées par l'IBPT par rapport à la situation concurrentielle de ce marché s'opposent à l'imposition de remèdes aux câblo-opérateurs, puisque ceux-ci ne sont pas puissants pour la fourniture de ces services. Le cadre réglementaire ne permet pas aux ARN d'imposer des obligations sur des opérateurs qui ne sont pas considérés comme puissants. Cette obligation est d'autant plus illogique que les parts de marchés de Nethys et Brutélé combinées sont [CONFIDENTIEL].

²³⁴ BEREC Common Position on the approach to appropriate remedies in the ECNS regulatory framework, ERG (06) 33, 119 (IBPT, para. 1809).

²³⁵ Situation économique du secteur des télécommunications électroniques

352. De plus, la possibilité pour les opérateurs de fournir directement à leurs clients finals des services de téléphonie fixe n'est pas indispensable pour soutenir la concurrence :

- la demande pour la téléphonie fixe est en décroissance vertigineuse : Le client belge de télécommunications utilise de moins en moins la ligne fixe pour passer des appels vocaux classiques. Par conséquent, l'accès à un réseau mobile est, d'un point de vue concurrentiel, bien plus important que l'accès à un réseau fixe. Le nombre total de minutes de trafic vocal fixe a diminué de 7,2% en 2016. Cette décroissance promet de s'accélérer dans le futur, notamment avec l'émergence de services des marchés connexes, à savoir la téléphonie mobile et les services *peer-to-peer*. L'augmentation de minutes d'appel mobile enregistrée en 2016 était la plus forte en 6 ans (+5,5 %). Le ministre De Croo reconnaît lui-même que la concurrence dans le futur ne sera pas basée sur les bundles :

Alexander De Croo

«Qui a encore besoin d'une ligne téléphonique fixe?»

En quoi?

Si l'on se projette suffisamment dans le futur, il est clair que dans 5 ans le champ de bataille ne se situera pas au niveau du «triple-play» (internet, téléphone fixe, TV, NDLR) mais sera plutôt au niveau d'une offre internet pure et simple. En effet, à partir du moment où une telle offre existe, un ensemble d'acteurs de toutes sortes et du monde entier sont dès lors en mesure de proposer des services aux consommateurs. Ils peuvent par exemple décider d'offrir un abonnement internet, auquel est couplé un service de télévision purement digitale ou auquel est joint une partie de VoIP (pour «Voice over IP» ou voix transitant via internet, NDLR). Cela ouvrirait par exemple la porte aux acteurs du monde des médias, mais aussi à des acteurs de niche dans des domaines très spécifiques.

Et que faites-vous de la ligne fixe alors?

La ligne téléphonique? *Someone cares about fixed telephone?* Plus sérieusement, je pense qu'il existe aujourd'hui un public qui souhaite uniquement disposer d'un accès à internet. Ce qui peut tout à fait comprendre quelques services additionnels dans un bundle qui reprendrait les acteurs «over-the-top» (soit un service sur internet qui n'exige aucunement la participation d'un opérateur de réseau traditionnel, comme un Netflix, Whatsapp, Skype, Spotify... NDLR). Aux Etats-Unis, cela se voit déjà. On parle du phénomène des «cable-cutters», un phénomène qui est tout à fait réel mais qui n'est pas encore visible chez nous car, si ce type d'abonnement «internet-only» existe déjà en Belgique, il faut vraiment le chercher. Ce n'est évidemment pas mis en avant...

Orange réussit ses débuts en télé

TÉLÉCOM L'opérateur a séduit 33.400 abonnés en huit mois de temps

Source : Le Soir du 10 février 2017

- Les opérateurs susceptibles de demander l'accès à EuropacketCable (à savoir Orange Belgique) dispose de la possibilité de compléter leurs offres multiples par un service de téléphonie mobile sur la base de leur propre réseau. Cette possibilité est largement suffisante pour lui permettre d'être concurrentiel sur le marché. Ces services sont même plus importants pour être concurrentiel que les services de téléphonie fixe puisque les services mobiles dans une offre groupée ont enregistré en 2016 une croissance nette de 180 224 ajouts, dépassant ainsi largement les ajouts nets des services fixes de téléphonie fixe dans une offre groupée (+44 591 en 2016). Cette tendance ne fera que s'accroître dans le futur étant donné la croissance que connaissent les services mobiles à l'heure actuelle. Le succès de l'offre *triple play* d'Orange est la preuve de ces faits.

- les opérateurs alternatifs peuvent proposer, grâce aux offres régulées pour la télévision et la large bande des câblo-opérateurs, des services voix *unmanaged VoIP*.
- La fonctionnalité multicast est une alternative pour permettre aux OLO de proposer des services multiple play comprenant la téléphonie fixe. L'impossibilité pour les opérateurs alternatifs de proposer des services multiple play comprenant la téléphonie fixe sur la base de la fonctionnalité multicast ne peut être imputée aux câblo-opérateurs et ne peut pas constituer une justification pour imposer aux câblo-opérateurs une nouvelle obligation de fournir accès à EuroPacketCable.

353. L'obligation de fournir accès à EuroPacketCable est discriminatoire. Elle donne un avantage aux opérateurs qui ont un réseau mobile, puisque les réseaux mobiles ne sont pas réglementés et que les opérateurs qui n'en possèdent pas ne peuvent donc en demander l'accès que sur une base commerciale (et non réglementée). La situation des opérateurs tels que Nethys et Brutélé, qui sont obligés par la réglementation d'offrir un accès très bon marché à leur réseau fixe tout en étant contraints, par l'absence de réglementation, à négocier sur une base commerciale un accès (plus cher) à un réseau mobile, est donc particulièrement périlleuse. Cela démontre le parti pris de la régulation et la distorsion de concurrence qui en résulte.

354. En conclusion, l'accès à EuroPacketCable n'est pas indispensable pour permettre aux opérateurs alternatifs de soutenir la concurrence des offres d'Internet haut débit de l'opérateur PSM

355. Du point de vue technique, Nethys et Brutélé insistent sur le fait que, dans le cas où le Régulateur maintiendrait cette obligation, seul le support de 'Dqos-Lite' est possible techniquement chez Nethys et Brutélé. Il ne s'agit pas du « full Dqos » sur CMTS-CM ». La solution qui pourrait être mise à la disposition des opérateurs alternatifs ne pourrait pas être autre chose que ce qui est actuellement implémenté dans le réseau de Nethys et Brutélé. Le bénéficiaire pourra disposer des mêmes fonctionnalités que pour les services VOO pour autant s'agit de « dqos-lite » et non pas « full dqos ».

6.9 Commentaires relatifs aux autres obligations imposées aux câblo-opérateurs (marché de gros de l'accès central et marché de gros de la radiodiffusion)

6.9.1 Délais relatifs à l'indisponibilité d'un service de gros

356. Concernant le délai relatif à l'indisponibilité d'un service de gros²³⁶, Nethys et Brutélé soulignent qu'il peut varier fortement en fonction de la situation et considèrent donc qu'il est parfaitement approprié de parler de délai raisonnable.

357. En outre, Nethys et Brutélé supposent que par « *retrait des services Bitstream* »²³⁷, le Régulateur fait référence à la fermeture définitive du service d'accès de gros à un débit binaire. En effet, il n'y a aucune raison que les changements liés aux services de détail soient notifiés à Orange Belgium si ces changements n'ont pas d'impact sur le bénéficiaire du service d'accès de gros.

358. Il n'est pas approprié de fixer un délai pour la notification du retrait de services *bitstream*. Ce délai dépendra fortement des circonstances du retrait. Un délai d'un an est en tout cas trop long. Ce délai est de toute façon encadré par les obligations de non-discrimination et de transparence qui obligent Nethys et Brutélé à informer les bénéficiaires de ces modifications radicales en même temps que son propre département de détail.

359. Les délais d'un an pour le retrait de services qui donnent accès à la plateforme de télévision numérique et de six mois concernant l'offre de télévision analogique paraissent raisonnables. C'est le délai qui sera nécessaire pour migrer les clients vers une solution alternative.

360. La possibilité de modifier sur la base d'un accord bilatéral avec tous les opérateurs concernés la période de notification ne servira à rien. En effet, aucun opérateur ne va accepter de réduire le délai de notification s'il peut obtenir des conditions fixées par le Régulateur dans une décision. Le Régulateur doit donc procéder à une révision du délai proposé dans son Projet de décision.

6.9.2 Fourniture d'accès à un niveau de qualité de service

361. Nethys et Brutélé sont d'accord avec le Régulateur sur le fait que la stabilité des SLA est nécessaire. Les SLA doivent être adaptés dans les cas où un changement de procédure est mis en place, ou si un problème est constaté.

²³⁶ IBPT, para. 1833.

²³⁷ IBPT, para. 1834.

362. En revanche, il est nécessaire de prévoir un SLA « installation du NIU » à l'attention du bénéficiaire dans le cadre de la procédure d'installation *single visit* mise en place depuis avril 2017. Un délai de deux jours pour le passage du technicien du bénéficiaire après l'installation au coupleur est primordial, sans quoi il y a des risques d'*ingress* sur le réseau. Ce délai de deux jours ne peut être garanti que par l'instauration d'un SLA, dont le *timer* sera : « *le temps écoulé entre la confirmation de l'installation sur place par le technicien de Nethys ou Brutélé et le message avertissant que l'installation par le technicien OLO est terminée* ».

363. Afin de pouvoir offrir des SLA efficaces, le système de SLA doit être accompagné de prévisions fiables des commandes des opérateurs bénéficiaires. Le bénéficiaire doit donner des prévisions pour un mois déterminé qui soient fiables et représentatives de la réalité des commandes. À défaut, il n'est pas possible d'attribuer correctement la répartition du travail et d'octroyer une garantie sur la prestation de services, le respect des SLA et la qualité du service fourni aux clients finaux. Si les prévisions de l'opérateur ne correspondent pas à la réalité des commandes des mois écoulés, le câblo-opérateur doit pouvoir adapter les prévisions, sans limite de pourcentage, sur la base de la tendance des mois écoulés, sauf si l'opérateur bénéficiaire peut justifier une modification de la tendance. À défaut, le câblo-opérateur prévoirait des ressources inutiles dans son organisation, ce qui générerait un coût ne pouvant pas être récupéré. Le système de prévision actuel ne permet aucunement de garantir un minimum de fiabilité concernant les prévisions. Il faut donc corriger à la situation en le prévoyant dans la décision d'analyse de marché.

364. En ce qui concerne l'introduction d'un nouvel SLA en réparation à destination des petites et moyennes entreprises (prévue exclusivement dans le Projet de décision de l'IBPT), Brutélé et Nethys ne se considèrent pas tenues de fournir des services d'accès de gros à destination des clients B2B étant donné que ni Nethys ni Brutélé n'est dominante sur le segment de gros.

365. Sous réserve du point précédent, un SLA différencié pour les PME ne pourrait être offert que dans le cadre d'un service et profil spécifique B2B avec un prix différencié correspondant. En effet, un SLA différencié PME ne peut évidemment pas être offert pour un service résidentiel car Nethys et Brutélé ne sont pas en mesure de différencier le type de client final et l'usage qui sera fait du produit d'accès de gros qui sera commandé par l'opérateur alternatif.

6.9.3 Évolutions du réseau et des offres de référence et reproductibilité technique

366. Le § 1899 doit être adapté comme suit : ‘Les demandeurs d’accès internes et tiers doivent avoir accès aux mêmes informations techniques et commerciales concernant les intrants de gros concernés, sans préjudice des règles de confidentialité des données d’entreprise.’ En effet, des informations techniques peuvent être fournies aux demandeurs d’accès relatifs aux intrants de gros réglementés afin de permettre à ces derniers de reproduire techniquement les nouvelles offres de détail, mais il n’est pas nécessaire de fournir les informations concernant les offres de détail du câblo-opérateur.

367. En outre, il est nécessaire de préciser dans la décision que les informations à fournir doivent concerner les nouveaux intrants de gros réglementés et non pas les évolutions du réseau qui ne concernent pas les produits soumis à la régulation.

6.9.4 Customer Premises Equipments (CPE)

368. Les tests réalisés pour les CPE des opérateurs alternatifs doivent être suffisants afin de garantir l’interopérabilité entre le matériel de l’opérateur alternatif et celui des câblo-opérateurs et protéger le réseau de tout préjudice. Les plans de tests établis à l’heure actuelle pour Orange Belgique sont le strict minimum nécessaire. Le renouvellement de la certification des CPE après une série de mises à jour de celui-ci est également nécessaire.

6.9.5 Offre de référence

369. Afin d’éviter toute ambiguïté, le paragraphe 1933 du Projet de décision de l’IBPT doit être revu comme suit :

« L’offre de référence devra contenir une description des éléments de l’offre, leurs modalités, et les conditions et tarifs associés conformément à l’annexe K. L’offre de référence devra être suffisamment détaillée afin que l’opérateur qui demande l’accès ne paie pas pour des éléments de l’offre ~~qu’il n’estime pas~~ qui ne sont pas nécessaires à la fourniture de ses services, mais également de sorte à permettre aux opérateurs alternatifs de faire une évaluation pertinente de l’offre. »

6.9.6 Indicateurs de performance

370. Nethys et Brutélé fournissent aujourd’hui hebdomadairement à Orange un rapport circonstancié concernant la qualité du service. Ce rapport permet de contrôler le respect des SLA et, pour Orange, il s’agit d’un moyen de contrôler leur propre système de reporting. Le projet de décision d’analyse de marché prévoit d’alourdir les obligations imposées à Nethys et Brutélé en imposant de :

- transmettre au régulateur les KPI se rapportant aux prestations fournies au département de détail et
- publier sur son site Internet les KPI pour les prestations de gros

371. L'obligation de publier les KPI sur le site Internet est totalement disproportionnée et n'a aucun intérêt. En effet, la publication des KPI sur le site Internet ne permettra en rien de faire respecter la non-discrimination. Cette information est déjà disponible pour toutes les parties qui doivent en disposer. En outre, la publication sur le site web sera une source de confusion pour les utilisateurs finaux avec risque élevé que ces KPI de gros soient confondus par les clients avec les niveaux de qualité des services de détail. C'est enfin une administration supplémentaire dans le chef des câblo-opérateurs qui n'a aucune valeur ajoutée.

372. La recommandation de la Commission du 11 septembre 2013 prévoit que le Régulateur peut éventuellement prévoir la publicité des KPI, ce qui ne signifie pas que ces KPI doivent être publiés sur le site web de l'opérateur.

373. En ce qui concerne la proposition de transmettre au régulateur les KPI se rapportant aux prestations fournies par le département de détail suivant la même finalité que les prestations de gros, cette mesure est difficilement gérable en pratique. Des KPI existent, mais ces KPI ne sont pas équivalents entre les services de détail et les services de gros. À titre d'exemple, pour le SLA « validation de la commande » qui, dans le cas des services de gros, correspond à la durée entre la réception de la commande du bénéficiaire et le message de validation, celui-ci ne correspond à rien pour les services de détail car il n'y a pas de « validation de la commande » en tant que tel, donc les informations n'existent pas.

6.9.7 Obligation d'information concernant les évolutions du réseau et des offres de référence

374. Nethys et Brutélé insistent sur le fait que le Régulateur doit veiller à ce que l'obligation de notification des évolutions du réseau ne retarde pas les évolutions du réseau. Ainsi, il est tout à fait inacceptable qu'une modification puisse être refusée par le Régulateur sous prétexte que le bénéficiaire doit faire des modifications. Certains bénéficiaires sont très lents dans leur temps d'implémentation. À titre d'exemple, Orange Belgium, a mis 21 mois pour lancer son service de détail tout en disposant du service de gros pendant ces 21 mois. Il serait inconcevable de ralentir l'évolution du réseau et du marché en reportant la date d'entrée en vigueur d'une modification proposée par le câblo-opérateur. En revanche, le câblo-opérateur peut s'engager à informer le bénéficiaire et le Régulateur suffisamment à l'avance en tenant compte des modifications nécessaires chez le bénéficiaire, sur la base de délais dépendant de la nature de la modification.

375. De manière générale, Nethys et Brutélé considèrent qu'il est inapproprié de fixer des délais généraux dans le Projet de décision d'analyse de marché car les délais nécessaires doivent être adaptés au changement concerné et à l'impact de celui-ci. Les situations sont très diverses et les délais entre la prise de décision d'un changement et sa mise en œuvre sont très variables d'un projet à l'autre. Il serait très réducteur de fixer un délai précis pour une multitude de situations possibles. Il est préférable de fixer des délais au cas par cas. En outre, il faut préciser que seules les évolutions qui ont un impact sur le(s) bénéficiaire(s) doivent être notifiées à ce(s) dernier(s). Il n'est pas nécessaire et ne présente aucun intérêt d'informer les autres opérateurs de modifications qui n'ont aucun impact chez eux. Ce serait ingérable d'imposer aux équipes techniques une obligation d'information de toutes les modifications qu'ils réalisent. Ce serait également inutile pour l'opérateur alternatif. Une telle obligation serait forcément disproportionnée.

376. Par ailleurs, l'obligation de communiquer les évolutions du réseau à long terme cinq ans à l'avance est démesurée et retarderait les évolutions technologiques. En effet, aucun opérateur ne peut connaître cinq ans à l'avance les évolutions spécifiques que va subir son réseau. L'opérateur connaît juste la direction que prendra son réseau mais ne connaît pas le planning des modifications. Celui-ci dépend notamment de la capacité d'investissement (qui ne peut être connue cinq ans à l'avance car elle dépend entre autres de la régulation), de la disponibilité d'équipements et des coûts. À titre d'exemple, [CONFIDENTIEL].

377. Cette mesure est également disproportionnée vu qu'aucune évolution du réseau HFC de Nethys et de Brutélé ne nécessite que le bénéficiaire doive être informé cinq ans à l'avance. On peut citer à titre d'exemple un projet d'extension du réseau bidirectionnel dans une nouvelle commune. Les bénéficiaires de Nethys n'ont aucun intérêt à avoir connaissance de ce type de projet cinq ans avant sa mise en place vu qu'aucun bénéficiaire ne doit prendre de mesure particulière par rapport à cette évolution. Les opérateurs alternatifs n'ont aucune adaptation à effectuer sur leur *business model* à la suite de ce type de changement.

378. Cette obligation ne pourrait que retarder les évolutions du réseau, ce qui irait à l'encontre de la concurrence inter-plateformes entre Nethys et Brutélé et l'opérateur historique Proximus. Cette mesure est donc contraire au cadre réglementaire.

379. En ce qui concerne les adaptations des offres de gros aux évolutions du réseau ou aux évolutions informatiques, il convient de prévoir un délai identique pour la notification à l'IBPT et aux opérateurs alternatifs.

380. Enfin, les délais imposés par le Régulateur ne sont pas cohérents. Le Régulateur prévoit dans son Projet de décision d'un côté, un délai de six mois pour la mise à disposition d'un nouveau service de gros (par exemple, un service central *bitstream*, un service EuroPacketCable), et d'un autre côté, un délai de notification de trois à six mois minimum pour toute modification afin que le bénéficiaire puisse avoir le temps de s'adapter aux changements. Cette comparaison démontre que ces délais ne sont pas cohérents. Soit le Régulateur doit réduire le délai de notification du bénéficiaire, soit il doit allonger le délai de mise en œuvre d'un service de gros. Une adaptation à faire chez le bénéficiaire prend bien moins de temps qu'une mise en place d'un service complet. Nethys et Brutélé ont expliqué dans le passé que le délai de six mois était trop court pour mettre en œuvre un service de gros. Nethys et Brutélé réitèrent ce point.

381. En outre, le chapitre 39 du Projet de décision de l'IBPT mentionne un délai d'entrée en vigueur de deux mois sauf indication contraire pour certaines obligations, ce qui est encore plus critique.

6.10 Liberté de définition du bouquet de chaînes

382. Le bénéficiaire de l'accès à la plateforme numérique doit prouver l'obtention des droits avant que le câblo-opérateur ne lui mette à disposition la chaîne (de l'offre de base ou de l'offre thématique) via la plateforme de télévision numérique.

383. En ce qui concerne les chaînes propres, Nethys et Brutélé considèrent que l'obligation de mettre suffisamment de largeur de spectre à disposition pour deux chaînes propres est exagérée. En effet, vu la rareté des ressources disponibles, il n'est absolument pas souhaitable en termes d'infrastructure de multiplier sur les réseaux le nombre de canaux spécifiques à un (ou plusieurs) nouveaux entrants alors qu'un contenu similaire est déjà diffusé sur le câble. Une chaîne propre est un bon équilibre entre garantir l'utilisation efficace des ressources et la possibilité de se différencier commercialement.

384. Nethys et Brutélé peuvent accepter de prendre en charge techniquement le passage par des liaisons fibre pour certaines chaînes. Par contre, elles ne peuvent pas en supporter le coût.

6.11 Accès de Proximus au réseau de Nethys et au réseau de Brutélé (Annexe K du Projet de décision du CSA et Annexe L du Projet de décision de l'IBPT)

385. Imposer l'obligation d'offrir l'accès au câble à Proximus est tout à fait démesuré pour plusieurs raisons et est contraire à l'objectif de l'article 95§2 du Décret SMA²³⁸ relatif à la nécessité de préserver la concurrence et à la viabilité économique.

386. En effet, Proximus est le *leader* sur le marché et n'a pas un besoin absolu de commercialiser ses services dans les zones où il n'offre pas aujourd'hui 30Mb. Obliger Nethys et Brutélé d'offrir l'accès à Proximus fragiliserait considérablement ces deux opérateurs et donc, réduirait la concurrence que ces derniers exercent face à Proximus ainsi que la concurrence exercée aujourd'hui par Orange Belgium.

387. Autoriser Proximus à utiliser l'accès au câble signifierait que Proximus utiliserait l'infrastructure de Nethys ou de Brutélé dans les zones moins rentables et investirait dans le FTTH dans les zones plus rentables. Cet accès de Proximus nuirait donc directement à Nethys et à Brutélé à la concurrence que ces deux opérateurs peuvent exercer sur Proximus.

388. Par ailleurs, le préjudice causé par cette obligation serait plus important pour les *challengers* Nethys et Brutélé que pour tout autre opérateur car [CONFIDENTIEL]

389. Nethys et Brutélé ont en outre des questions concernant la manière dont va se calculer l'évaluation du « VAN » de chaque cabine de rue et le contrôle par l'IBPT des conclusions de Proximus.

390. Nethys et Brutélé souhaitent en outre préciser qu'il est faux de prétendre que la régulation n'a pas empêché Nethys de continuer à investir. En effet, Nethys et Brutélé ont continué à investir, notamment dans l'amélioration de la qualité du réseau et dans le développement d'une offre mobile. Par contre, tel que le Régulateur a pu le constater, les investissements dans l'extension de la couverture du service Internet (modernisation du réseau) n'ont plus été réalisés depuis 2011 car les tarifs de gros sont beaucoup trop faibles et ne permettent pas à Nethys de rentabiliser ses investissements. Il n'y avait donc aucune raison que Nethys investisse dans la mise à disposition du service Internet, si c'est pour ensuite octroyer l'accès à un concurrent.

²³⁸ Arrêté du Gouvernement de la Communauté française portant coordination du décret sur les services de médias audiovisuels, *M.B.* 24 juillet 2009, p. 50609.

391. Nethys et Brutélé souhaitent par ailleurs préciser qu'il est faux de prétendre que les investissements ont été réalisés pendant une période de monopole. Lorsque les investissements dans la modernisation du réseau ont été effectués, Nethys et Brutélé étaient des nouveaux opérateurs pour le service Internet. Et ensuite, Nethys et Brutélé ont investi dans la technologie Docsis 3.0.

392. Nethys et Brutélé tiennent en outre à préciser que le critère de 30Mb de Proximus n'est nullement valable pour les zones non modernisées du réseau de Nethys car, dans ces zones, le service Internet n'est pas disponible (seul le service de télévision l'est). Proximus n'aurait accès qu'au service de télévision et le critère de 30Mb n'est donc pas pertinent [CONFIDENTIEL] .

393. Enfin, le critère de 30 Mb n'est nullement pertinent pour les raisons techniques suivantes.

Tout d'abord, 30Mb n'est pas nécessaire car Par ailleurs, comme indiqué par le Régulateur, les technologies G.Fast, VDSL Boost Boxe, VDSL 2 et la densification des ROPs et la technologie Tessares permettent d'augmenter la bande passante.

[CONFIDENTIEL]

394. Pour ces raisons, le critère de 30Mb n'est pas justifié pour imposer à Nethys et à Brutélé d'offrir chacune l'accès à son réseau étant donné la fragilisation que va amener cette mesure sur la concurrence future. Si le Régulateur maintient l'obligation d'accès à Proximus, un critère de [CONFIDENTIEL] est bien plus adapté. C'est d'autant plus vrai que Proximus a la possibilité d'utiliser de nouvelles technologies pour réduire la bande passante nécessaire pour son service de télévision.

395. Outre les arguments développés ci-dessous contestant le critère de 30Mb pour l'ensemble de la Belgique, Nethys et Brutélé font également remarquer que dans les zones non modernisées de la zone de Nethys (toute la zone germanophone ainsi qu'un certain nombre de zones de Wallonie), le critère de 30Mb n'a pas de sens. En effet, [CONFIDENTIEL]

Enfin, Nethys et Brutélé estiment que deux erreurs se sont glissées dans le Projet de décision :

- « *les lignes de moins [CONFIDENTIEL]sont exclues* ». Ce point ne semble pas correct car il s'agit d'une proportion très faibles de lignes. Les lignes [CONFIDENTIEL]couvrent un nombre très élevé de lignes. Les ROP sont généralement situés plus bas dans le réseau, au niveau des *street cabinets*. Un critère éventuel de distance doit se rapporter au ROP et non pas au Lex. D'ailleurs, si la compréhension de Nethys et de Brutélé est correcte, le reste du Projet de décision mentionne le critère à partir du ROP.

- Dans le paragraphe 2793 de l'annexe L concernant l'accès raisonnable à Proximus (Projet de décision de l'IBPT), les termes [CONFIDENTIEL] semblent erronés : plutôt que d'une augmentation à moyen terme, il devrait s'agir d'une diminution à moyen terme.

* *

*