

**Réponse à la consultation de l'IBPT relative au projet de décision du 21 décembre 2010  
concernant l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle**

**soumise par Brutélé**

**le 18 février 2011**

## TABLE DES MATIÈRES

<b>I.</b>	<b>RÉSUMÉ DE LA SOUMISSION</b> .....	<b>4</b>
<b>II.</b>	<b>STRUCTURE DE LA SOUMISSION</b> .....	<b>10</b>
<b>III.</b>	<b>CONSIDÉRATIONS PROCÉDURALES</b> .....	<b>11</b>
A.	L'ACCES AU DOSSIER ADMINISTRATIF.....	11
B.	VIOLATION DU CADRE RÉGLEMENTAIRE PERTINENT .....	13
1.	<i>Champ d'application de la Directive Cadre</i> .....	13
2.	<i>La loi du 30 mars 1995</i> .....	15
3.	<i>Excès de pouvoir de l'IBPT quant à la définition du marché pertinent</i> .....	16
4.	<i>Excès de pouvoir de l'IBPT quant à la référence au marché de détail de la radiodiffusion</i> .....	16
5.	<i>Excès de pouvoir de l'IBPT quant aux remèdes imposés aux opérateurs PMS</i> .....	18
<b>IV.</b>	<b>SUR LE FOND</b> .....	<b>20</b>
A.	DÉFINITION DES MARCHÉS PERTINENTS .....	20
1.	<i>L'absence d'analyse du marché de gros</i> .....	21
2.	<i>Les erreurs dans l'analyse du marché de services</i> .....	22
i)	La concurrence du satellite .....	23
(1)	Caractéristiques des services .....	25
(2)	Examen des conditions tarifaires .....	32
(3)	Conclusion.....	35
ii)	La concurrence de la TNT, TV mobile et Web TV.....	35
iii)	La concurrence des offres groupées.....	42
3.	<i>Définition du marché géographique</i> .....	45
i)	Substitution du côté de la demande et de l'offre.....	46
ii)	Effet de substitution en chaîne.....	47
iii)	Diversité des offres .....	54
iv)	Différences de législation .....	55
B.	L'ANALYSE DES TROIS CRITÈRES .....	56
1.	<i>Observations préliminaires</i> .....	56
2.	<i>Premier critère : la présence de barrières à l'entrée élevées et non provisoires</i> .....	58
i)	Infrastructure qui n'est pas facile à dupliquer et coûts irrécupérables .....	59
ii)	Economies d'échelle et de gamme, intégration verticale des opérateurs .....	60
3.	<i>Deuxième critère : une structure du marché qui ne tend pas vers une concurrence effective</i> .....	61
i)	Importance de la télévision analogique.....	64
ii)	Évolution des parts de marché de Brutélé.....	64
iii)	Évolution des tarifs de Brutélé.....	66
iv)	Prétendu effet fidélisant des offres « multi play » .....	67
4.	<i>Troisième critère : Insuffisance du droit de la concurrence</i> .....	68
C.	IDENTIFICATION DES ENTREPRISES PUISSANTES SUR LE MARCHÉ.....	70
1.	<i>Rappel des principes</i> .....	70
2.	<i>L'analyse de marché effectuée dans le projet de décision</i> .....	72
3.	<i>Commentaires de Brutélé sur l'analyse de marché effectuée dans le projet de décision</i> .....	73
i)	L'analyse de marché s'abstient de prendre en compte la faible part de marché de Brutélé sur les marchés connexes.....	74
ii)	L'analyse de marché manque de prendre en compte la concurrence potentielle fondée sur l'accès bitstream 80	
iii)	Le projet de décision surestime l'importance de la télévision analogique .....	84
iv)	L'analyse de marché repose sur une appréciation erronée de l'évolution des prix des offres TV .....	89
v)	Le projet de décision manque de prendre en compte le contre-pouvoir d'acheteur des fournisseurs de contenu.....	91
vi)	Le projet de décision ne tient pas compte de ce que Brutélé est un opérateur marginal comparé à ses concurrents .....	91
D.	L'ANALYSE DES REMÈDES .....	94
1.	<i>Les remèdes</i> .....	94
i)	Observations générales .....	94
ii)	Le principe de proportionnalité : fil conducteur de l'analyse.....	94
iii)	Analyse coûts/bénéfices : la réglementation, remettant en cause la viabilité du câble, causera des effets pervers sur le développement des infrastructures.....	96
(1)	Les coûts.....	97

(2) Les (prétendus) bénéfices .....	100
iv) Absence de nécessité des mesures préconisées compte tenu de l'existence de remèdes de gros en amont..	106
v) Caractère inadéquat et discriminatoire des remèdes .....	108
vi) La nécessité d'exclure le bénéfice des remèdes pour Belgacom.....	108
vii) Problèmes liés à la mise en œuvre du contrôle tarifaire.....	110
viii) Problèmes qualitatifs liés à la mise en œuvre des remèdes.....	112
2. <i>Observations relatives à l'accès à la plateforme de télévision numérique</i> .....	114
3. <i>Accès à une offre de revente de l'offre de télévision analogique</i> .....	116
4. <i>Accès à une offre de revente de l'offre d'accès haut débit</i> .....	118
<b>V. DISCRIMINATION DE L'ENVIRONNEMENT RÉGLEMENTAIRE.....</b>	<b>121</b>
<b>VI. CONCLUSION GENERALE .....</b>	<b>125</b>

## I. RÉSUMÉ DE LA SOUMISSION

1. Le 21 décembre 2010, les régulateurs belges (IBPT, CSA, VRM et Medienrat) ont lancé une procédure de consultation concernant quatre projets de décision visant à réguler le marché de la radiodiffusion télévisuelle dans leurs zones de compétence territoriale respectives.<sup>1</sup>
2. La réglementation proposée dans ces quatre projets de décision est identique et témoigne d'un effort coordonné visant à adopter un cadre réglementaire unique pour l'ensemble de la Belgique. Chaque régulateur identifie dans son projet de décision une série de marchés distincts correspondant aux zones de couverture de chaque câblo-opérateur. Sur ces marchés, le câblo-opérateur est identifié comme opérateur puissant. En tant qu'opérateurs puissants, les câblo-opérateurs se voient imposer trois remèdes (accès à la plateforme numérique, revente de l'abonnement analogique, revente de l'accès Internet).
3. La réglementation proposée soulève tout d'abord une série de questions relatives à la compétence du régulateur. Il s'avère en effet que la réglementation excède à plusieurs titres les compétences que le cadre réglementaire octroie aux régulateurs. La coopération étroite entre régulateurs ne peut palier à cet excès de pouvoir. Il en résulte que le régulateur ne peut poursuivre le processus d'adoption de la décision en projet et qu'il convient de la retirer.
4. En tout état de cause, l'initiative réglementaire proposée par les régulateurs ne manque pas d'étonner et vise à imposer une toute nouvelle forme d'accès. **La Belgique est un des seuls pays dans lesquels les régulateurs proposent de réguler le marché de la radiodiffusion télévisuelle.** Ce marché n'est d'ailleurs pas repris par la Commission européenne dans la recommandation relative aux marchés pertinents<sup>2</sup>, qui vise à déréguler progressivement les marchés des communications électroniques<sup>3</sup>. La Commission a conclu que le marché des services télévisuels connaît un

---

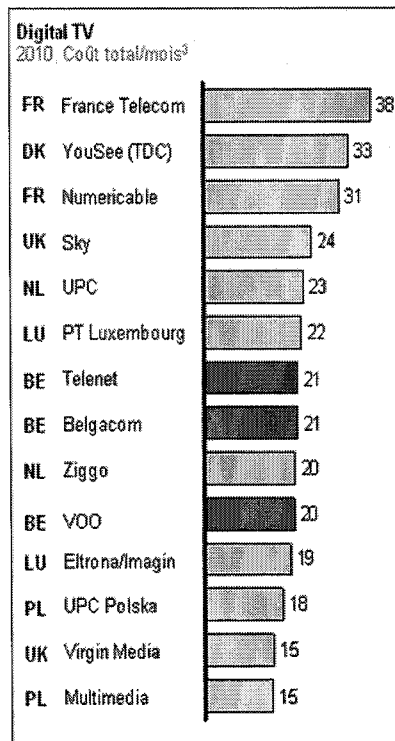
<sup>1</sup> Il s'agit du projet de décision du 21 décembre 2010 du collège d'autorisation et de contrôle du CSA concernant l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle (« projet de décision du CSA »), du projet de décision du 21 décembre 2010 de la chambre décisionnelle du Medienrat concernant l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle (« projet de décision du Medienrat »), du projet de décision du 21 décembre 2010 de l'algemene kamer van de VRM concernant l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle (« projet de décision du VRM ») ainsi que du projet de décision du 21 décembre 2010 du conseil de l'IBPT concernant l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle (« projet de décision de l'IBPT »).

<sup>2</sup> Recommandation de la Commission du 17 décembre 2007 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, *J.O.C.E.*, L 344, 28 décembre 2007, p. 65 (« Recommandation relative aux marchés pertinents »).

<sup>3</sup> Ce constat a notamment été confirmé par la Cour d'appel de Bruxelles dans son arrêt du 7 mai 2009, R.G. 2008/AR/787, au considérant 81 : « *le but de la révision est de réduire progressivement la réglementation sectorielle ex ante à fur et à mesure* ».

dynamisme qui a pour conséquence que le « *test des trois critères* » n'est plus satisfait<sup>4</sup>.

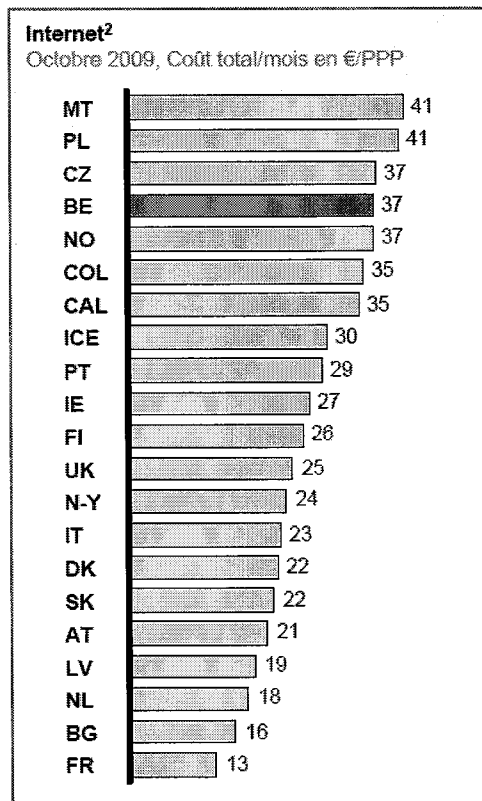
5. Aucun élément ne justifie ce régime d'exception. Au contraire, il est reconnu que la Belgique connaît une concurrence aigüe entre plateformes (à savoir le câble, le réseau DSL, le satellite et la TNT). Poussée par la concurrence avec le câble, Belgacom a été l'un des opérateurs historiques les plus performants en Europe dans sa stratégie de déploiement de l'IPTV et était parmi les premiers à lancer une offre IPTV sur le marché. Mobistar a aussi lancé son offre « *quadruple play* » en 2010 sur base d'un accès sur la plateforme satellite et s'est félicité des excellents premiers résultats. Peu de pays européens connaissent une configuration concurrentielle aussi favorable.
6. Les consommateurs belges récoltent déjà les fruits de cette concurrence : les réseaux câblés et DSL sont parmi les plus performants en Europe (avec la technologie VDSL2 et DOCSIS 3), les opérateurs lancent des offres innovantes de convergence et la pénétration de la large bande est très élevée. La Belgique figure aussi parmi les pays de l'UE où les prix pour la télévision sont parmi les plus bas (et ce pour une offre très large).<sup>5</sup>



<sup>4</sup> Voy. Explanatory note accompanying document to the Commission recommendation of 17/12/2007 on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC, second edition, C(2007)5406, p. 49.

<sup>5</sup> Source Commission Européenne, « Information Society and Media Directorate », *Broadband internet access cost (BIAC)*, janvier 2010, p. 87, pp. 237 et 238.

7. Ceci contraste avec la piètre performance du marché belge pour les services Internet ou mobiles. En ce qui concerne ces services, il est avéré que la Belgique souffre d'un manque de concurrence<sup>6</sup> qui a des répercussions directes sur le consommateur en termes de prix, de qualité et d'innovation.
8. Le graphique suivant démontre notamment que pour l'accès Internet, la Belgique connaît actuellement des prix qui sont bien supérieurs aux prix pratiqués dans d'autres pays européens, sur un marché du broadband fortement dominé par Belgacom qui reste le « *price setter* ».



9. Une analyse récente effectuée par des consultants pour le compte de l'IBPT confirme que la pénétration des services de *mobile data* en Belgique est nettement inférieure à la moyenne européenne compte tenu du manque de concurrence.<sup>7</sup> Nonobstant cette situation insatisfaisante et les barrières à l'entrée bien établies, aucune mesure réglementaire n'est prise afin de permettre le développement de la concurrence dans le secteur mobile.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Voy. Décision n° 2009-P/K-10 du Conseil de la concurrence du 26 mai 2009 dans l'affaire CONC-P/K-05/0065 *Base/BMB*.

<sup>7</sup> Hogan & Hartson et Analysys Mason, Rapport du 11 février 2010 préparé pour l'IBPT, « *Future regulation of wireless access in the 790MHz-3400MHz spectrum bands* », pp. 12-13.

<sup>8</sup> **Au contraire, dans les conditions d'octroi de la quatrième licence, aucune mesure d'accès de gros adéquate n'est prévue pour permettre une entrée efficace.**

10. Plus fondamentalement, l'analyse contenue dans le projet de décision appelle une série de critiques.
11. La réglementation a pour clef de voûte **une définition du marché de services erronée** qui ignore les sources de concurrence actuelles et potentielles avérées :
  - Le satellite, la télévision numérique terrestre (TNT) ou la télévision par Internet (OTT) sont exclus du marché et ce, en contradiction avec les précédents bien établis au niveau belge et européen. Le dossier administratif lui-même - en ce compris l'étude de marché de l'IBPT - contredisent leur exclusion.
  - Le projet de décision reconnaît l'importance que revêtent les offres « *multiple play* » sur le marché. L'analyse de marché semble cependant faire abstraction de cette réalité en examinant les conditions de concurrence pour les services de télévision de manière isolée.
12. La **définition géographique** du marché proposée ne résiste pas non plus à l'analyse :
  - L'homogénéité des prix, l'existence de plateformes nationales et la concurrence au niveau des offres multiplay confirment que l'étendue du marché est plus large que la zone de couverture de chaque câblo-opérateur.
  - L'absence partielle de substitution en chaîne est la principale motivation de la définition segmentée du marché géographique. Les données factuelles fournies en réponse à la présente consultation contredisent les résultats de calcul de la substitution en chaîne faite par le régulateur et **démontrent l'existence d'une concurrence en chaîne** et la nécessité pour Brutélé de suivre la modification tarifaire de Belgacom, ce qui **prouve que le marché est national**.
13. L'analyse de marché et l'appréciation des remèdes négligent aussi d'effectuer une analyse « *greenfield* modifiée ». L'IBPT a déjà été sanctionné pour cette raison par la Cour d'appel, et les régulateurs ne peuvent donc pas faire fi de cette jurisprudence. Cette critique n'est pas purement formelle mais affecte le fond même de l'analyse concurrentielle :
  - La régulation des marchés 4 et 5 telle que préconisée par l'IBPT (*multicast*) permettra un essor ultérieur de la concurrence via la plateforme xDSL par des concurrents tels que les opérateurs mobiles (Mobistar et KPN Group Belgium) qui disposent déjà d'avantages majeurs face aux câblo-opérateurs.
  - La réglementation tarifaire existante pour les services de télédistribution sur le marché de détail limite la capacité pour les câblo-opérateurs d'augmenter les prix. Le Ministère en charge des affaires économiques n'a d'ailleurs pas

accepté une augmentation de tarif proposée et justifiée par Brutélé en fonction de l'inflation.<sup>9</sup>

14. L'analyse de marché **manque** également de tenir compte de ce que Brutélé est un **opérateur de taille marginale** comparé à ses concurrents comme Belgacom, Telenet, Mobistar ou KPN Group Belgium. Elle est encore en pleine phase de développement tant au niveau commercial que technique et son chiffre d'affaires est sans commune mesure avec celui de ses concurrents. Ainsi, en 2009, le chiffre d'affaires de Brutélé ne s'élevait qu'à 72 millions d'euros, alors que celui de Belgacom s'élevait à près de 6 milliards d'euros.
15. Enfin, **les remèdes préconisés affaibliront la capacité pour Brutélé de concurrencer Belgacom**, l'opérateur dominant et verticalement intégré, sur le marché belge. La mise en œuvre des remèdes nécessitera des adaptations opérationnelles majeures, complètement ignorées dans l'analyse. Afin de permettre au régulateur de procéder à l'analyse coûts/bénéfices et sans préjudice d'une révision de ce montant sur base d'une analyse opérationnelle détaillée, Tecteo s'est efforcée de donner une première estimation du coût lié à l'implémentation des remèdes. Pour le réseau Tecteo, le coût pour assurer la bande passante requise a été estimé à minimum [REDACTED] d'Euros sur base d'une hypothèse de saturation de réseau prise aujourd'hui mais qui devra être réévaluée en détail plus tard et ce en supposant leur faisabilité technique. Des travaux similaires, dont le coût sera défini dans une phase ultérieure, devront également être réalisés pour le réseau de Brutélé. La réglementation risque donc bien d'augmenter les prix au lieu de les faire baisser. Elle risque aussi de contraindre les opérateurs à éliminer l'offre analogique, réduisant le choix du consommateur (en particulier au niveau des segments plus faibles) et d'immobiliser la capacité disponible sur le réseau. Le régulateur poserait ainsi un acte de discrimination à l'égard des câblo-opérateurs.
16. Le remède de contrôle tarifaire de « *retail minus* » constituera aussi un handicap concurrentiel grave pour les câblo-opérateurs. Il anéantira leur capacité à répondre de manière adéquate à la concurrence sur les prix. Une modification des tarifs de détail aura en effet une répercussion sur les tarifs de gros qui doivent, eux, être approuvés au préalable par l'ensemble des régulateurs compétents ce qui peut durer plusieurs mois, immobilisant ainsi toute initiative commerciale des câblo-opérateurs. Pendant cette période d'attente de décision, Belgacom aura toute latitude pour accaparer les clients des câblo-opérateurs, en les incitant à prendre l'IPTV dans une deuxième phase et les autres services mobile, internet, téléphonie. Ce système a de plus aussi pour conséquence que les concurrents seront systématiquement alertés d'une baisse des tarifs, ce qui constituera un frein au développement de la concurrence.
17. A ce stade, aucune preuve sérieuse n'est fournie que l'accès imposé répond à une demande de la part de « nouveaux entrants » potentiels avec une stratégie commerciale crédible à long terme. Pour Belgacom, l'objectif caché est d'acquérir facilement les clients analogiques pour les migrer dans une deuxième phase en IPTV.

---

<sup>9</sup> Arrêté ministériel portant dispositions particulières en matière de prix du 20 avril 1993.

Belgacom n'a aucune intention à long terme de « rentabiliser » l'infrastructure des câblo-opérateurs. Mobistar dispose déjà de plusieurs plateformes pour fournir ces services et a admis que le câble ne serait tout au plus un accès supplémentaire à son offre satellite, xDSL et peut être même TNT. KPN Group Belgium a pour sa part décidé de ne plus investir dans le marché fixe et de se focaliser sur le mobile...

18. La réglementation préconisée hypothéquera gravement les efforts que les câblo-opérateurs ont entrepris pour développer la concurrence sur le marché belge des communications électroniques. L'adoption du projet de décision équivaut à tuer la concurrence qui est encore fragile. Vu le lancement récent du produit VOO et des offres multiplay et l'intégration récente des intercommunales, Brutélé n'a pas encore eu le temps nécessaire pour acquérir la maturité requise au niveau opérationnel et financier pour concurrencer les opérateurs fortement présents sur le marché comme Belgacom, les opérateurs mobiles et Telenet. La jurisprudence de la Cour d'appel confirme pourtant bien que « *le développement de la concurrence par les infrastructures ne doit être sacrifié au profit de la concurrence par les services* »<sup>10</sup>. Les résultats de cette réglementation sont d'autant plus dommageables que les opérateurs alternatifs, en particulier les opérateurs mobiles, ont la capacité financière, la maturité opérationnelle et le parc de clients leur permettant de pouvoir investir dans des infrastructures alternatives et ainsi promouvoir une réelle concurrence sur le marché.

---

<sup>10</sup> Bruxelles, 7 mai 2009, R.G. 2008/AR/787, § 276.

## II. STRUCTURE DE LA SOUMISSION

19. La présente soumission est structurée comme suit :

- Nous revenons tout d'abord sur certaines considérations de nature procédurales, à savoir :
  - les problèmes d'accès au dossier qui se posent dans le cadre de la procédure de consultation en cours;
  - le manque d'indépendance du CSA ;
  - l'incompétence du régulateur pour adopter la réglementation préconisée ;
- Au fond, nous avons examiné les principales étapes de l'analyse réglementaire comme suit :
  - la définition du marché de services et du marché géographique ;
  - l'examen du test des trois critères ;
  - l'analyse concurrentielle (analyse PMS) ;
  - l'analyse des remèdes.

Nous y démontrerons que l'analyse sur laquelle repose le projet de décision est entachée d'erreurs d'appréciation ou ignore des éléments factuels déterminants. L'analyse est aussi contraire aux principes juridiques que le régulateur se doit de respecter dans son analyse de marché et des remèdes.

- Enfin, la dernière section de la présente soumission concerne la nécessité d'assurer le développement au niveau des services mobiles. La présente consultation concerne certes les services audiovisuels. Il convient cependant d'examiner la réglementation préconisée dans le contexte économique plus large dans lequel opèrent les acteurs du marché. Imposer la réglementation préconisée dans le projet de décision sans réguler l'accès sur les réseaux mobiles constituerait une asymétrie coupable qui permettra à Belgacom, Mobistar et KPN Group Belgium d'asseoir définitivement leur mainmise sur le marché belge.

### III. CONSIDÉRATIONS PROCÉDURALES

#### A. L'ACCÈS AU DOSSIER ADMINISTRATIF

20. La jurisprudence du Conseil d'état<sup>11</sup> n'admet la motivation d'un acte administratif par référence à d'autres pièces ou décisions que sous la réserve que le contenu du document auquel il est fait référence ait été connu du destinataire de l'acte administratif.<sup>12</sup>
21. La jurisprudence de la Cour d'appel de Bruxelles (en sa qualité d'instance de recours des décisions de l'IBPT) confirme aussi l'obligation pour le régulateur de fournir l'accès aux pièces sur lesquelles se fonde la motivation d'une décision. Elle a en effet confirmé que l'accès à ces pièces doit être assuré pour garantir les principes des droits de la défense et du recours effectif.<sup>13</sup>
22. En l'espèce, le projet de décision cite plusieurs documents non-publics à l'appui de ses conclusions, notamment :
- l'enquête de marché 2010 de l'IBPT ;
  - l'analyse de substituabilité en chaîne (annexe 3 des projets de décision) ;
  - l'enquête de Key International Facts (citée à la page 38, note 49 du projet de décision du CSA ; page 39, note 48 du projet de décision de l'IBPT ; page 38, note 48 du projet de décision du VRM ; page 43, note 48 du projet de décision du Medienrat) ;
  - l'enquête de Telecom Universe (citée aux notes 60, 95 et 120 du projet de décision du CSA ; notes 59, 94 et 117 du projet de décision de l'IBPT ; notes 59, 94 et 119 du projet de décision du VRM ; notes 59 et 95 du projet de décision du Medienrat) ;
  - l'étude de Raymond James (citée à la page 49 du projet de décision ; page 50 du projet de décision de l'IBPT ; page 47 du projet de décision du VRM ; page 54 du projet de décision du Medienrat) ;
  - les études économiques auxquelles font référence les notes 104, 115 et 124 du projet de décision du CSA ; notes 103, 112 et 123 du projet de décision de l'IBPT ; notes 103, 114 et 125 du projet de décision du VRM ; note 101 du projet de décision du Medienrat.

<sup>11</sup> CE, arrêt n° 91.947 du 4 février 2001 : « une motivation par référence à des avis ou des rapports ne répond aux exigences légales que si ces éléments ont été communiqués à l'intéressé ».

<sup>12</sup> Voy. X. DELGRANGE et B. LOMBAERT, « La loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs : questions d'actualité », in P. JADOUL et S. VAN DROOGHENBROECK (Dir.), *La Motivation formelle des actes administratifs*, la Charte, 2005, pp. 43-44.

<sup>13</sup> Bruxelles, 14 septembre 2010, RG 2004/AR/2962, p. 9.

23. Bien que le dossier administratif comprenne sans doute davantage d'informations que celles sur lesquelles repose la motivation du projet de décision, il n'y est pas fait référence.
24. Afin de faire valoir utilement son point de vue dans le cadre de la consultation publique, Brutélé a formulé une première demande d'accès au dossier le 4 janvier 2011.
25. Elle a reçu une réponse à cette demande d'accès le 19 janvier 2011. Dans celle-ci, le régulateur a communiqué une série d'informations complémentaires, sans toutefois communiquer l'entièreté du dossier :
- Premièrement, le régulateur n'a fourni que les documents spécifiques énumérés dans la demande. Celle-ci portait cependant sur l'entièreté du dossier administratif et demandait, à tout le moins, de recevoir une copie de l'inventaire numéroté du dossier administratif, de manière à permettre une vérification du dossier.<sup>14</sup>
  - Deuxièmement, la version non-confidentielle de l'annexe 3 a été purgée de toutes les données chiffrées, y compris celles qui concernent Brutélé et qui ne sont, par définition, pas confidentielles.<sup>15</sup> La version non-confidentielle fournie ne permettait donc pas de vérifier l'exactitude des données prises en compte pour l'analyse de la substituabilité en chaîne.
26. En réponse à ce premier accès au dossier, Brutélé a réitéré la demande d'accès dès le 21 janvier 2011 en insistant sur le fait que le caractère confidentiel de certaines données ne justifie pas leur omission pure et simple.
27. Dans cette demande d'accès ultérieure, Brutélé indiquait que dans des affaires similaires relatives à l'application du droit de la concurrence, la Cour d'appel de Bruxelles a jugé que, si le caractère confidentiel d'une pièce du dossier d'instruction est établi, l'auteur de la pièce en question doit en préparer « *une version non confidentielle [...] sous forme de résumé (données non chiffrées) ou de fourchette (données chiffrées) permettant à la partie à laquelle l'accès est accordé d'en faire un usage efficace dans le cadre de l'exercice de ses droits procéduraux* ». <sup>16</sup> Brutélé indiquait que les mêmes principes devraient s'appliquer au dossier administratif ayant

<sup>14</sup> Dans le contexte d'un appel contre une décision de l'IBPT, la Cour d'appel de Bruxelles a jugé que « *l'inventaire de tous les documents et données rassemblés au cours de l'instruction par l'IBPT doit être précis et complet de manière à ce que Belgacom soit en mesure de déterminer si des informations supprimées peuvent être utiles à sa défense et réclamer, le cas échéant, l'accès à ces informations, ne fût-ce que sous une forme atténuée* » (Bruxelles, 10 mai 2007, RG 2004/AR/2962, §5, nous soulignons). Les mêmes principes s'appliquent *mutatis mutandis* dans le cas présent.

<sup>15</sup> Les données suivantes ne sauraient donc en aucun cas être considérées comme confidentielles à l'égard de Brutélé: « subscriber numbers » de Brutélé (A.1) ; « ARPU » et « gross margin » de Brutélé (A.2) ; « price importance » pour Brutélé (A.3) ; « % of price sensitive subscribers that would churn » pour Brutélé (C).

<sup>16</sup> Bruxelles, arrêt interlocutoire du 6 mai 2010, RG n° 2009/MR/3-8, p. 38, § 65 (nous soulignons).

servi de base au projet de décision. Brutélé s'étonnait du fait qu'elle n'avait reçu aucune demande à cet effet. En outre, Brutélé a aussi posé une série de questions relatives à l'enquête de marché de l'IBPT (concernant la date de l'enquête, la taille de l'échantillon et la méthodologie du questionnaire).

28. Étant donné la date d'échéance de la consultation, Brutélé insistait sur la nécessité de prolonger le délai de la consultation afin de garantir le respect des droits de la défense des opérateurs directement concernés par la décision et de traiter la demande comme urgente.
29. Brutélé a reçu une réponse à sa lettre le 31 janvier 2011. Cette lettre maintient le refus de communication d'un inventaire et autres documents non-identifiés et propose de fournir les données chiffrées relatives à la substitution en chaîne sous forme de fourchettes.
30. En réponse à cette lettre du régulateur, et après consultation avec les consultants économiques externes, Brutélé a répondu le 9 février 2011 en proposant une granularité plus importante. Elle insistait aussi sur le fait qu'une procédure de data room, comme d'usage dans le cadre de procédure devant la Commission européenne, était sans doute la solution la plus adéquate pour concilier le respect des droits de la défense avec le maintien de la confidentialité des données. Le régulateur a finalement fourni ces fourchettes le 15 février 2011 (soit trois jours ouvrables avant la fin de la consultation).
31. Brutélé regrette le retard avec lequel elle a eu accès au dossier. Il va de soi que les calculs relatifs à la substitution en chaîne devaient être communiqués dès le lancement de la consultation. Elle se réserve le droit d'y répondre encore utilement après la consultation publique. Elle regrette aussi l'accès incomplet au dossier qui lui a été octroyé et réitère sa demande de pouvoir disposer en temps utile d'un accès complet au dossier administratif afin de pouvoir faire valoir ses droits avant l'adoption de la version définitive de la décision.

## **B. VIOLATION DU CADRE RÉGLEMENTAIRE PERTINENT**

32. Le projet de décision s'inscrit dans le cadre réglementaire européen sur les communications électroniques tel qu'il est transposé dans la loi du 30 mars 1995 concernant les réseaux de communications électroniques et services de communications électroniques et l'exercice d'activités de radiodiffusion dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale auquel l'IBPT est tenu de se conformer. Or, il apparaît que l'IBPT n'a pas respecté le champ d'application de la Directive Cadre et de l'article 40/11 de la loi du 30 mars 1995 concernant les réseaux de communications électroniques et services de communications électroniques et l'exercice d'activités de radiodiffusion dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale..

### **1. Champ d'application de la Directive Cadre**

33. Le projet de décision a été élaboré sur base de l'article 6 de la Directive Cadre, transposé à l'article 40/13 de la loi du 30 mars 1995.
34. Selon son article 1, §1<sup>er</sup>, la Directive Cadre :

*« crée un cadre harmonisé pour la réglementation des services de communications électroniques, des réseaux de communications électroniques et des ressources et services associés [...]. Elle fixe les tâches incombant aux autorités réglementaires nationales et établit une série de procédures visant à garantir l'application harmonisée du cadre réglementaire dans l'ensemble de la Communauté ».*

35. Les réseaux de communications électroniques sont définis à l'article 2, a) de la Directive « cadre » de la façon suivante :

*« 'réseau de communications électroniques': les systèmes de transmission et, le cas échéant, les équipements de commutation ou de routage et les autres ressources, y compris les éléments de réseau qui ne sont pas actifs, qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, comprenant les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres fixes (avec commutation de circuits ou de paquets, y compris l'Internet) et mobiles, les systèmes utilisant le réseau électrique, pour autant qu'ils servent à la transmission de signaux, les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et les réseaux câblés de télévision, quel que soit le type d'information transmise ». (nous soulignons)*

36. Les services de communication électronique sont définis à l'article 2, c) de la façon suivante :

*« 'service de communications électroniques': le service fourni normalement contre rémunération qui consiste entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques, y compris les services de télécommunications et les services de transmission sur les réseaux utilisés pour la radiodiffusion, mais qui exclut les services consistant à fournir des contenus à l'aide de réseaux et de services de communications électroniques ou à exercer une responsabilité éditoriale sur ces contenus; il ne comprend pas les services de la société de l'information tels que définis à l'article 1er de la directive 98/34/CE qui ne consistent pas entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques ». (nous soulignons)*

37. Le 2<sup>ème</sup> considérant de la Directive Accès<sup>17</sup> le confirme expressément :

---

<sup>17</sup> Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, J.O.C.E., 24.4.2002, L 108/7 (« Directive Accès »).

*« les services fournissant des contenus tels que la commercialisation d'une offre de contenus de radiodiffusion sonore ou de télévision ne sont pas couverts par le cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques ».*

38. De même, le considérant 45 de la Directive Service Universel<sup>18</sup> précise que :

*« les services fournissant un contenu, tels qu'une offre de vente de contenus de radiodiffusion sonore ou de télévision, ne sont pas couverts par le cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques ».*

39. Dans l'exposé des motifs de sa Recommandation relative aux marchés pertinents, la Commission répète que :

*« les services de communications électroniques comprennent les services de transmission sur les réseaux utilisés pour la radiodiffusion, à l'exclusion des services consistant à fournir des contenus à l'aide de réseaux et de services de communications électroniques ou à exercer une responsabilité sur ces contenus. La fourniture de services de radiodiffusion n'entre donc pas dans le champ d'application du présent cadre réglementaire, qui englobe par contre les réseaux et les installations associées permettant la livraison de ces services. Aucun marché de détail n'est donc recensé dans ce contexte aux fins de la recommandation »<sup>19</sup>. (nous soulignons)*

40. Il ressort de ce qui précède que la Directive Cadre vise uniquement les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et les réseaux câblés de télévision. Elle exclut expressément du champ d'application de la directive les services consistant à fournir des contenus à l'aide de réseaux et de services de communications électroniques ou à exercer une responsabilité éditoriale sur ces contenus.

## **2. La loi du 30 mars 1995**

41. La loi du 30 mars 1995 définit les notions de « réseaux de communications électroniques » et de « services de communications électroniques » de manière analogue à la Directive « cadre ». Les « réseaux de communications électroniques » sont définis à l'article 1, 2° de la loi comme suit :

*« "réseau de communications électroniques" : les systèmes de transmission, actifs ou passifs et, le cas échéant, les équipements de commutation ou de routage et les autres ressources qui permettent*

---

<sup>18</sup> Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, J.O.C.E., 24.4.2002, L 108/51 (« Directive Service Universel »).

<sup>19</sup> Exposé des motifs de la Recommandation relative aux marchés pertinents de 2003, point 4.4, p. 40.

*l'acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, dans la mesure où ils sont utilisés pour la transmission de signaux de radiodiffusion et de télévision »*

42. Les « services de communications électroniques » sont définis à l'article 1, 3° comme suit :

*« "service de communications électroniques" : le service fourni normalement contre rémunération qui consiste entièrement ou principalement en la transmission de signaux de programmes de radiodiffusion sonore ou télévisuelle sur des réseaux de communications électroniques; il ne comprend pas les services de la société de l'information tels que définis à l'article 2 de loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information qui ne consistent pas entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques »*

43. Ces définitions excluent donc également la fourniture de contenus.

### **3. Excès de pouvoir de l'IBPT quant à la définition du marché pertinent**

44. Dans son projet de décision, l'IBPT vise les offres de télévision analogique et numérique pour identifier le marché pertinent. Il s'agit de « services consistant à fournir des contenus à l'aide de réseaux », au sens de la Directive Cadre, propres aux distributeurs de services et non aux opérateurs de réseau.
45. L'opérateur de réseau met à disposition des distributeurs de services son infrastructure technique (sa capacité), tandis que le distributeur de services fournit à l'utilisateur final son offre de contenus audiovisuels produits par les éditeurs de services.
46. Lorsque l'IBPT fait référence à des services consistant à fournir des contenus pour définir le marché pertinent, il sort du champ d'application fixé par la Directive Cadre et la loi du 30 mars 1995, et son Projet de décision est entaché d'illégalité et d'excès de pouvoir.
47. En effet, l'article 40/11 §1<sup>er</sup> de la loi charge l'Institut de déterminer « les marchés pertinents pour les réseaux et les services de communications électroniques, ainsi que leur étendue géographique respective. » La loi n'autorise donc pas l'Institut à définir des marchés pour la fourniture de contenus audiovisuels.

### **4. Excès de pouvoir de l'IBPT quant à la référence au marché de détail de la radiodiffusion**

48. L'IBPT commet également un excès de pouvoir lorsqu'il identifie le marché de détail de la radiodiffusion comme un marché pertinent alors que l'opérateur de réseaux, fournisseur de services de réseau tels que définis par les dispositions précitées, n'est pas concerné par le marché de détail : il ne fait pas d'offre de télévision analogique ou numérique à l'utilisateur final et n'est jamais en contact avec lui, de sorte que

l'analyse du marché de détail des services de radiodiffusion aux utilisateurs finals pour définir le marché pertinent est dénuée de tout fondement. C'est d'ailleurs ce qui explique que l'analyse du marché de détail des services de radiodiffusion aux utilisateurs finals ne figure pas dans la liste des marchés pertinents élaborée par la Commission puisqu'il ne concerne pas un « service de communication électronique »<sup>20</sup>.

49. Il n'est pas inutile de rappeler que la Commission européenne a estimé précédemment que le marché de gros de la radiodiffusion était un marché concurrentiel et qu'il ne devait pas être retenu comme marché pertinent. Ainsi, dans sa lettre au CSA du 19 mars 2007, la Commission a émis « de sérieux doutes sur la désignation PMS d'Alé-Télédis [aujourd'hui Tectéo], de Brutélé et d'Idea(tel) », en indiquant que :

*« [l]incapacité des câblo-opérateurs à facturer aux radiodiffuseurs la livraison de programmes pose une solide hypothèse selon laquelle ces radiodiffuseurs disposent d'une puissance d'achat compensatrice. [...] Cette dépendance mutuelle entre les radiodiffuseurs et les câblo-opérateurs aboutit [...] à un équilibre du pouvoir de négociation. »<sup>21</sup>*

50. Pour contourner l'impasse dans laquelle l'IBPT se trouve ainsi pour imposer des obligations aux opérateurs de réseaux, l'Institut va insidieusement disséquer l'offre de télévision et distinguer pour un même service, trois éléments :

*« 1) L'accès à une plateforme de radiodiffusion ;*

*2) Le service de transmission pour le transfert des signaux audiovisuels ;*

*3) L'accès au contenu sous-jacent de la radiodiffusion. »<sup>22</sup>*

51. Il est amusant de constater que l'IBPT présente l'accès au contenu comme étant « sous-jacent » alors qu'en réalité, l'accès au contenu est l'élément essentiel de l'offre et l'accès à l'infrastructure sous-jacente est totalement accessoire, pour le téléspectateur final.
52. Pour se conformer au cadre réglementaire européen, l'IBPT prétend ne réglementer que les deux premiers éléments, comme s'ils étaient distincts du troisième.
53. Or, la distinction opérée par l'IBPT est techniquement impossible, en ce qui concerne l'offre analogique. De surcroît, les deux premiers éléments distingués par l'IBPT sont indissociables de l'offre de contenu dont ils sont l'accessoire.

---

<sup>20</sup> Projet de décision de l'IBPT, § 57.

<sup>21</sup> Lettre de la Commission du 19 mars 2007 dans le cas BE/2007/578, p. 5.

<sup>22</sup> Projet de décision, § 59.

54. La distinction opérée par l'IBPT est totalement artificielle et ne correspond pas à la réalité du marché : lorsqu'il s'abonne à une offre de radiodiffusion, l'utilisateur final le fait sur base de l'offre de programmes et non sur base du service de transmission sous-jacent. La technique de transmission est totalement accessoire par rapport à l'offre de contenus. Autrement dit, le téléspectateur final s'abonne au service de contenu et non au service de transmission, contrairement à ce qui se passe dans le secteur de la téléphonie où l'opérateur met son réseau à disposition de l'utilisateur, mais pas de contenu. Dans le domaine de la radiodiffusion, si un service de transmission est bien fourni à l'utilisateur final, son abonnement ne porte pas sur ce service, mais bien sur le service de contenu offert par le biais de ce service de transmission.
55. C'est ce que relève la Commission au point 4.4 de l'exposé des motifs de la Recommandation relative aux marchés pertinents de 2003, lorsqu'elle indique que *« le marché de détail auxquels les utilisateurs finals ont accès consistent globalement en la fourniture de radiodiffusion sonore et visuelle et comprennent la diffusion de programmes gratuits et non codés (free-to-air) mais également de programmes nécessitant un abonnement ou un paiement ainsi que la livraison ou la transmission de services interactifs »*.
56. Il apparaît de l'analyse conduite par l'IBPT aux titres 4 et 5 de son Projet de décision que celui-ci vise essentiellement sur l'offre de contenus de radiodiffusion. Aussi, Tectéo/Brutéle estime que les marchés de détail imaginés par l'IBPT ne sont pas des marchés de services de communications électroniques, mais bien des marchés de services de contenus de radiodiffusion, ce qui est exclu du cadre réglementaire européen sur les communications électroniques, fixé par la Directive Cadre.

##### **5. Excès de pouvoir de l'IBPT quant aux remèdes imposés aux opérateurs PMS**

57. L'IBPT prétend imposer aux opérateurs PMS l'obligation de revendre l'offre de télévision analogique et l'offre d'accès haut débit.
58. La revente de l'offre de télévision analogique concerne la fourniture de signaux de radiodiffusion télévisuelle aux utilisateurs finals, c.-à-d. la fourniture de contenus. Ce remède tombe donc manifestement hors du champ d'application du cadre réglementaire.
59. Par voie de conséquence, l'article 40/11 de la loi du 30 mars 1995 ne permet pas à l'IBPT d'imposer à un opérateur un remède qui ne concerne pas des « services de communications électroniques » tels que définis par les dispositions précitées.
60. En ce qui concerne l'obligation de revendre l'offre d'accès haut débit, il faut noter que l'IBPT n'est compétent en vertu de la loi du 30 mars 1995 que pour réglementer l'accès aux réseaux de communication électroniques *« dans la mesure où ils sont utilisés pour la transmission de signaux porteurs de services de médias audiovisuels »* (art. 2, 8° Mediendekret). La compétence de l'IBPT pour réglementer les réseaux de communications électroniques *« dans la mesure où ils sont utilisés pour la transmission de signaux autres que ceux de radiodiffusion et de télévision »* ne peut se fonder que sur la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.

L'IBPT commet donc un excès de pouvoir et méconnaît en outre les règles répartitrices de compétences en prétendant imposer l'obligation de revendre l'offre d'accès haut débit sur a base de la loi du 30 mars 1995.

61. Il résulte de ce qui précède que l'IBPT n'a pas limité son projet de décision, aux « services de communications électroniques » fournis par les opérateurs de « réseaux de communications électroniques » et qu'il a, de ce fait, excédé les compétences que la loi lui confère.

#### IV. SUR LE FOND

62. Les commentaires de fond ont été structurés ci-dessous conformément à l'analyse contenue dans le projet de décision. Brutélé examinera donc successivement les éléments suivants :

- la définition des marchés pertinents ;
- l'analyse du test des trois critères pour identifier les marchés qui peuvent être sujets à une réglementation *ex ante* ;
- la désignation des opérateurs disposant d'une puissance significative sur le marché (les « opérateurs PMS ») ; et
- l'analyse des remèdes.

63. Une observation préliminaire par rapport au projet de décision concerne le caractère relativement dépassé des données sur lesquelles se base l'analyse. L'analyse ne considère par exemple pas l'impact du développement du réseau VDSL2 de Belgacom qui couvre actuellement plus de 85% du territoire. L'enquête de marché de l'IBPT, qui constitue un élément factuel clé pour la définition de marché, a été effectuée avant le lancement de l'offre StarPack par Mobistar. L'analyse ignore aussi l'impact des offres mutliplay et des offres « everywhere » qui se développent sur le marché. Ces développements ont un impact significatif sur l'évolution actuelle et future du marché. Rappelons que la Cour d'appel de Bruxelles a déjà confirmé par le passé l'obligation pour une ARN de s'assurer que l'analyse repose sur des données suffisamment actuelles.<sup>23</sup> Dans le cadre du dialogue constructif que Brutélé souhaite établir avec les régulateurs, elle s'est aussi efforcée de fournir des données actuelles dans le cadre de la présente soumission et se tient à la disposition du régulateur pour lui fournir toute information utile pour l'analyse réglementaire.

##### A. DÉFINITION DES MARCHÉS PERTINENTS

64. La définition de marché retenue dans le projet de décision vise à déterminer les conditions de concurrence qui prévalent actuellement et pour les années à venir pour la fourniture de services de télévision. Les deux composantes d'un marché, à savoir le marché de services et le marché géographique, sont examinées à cet effet.

65. Nous examinerons ci-dessous :

- l'absence d'analyse du marché de gros ;
- les erreurs dans l'analyse du marché de services ; et
- les erreurs dans l'analyse du marché géographique.

---

<sup>23</sup> Bruxelles, 7 mai 2009, R.G. 2006/AR/2332.

### 1. L'absence d'analyse du marché de gros

66. Le projet de décision n'examine pas les conditions qui prévalent sur le(s) marché(s) de gros correspondant au marché de détail. Ceci est d'autant plus étonnant que les remèdes imposés sont des remèdes de gros. De toute évidence, le projet de décision présuppose que la délimitation des marchés de gros coïncide parfaitement avec celle des marchés de détail. Tel n'est pas le cas en l'espèce.
67. Le régulateur ne pouvait présumer que le marché fictif de gros est une image en miroir du marché de détail en déterminant la position des opérateurs sur ce marché fictif sur base de l'autofourniture nécessaire pour le service de détail. Cette hypothèse ne se vérifie pas lorsque le réseau n'a pas l'ubiquité recherchée par les demandeurs d'accès comme c'est le cas en l'espèce.<sup>24</sup>
68. Contrairement à Belgacom, aucun câblo-opérateur ne peut offrir un produit d'accès à l'échelle nationale. Ce manque d'ubiquité des réseaux câblés présente de graves inconvénients pour les opérateurs alternatifs qui voudraient lancer une offre télévisuelle (abstraction faite des obstacles techniques à l'ouverture du câble aux opérateurs alternatifs).
69. Notons aussi que l'IBPT propose parallèlement, dans un projet de décision du 20 décembre 2010 concernant l'analyse des marchés de la large bande, d'obliger Belgacom à offrir de manière non discriminatoire un accès *bitstream* comprenant la fonctionnalité *multicast*.<sup>25</sup> Cet accès permettrait aux opérateurs alternatifs d'offrir une offre groupée « *triple play* » nationale comprenant la téléphonie fixe, l'internet à large bande et la TV numérique. On est en droit de se demander si, étant donné la disponibilité d'un tel produit d'accès au réseau DSL et le fait que les opérateurs alternatifs ont déjà mis en place des offres basées sur l'infrastructure DSL, il existerait encore une demande indépendante pour un accès à la plateforme des câblo-opérateurs. Dans son projet de décision relatif aux marchés 4 et 5, l'IBPT reconnaît en tout cas que la fragmentation des réseaux câblés a pour conséquence que l'accès de gros sur ces réseaux ne constitue pas une alternative à l'accès sur le réseau de Belgacom :

*« Il faut également noter que pour atteindre une couverture nationale, il faudrait qu'un opérateur alternatif achète une offre auprès de*

<sup>24</sup> Note explicative de la Commission européenne accompagnant la Recommandation relative aux marchés pertinents, p. 15 : « *In many cases the incumbent is the only firm that is in a position to provide a potential wholesale service. It is likely that there is no merchant market as this is often not in the interest of the incumbent operator. Where there is no merchant market and where there is consumer harm, it is justifiable to construct a notional market when potential demand exists. Here the implicit self-supply of this input by the incumbent to itself should be taken into account. In cases where there is likely demand substitution, i.e. where wholesale customers are interested in procuring from alternative operators, it may be justified to take the self-supply concerned into consideration for the sake of market delineation. However, this is not justified if alternative operators face capacity constraints, or their networks lack the ubiquity expected by access seekers, and/or if alternative providers have difficulty in entering the merchant market readily.* »

<sup>25</sup> Projet de décision de l'IBPT relatif aux marchés 4 et 5 du 20 décembre, § 999 et suivants.

*chaque câblo-opérateur en Belgique, et ainsi créer un patchwork de couverture, avec des performances techniques et spécifications inégales. Dans certains cas, ce serait impossible puisque l'un des câblo-opérateurs, l'AEISH, ne fournit même pas ce service au détail. Il est impossible aux plus petits opérateurs alternatifs de supporter les coûts de coexistence de plusieurs technologies dans leurs réseaux étant donné notamment les investissements nécessaires en formation et dans des plateformes de gestion. Par ailleurs, comme il est expliqué à la section 5.2.3.4, les fonctionnalités ne seraient pas les mêmes entre une hypothétique offre bitstream sur câble et l'offre bitstream de Belgacom.*

*Concernant la demande d'une telle offre, les opérateurs bénéficiaires de l'offre bitstream BROBA de Belgacom ont signalé à plusieurs occasions que seule une offre nationale peut les intéresser car il est indispensable d'avoir un service de gros avec des caractéristiques homogènes sur tout le territoire afin de pouvoir bâtir une offre de détail elle aussi homogène. »<sup>26</sup>*

## **2. Les erreurs dans l'analyse du marché de services**

70. Le projet de décision définit le marché de services pertinent comme le marché de détail de la fourniture de signaux de télévision, y compris les signaux analogiques et numériques, par le câble (CATV) et le DSL (IPTV).
71. A titre préliminaire, Brutélé souligne que la définition de marché retenue dans le cadre de la présente consultation est radicalement différente de celle qui avait été retenue lors des précédentes consultations du CSA et de l'IBPT. Ces analyses avaient en effet séparé la plateforme sur le réseau câblé de la plateforme DSL et constataient que les câblo-opérateurs étaient confrontés à un contre-pouvoir d'achat important compte-tenu de la puissance de négociation détenue par les distributeurs de contenu. Le projet de décision n'indique pas en quoi la situation actuelle des câblo-opérateurs serait à ce point différente de celle qui était la leur il y a trois ans, pour justifier des conclusions aussi différentes. Certes, un régulateur peut modifier son analyse et adapter ses décisions à la nécessité du marché. Le régulateur a cependant l'obligation d'indiquer les raisons motivant son changement d'analyse.
72. En tout état de cause, le contre-pouvoir d'achat détenu par les distributeurs et constaté en 2007 n'a pas diminué. Au contraire, la multiplication des plateformes accroît le pouvoir de négociation des distributeurs de contenu en permettant des arbitrages. Ceci se traduit d'ailleurs par une augmentation des compensations financières dues aux distributeurs de contenu.
73. Notons aussi que la définition du marché n'est pas conforme à la jurisprudence et à la pratique administrative des instances européennes et belges de concurrence qui ont été amenées à plusieurs reprises à se prononcer sur la délimitation du marché en ce

---

<sup>26</sup> IBPT, projet de décision relatif aux marchés 4 et 5, §§ 804-805.

compris le marché belge. Tout récemment encore, le Conseil de la concurrence a confirmé que :

« De kleinhandelsmarkt voor de levering van televisiesignalen en de toegang tot een omroeptransmissieplatform omvat zowel analoge aanbiedingen via kabel, als digitale aanbiedingen via kabel, DSL en satelliet. De verschillen die er tussen deze aanbiedingen bestaan op het vlak van prijs en functionaliteit zijn niet van die aard om tot het bestaan van twee afzonderlijke markten te besluiten. In se beogen zij dezelfde dienst te leveren, namelijk het leveren van een pakket van televisieprogramma's aan kijkers die zich op een vaste locatie bevinden (dit in tegenstelling tot aanbiedingen van mobiele netwerken die zich richten op eindgebruikers « onderweg ».<sup>27</sup>

74. Brutélé démontrera ci-dessous que la définition du marché de services est entachée d'une série d'erreurs qui affectent l'analyse concurrentielle dans son entièreté. Le marché de services exclut en effet les offres groupées ainsi qu'une série de plateformes (satellite, TNT, TV mobile et WebTV) qui constituent des sources de concurrence importantes et ne pouvant être ignorées. Ainsi, nous démontrerons ci-dessous que la définition du marché de services est trop étroite aux motifs que :

- le satellite ne peut être exclu;
- la TNT, la TV mobile et la Web TV ne peuvent être exclues ;
- l'analyse s'abtient d'examiner l'impact lié aux offres « *multiple play* ».

*i) La concurrence du satellite*

75. Le satellite constitue une plateforme importante (voire principale) pour la fourniture de services audiovisuels dans de nombreux pays européens et a connu un essor significatif au cours des dernières années et ce même dans des pays avec un réseau câblé développé comme l'Allemagne ou la Pologne. Cette plateforme connaît aussi actuellement un essor en Belgique.

76. Ainsi, TéléSat, TV Vlaanderen et Mobistar (ainsi qu'Euphony) ont lancé des offres de TV payante par satellite en Belgique et connaissent un succès croissant.<sup>28</sup> TéléSat dispose aussi d'un accord de distribution avec KPN Group Belgium ce qui lui permet de distribuer ses produits par le biais des BASE shops établis partout dans le pays.

---

<sup>27</sup> Conseil de la concurrence, Décision nr. 2010-C/C-48 du 29 novembre 2010, § 85. La pratique administrative étrangère confirme cette analyse. Voy. par ex. Décision du Conseil de la concurrence français n° 04-MC-01 du 15 avril 2004, demandes de mesures conservatoires présentées par les sociétés FREE, ILIAD, LDCOM et 9TELECOM, § 39.

<sup>28</sup> A ces offres viennent aussi se rajouter les offres de TV gratuite offertes par certains opérateurs satellite.

77. Il est vrai que TéléSat et TV Vlaanderen, avec un peu plus de 100.000 abonnés début 2010, ne disposent pas de la même base de clientèle que Telenet (plus d'un million de clients en télé numérique) et Belgacom TV (environ 920.000 clients). Le potentiel de croissance de la télévision par satellite en Belgique est cependant significatif, comme le démontre le succès de l'offre « Star Pack » de Mobistar, qui a su attirer 10.000 abonnés en à peine 10 semaines<sup>29</sup>. Le fait que cette offre soit basée sur le satellite n'a manifestement pas été un handicap. L'introduction de la télévision de rattrapage et de la vidéo sur demande sur la plateforme Mobistar et l'acquisition potentielle des droits de diffusion du football devraient encore renforcer l'offre de Mobistar.<sup>30</sup>
78. Ceci confirme que la seule raison pour laquelle le satellite connaissait une pénétration moins importante en Belgique était due au fait que cette plateforme était relativement méconnue du consommateur. Il a cependant suffi à Mobistar, un opérateur alternatif avec une marque bien connue, de l'inclure dans son offre pour que ce produit soit mieux connu et apprécié par le consommateur.
79. On voit mal dans ces conditions comment le régulateur pourrait prétendre que l'offre « quadruple play » de Mobistar à € 55 par mois tout compris n'exerce pas de pression concurrentielle appréciable sur les câblo-opérateurs. Soulignons d'ailleurs que, lorsqu'un client passe d'une offre « triple play » d'un câblo-opérateur à l'offre « Star Pack » de Mobistar, le câblo-opérateur perd sa marge non pas sur un seul service, mais sur trois. La stratégie de prix agressive de Mobistar ne manquera donc pas d'intensifier la concurrence sur le marché de radiodiffusion<sup>31</sup>.
80. Brutélé constate d'ailleurs que le pourcentage (15%) de clients ayant confirmé avoir envisagé de prendre la TV par satellite dans le cadre de l'enquête de marché de l'IBPT constitue déjà en soi une partie significative de la demande sur le marché qui peut être suffisant pour avoir un effet disciplinant sur les prix et justifier l'inclusion au sein du même marché.
81. Compte tenu de l'importance des coûts fixes dans le secteur des communications électroniques, les opérateurs sont en effet particulièrement sensibles à la perte de clientèle. Le régulateur doit donc apprécier quelle est l'importance économique que représentent les 15% de répondants ayant exprimé un intérêt pour le satellite. Qui plus est, notons que la question posée dans l'enquête de marché sous-estime l'intérêt du satellite comme alternative pour au moins deux raisons.
- Premièrement, l'enquête de marché de l'IBPT a été effectuée avant le lancement de l'offre StarPack de Mobistar. Les résultats annoncés par Mobistar démontrent cependant le vif intérêt qu'a suscité cette offre sur le

<sup>29</sup> « Succès surprise pour Mobistar TV », *La Libre*, 21 janvier 2010. Voir aussi « Mobistar engage face au succès de la télé », *L'Echo* 12 novembre 2010 ; « TV-aanbod Mobistar slaat beter aan dan verwacht », *De Tijd* 13 novembre 2010 ; « Objectif 60.000 clients TV à fin 2011 », *L'Echo* 10 février 2011.

<sup>30</sup> « Mobistar intéressé par les droits télé du foot », *L'Echo* 21 septembre 2010.

<sup>31</sup> La pression concurrentielle émanant de l'offre « Star Pack » démontre par ailleurs aussi comment l'exclusion des offres groupées du marché pertinent peut complètement fausser l'analyse du marché.

marché. Il ne fait donc aucun doute que cette offre a contribué à renforcer la perception du consommateur que le satellite constitue une alternative attrayante. L'enquête de marché démontre d'ailleurs que dans la zone de Numericable (à savoir principalement Bruxelles) 27% des personnes interrogées ont confirmé avoir envisagé la TV par satellite. Ceci n'est pas un hasard mais reflète le fait que les utilisateurs finals dans cette zone de couverture sont déjà sensibles à l'offre par satellite compte tenu de leur origine internationale.

- Deuxièmement, la question posée dans l'enquête de marché se borne à demander si l'utilisateur final avait « *jamais envisagé de prendre la TV par satellite* ». Afin de déterminer si le satellite fait partie du même marché, le régulateur doit cependant apprécier le comportement de l'utilisateur final en cas d'augmentation du prix de 5 à 10%. La question posée dans le cadre de l'enquête n'examine pas cela mais sonde uniquement l'intérêt du consommateur pour le satellite, toutes choses étant égales par ailleurs (sans augmentation des tarifs). Il est donc plus que probable que le nombre d'utilisateurs exprimant un intérêt pour le satellite serait supérieur à 15% si les prix devaient augmenter de 5-10%.

82. Nous démontrerons ci-dessous que l'exclusion de cette source de concurrence constitue une erreur d'appréciation et conduit nécessairement le régulateur à définir un marché artificiel qui ne correspond pas à la dynamique concurrentielle. Afin d'examiner la substituabilité entre le satellite et les autres formes de transmission télévisuelle (en particulier le câble), nous avons examiné ci-dessous: (i) les caractéristiques objectives des services télévisuels diffusés par câble et par satellite ; (ii) la comparaison tarifaire entre les différents services.

#### (1) Caractéristiques des services

83. Pour déterminer si des services sont interchangeables, il convient tout d'abord d'examiner « *leurs caractéristiques objectives, en vertu desquelles ils sont particulièrement aptes à satisfaire les besoins constants des consommateurs* ». Ainsi, « *[p]our déterminer le marché pertinent de produits ou de services, les ARN devraient [...] commencer par regrouper les produits ou les services qui sont utilisés à une même fin (utilisation finale) par les consommateurs.* »<sup>32</sup>
84. Le régulateur reconnaît d'emblée que la TV par satellite est interchangeable avec la TV numérique sur le câble, tant sur le plan fonctionnel qu'au niveau du contenu<sup>33</sup>. Le régulateur considère néanmoins que la TV par satellite n'est pas substituable à la TV

<sup>32</sup> 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.C.E., 11.7.2002, C 165/6 (ci-après « Lignes Directrices »), §44.

<sup>33</sup> « *La TV par satellite propose la TV en haute qualité, tout comme la TV numérique par le câble. L'offre de la TV par satellite est plus large que celle de la TV numérique par le câble, mais toutes les deux comportent les chaînes must-have* » Projet de décision, § 107

numérique par le câble en raison des « inconvénients fonctionnels du satellite ». Ces différences, à savoir (a) l'interactivité, (b) le contenu, et (c) la nécessité d'une antenne parabolique sont examinées ci-dessous

(a) L'interactivité

85. D'un point de vue fonctionnel, la télévision par satellite se distingue de la télévision numérique par le câble ou par DSL en ce qu'elle n'offre pas de canal retour et ne permet donc pas la fourniture de services interactifs (sauf lorsqu'elle est fournie en combinaison avec une autre infrastructure). Ce constat ne suffit cependant pas pour exclure la télévision par satellite du marché :

- L'existence d'une voie de retour n'est pas un critère structurant pour la définition du marché. Le projet de décision le confirme puisque la télévision analogique n'est pas non plus interactive alors que celle-ci est incluse dans le même marché que la télévision numérique;
- L'absence d'interactivité est compensée par d'autres caractéristiques telles que sa bande passante importante et l'accès à un nombre plus important de chaînes (600+). Dans une récente interview, Mobistar a mis cet avantage commercial en exergue en insistant sur « *la qualité de la plate-forme : l'interface de Mobistar TV est assez plaisante à l'usage et affiche par exemple une navigation plus fluide que Belgacom TV grâce à la bande passante plus large du satellite.* »<sup>34</sup> Grâce à son réseau mobile 3G Mobistar peut aussi fournir une interactivité en utilisant les smart phones ce qui différencie ses offres des offres concurrentes et constitue un avantage commercial significatif compte tenu de la convergence croissante entre le fixe et le mobile.<sup>35</sup>
- L'enquête de marché effectuée par l'IBPT indique que l'absence de services interactifs ne constitue pas un élément important dans le choix des consommateurs.<sup>36</sup> 0% des utilisateurs en zone Brutélé/2% au niveau national ont répondu que l'absence d'interactivité constitue la raison principale pour laquelle ils n'utilisent pas encore la TV par satellite.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> La Libre, « Succès surprise pour Mobistar TV », 21 janvier 2010.

<sup>35</sup> « Mobistar annonce que depuis aujourd'hui l'application Mobistar App est disponible pour tous les possesseurs d'un smartphone Android. Pour le moment, cette application n'était disponible que pour les utilisateurs d'iPhone. Elle permet de consulter le Guide TV, mais elle permet aussi une interactivité directe entre le smartphone et le décodeur Mobistar. Une fois l'application installée, vous pouvez vous servir de votre smartphone comme télécommande, et vous pouvez aussi enregistrer vos programmes favoris à distance. » <http://www.astel.be/Les-nouveautes-Mobistar-TV-attendues-en-2011-VOD-chaines-HD-3853>

<sup>36</sup> Voir question 12 (4).

<sup>37</sup> Enquête de l'IBPT, question 12(4).

- Le succès commercial de l'offre de Mobistar témoigne du fait que l'absence d'interactivité n'a pas été un frein à son développement.<sup>38</sup> Mobistar a récemment indiqué avoir été surpris par le succès de son offre télévisuelle au point qu'elle a été, pour un temps, en rupture de stock pour ses décodeurs. Le 9 février 2011 Mobistar annonçait déjà avoir enregistré 10.000 clients installés et viser 50.000 nouveaux clients d'ici la fin de l'année 2011.<sup>39</sup>
- Dans la zone germanophone du pays, le satellite connaît un grand succès grâce au contenu germanophone disponible sur cette plateforme, et ce nonobstant l'absence d'interactivité;
- Il existe des décodeurs hybrides permettant d'utiliser une connexion internet large bande comme canal retour. C'est précisément sur la base d'une telle solution hybride que Mobistar a d'ailleurs récemment complété son offre télévisuelle avec la télévision de rattrapage (« *catch-up TV* ») et la vidéo sur demande (« *video on demand* », VOD).

(b) Le contenu

86. En ce qui concerne le contenu offert sur chaque plateforme, le projet de décision relève que « *les chaînes intéressantes (chaînes « must-have ») pour le marché belge (chaînes belges francophones et chaînes françaises pour la région de langue française, chaînes belges néerlandophones et chaînes françaises pour la région de langue néerlandaise) sont réparties sur trois satellites de diffusion différents* », de sorte que « *le client doit choisir entre une offre plutôt francophone ou une offre plutôt néerlandophone, ce qui peut poser des problèmes dans les foyers bilingues, surtout à Bruxelles où les câblo-opérateurs offrent des produits orientés sur les deux groupes linguistiques* ». <sup>40</sup> Cette motivation ne permet pas non plus d'exclure le satellite du marché pertinent :

- Le régulateur ne démontre pas que cet inconvénient (pour autant qu'il existe) concerne un nombre suffisant d'utilisateurs. Il ne détermine pas le nombre de familles « bilingues » en Belgique mais reconnaît au contraire qu'il s'agirait uniquement d'un obstacle pour « les familles bilingues » de Bruxelles. Ceci démontre déjà en soi que cet obstacle ne joue pas pour la grande majorité du

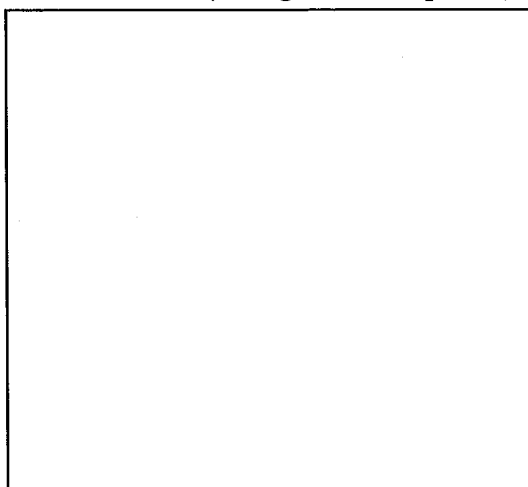
<sup>38</sup> La Libre, « Succès surprise pour Mobistar TV », 21 janvier 2010, De Tijd, « TV aanbod van Mobistar slaat beter aan dan verwacht », 25 janvier 2011.

<sup>39</sup> « *Mais l'attraction du jour, c'était l'annonce des premiers chiffres de Mobistar TV. Pour rappel, le Starpack de Mobistar comprenant l'Internet, la téléphonie (fixe et mobile) et TV par satellite, avait été lancé le 8 octobre 2010. En à peine 10 semaines, l'opérateur a enregistré 10 000 Starpack d'installés. Un chiffre très honorable puisqu'il ne comprend que les clients qui ont été effectivement installés avant le 31 décembre 2010. On peut donc logiquement penser que le nombre de commandes a largement dépassés les 10 000. Avec son Starpack, Mobistar ambitionne de séduire 50 000 nouveaux clients d'ici la fin de l'année 2011.* » [http://www.astel.be/Les-nouveautes-Mobistar-TV-attendues-en-2011-VOD-chaînes-HD\\_3853](http://www.astel.be/Les-nouveautes-Mobistar-TV-attendues-en-2011-VOD-chaînes-HD_3853)

<sup>40</sup> Projet de décision du CSA, §108.3; Projet de décision du Medienrat, §108.3; Projet de décision du VRM, §108.3 et Projet de décision de l'IBPT, §108.3.

pays qui est à caractère unilingue. Ce critère ne permet donc pas d'exclure le satellite pour la zone de couverture de Tecteo (qui ne couvre pas Bruxelles). Même pour Bruxelles, force est de constater que le nombre de foyers bilingues (français-néerlandais) reste fort limité.

- Le tableau ci-dessous compare les offres en termes de contenu de Belgacom, VOO, TéléSAT et TV Vlaanderen. Cette comparaison démontre bien que le satellite dispose d'un nombre de chaînes plus important et comprend les 8 chaînes qui font 80% d'audience (en région francophone).



- Le projet de décision reconnaît que, selon l'étude Key International Facts (2009), seulement 10 chaînes détiennent plus de 85% du temps de vision total et que « Ces chaînes "les plus regardées" sont offertes partout en Belgique tant via la TV numérique par le câble et l'IPTV que la TV analogique »<sup>41</sup>;
- Les bouquets « Basic » de TéléSAT et TV Vlaanderen, ainsi que le bouquet « Plus » de Mobistar incluent les chaînes de radio et de télévision publiques de l'autre communauté linguistique, tandis que les chaînes commerciales et étrangères dans l'autre langue sont disponibles en option.<sup>42</sup>
- Le satellite donne accès à des centaines de chaînes étrangères diffusées en clair, ce qui est un avantage concurrentiel significatif dans des zones urbaines comme Bruxelles, compte tenu de la composition internationale de la population. Le fait que l'offre de base du câblo-opérateur bruxellois Numericable comporte un nombre sensiblement plus élevé de chaînes que

<sup>41</sup> Projet de décision du CSA, note de bas de page 49 ; Projet de décision du Medienrat, note de bas de page 48 ; Projet de décision du VRM, note de bas de page 48 ; Projet de décision de l'IBPT, note de bas de page 48.

<sup>42</sup> Cette option est momentanément gratuite chez Mobistar, voir <http://offer.mobistar.be/fr/offre/tv/channels/?bouquet=basic>. Elle coûte 7,95/mois chez TéléSAT/TV Vlaanderen. Chez TV Vlaanderen il est également possible d'acheter une antenne « Triple Sat » pour € 189 (voir <http://webshop.tv-vlaanderen.be/nl/schotelantennes/schotelantennes/triple-sat-astra-1-2-3-antraciet>).

celui des autres câblo-opérateurs (120 chaînes contre environ 70 chaînes) témoigne de la pression concurrentielle exercée par le satellite dans les communes bruxelloises à forte présence immigrée.

(c) Antenne parabolique

87. Un troisième argument invoqué par le régulateur pour exclure le satellite concerne le fait que la réception de la TV par satellite nécessite l'installation d'une antenne parabolique.
88. Sur ce point, notons tout d'abord que tant la télévision par satellite que la télévision numérique (par le câble ou DSL) nécessitent l'installation d'un équipement supplémentaire (à savoir un décodeur). Le régulateur n'a pourtant pas considéré que l'installation du décodeur constitue un « *inconvéient* » suffisamment important pour conclure que les offres de télévision analogique et numérique ne sont pas substituables du côté de la demande. Le régulateur a même considéré que l'on pouvait faire abstraction du prix d'achat ou de location des décodeurs dans la comparaison de prix entre les offres analogiques et numériques.<sup>43</sup> Il incombait donc au régulateur de démontrer que le fait de devoir installer une antenne parabolique, en sus du décodeur, représente un obstacle supplémentaire suffisamment important pour empêcher la plupart des consommateurs de faire le pas vers la télévision par satellite.
89. Contrairement à ce que suggère le projet de décision, les antennes paraboliques sont peu coûteuses et relativement faciles à installer.
90. Déjà en 2001, la Commission européenne indiquait que les antennes paraboliques constituent des appareils qui permettent une « *réception directe, aisée et à des prix abordables d'une multitude de services de haute qualité* » et qui « *rencontrent [...] de nos jours un intérêt croissant auprès du grand public et ont tendance à devenir un objet de plus en plus populaire, utilisé pur des fins non seulement professionnelles mais également domestiques.* »<sup>44</sup>
91. L'installation d'une antenne parabolique ne requiert pas d'outils ou de connaissances techniques spécifiques, et n'est certainement pas plus complexe que l'installation de l'équipement nécessaire pour la réception de la télévision numérique. L'adoption massive de la TV par satellite par la population issue de l'immigration dans les grandes villes, en zone germanophone ou dans d'autres pays de l'UE<sup>45</sup>, démontre

<sup>43</sup> Projet de décision du CSA, §91 ; Projet de décision du Medienrat, §91 ; Projet de décision du VRM, §91 ; Projet de décision de l'IBPT, §91.

<sup>44</sup> Communication de la Commission concernant l'application des principes généraux de la libre circulation des marchandises et des services – articles 28 et 49 CE – en matière d'utilisation des antennes paraboliques, 27 juin 2001, COM (2001) 351 final, p. 3.

<sup>45</sup> On constate d'ailleurs que le satellite connaît une progression dans beaucoup de pays européens, même des pays avec un réseau câblé assez développé. En Pologne, par exemple, le satellite a connu une augmentation de la pénétration par satellite de 20 à 51% entre 2004 et 2009 (alors que le câble a stagné entre 32 et 33%) suite au lancement d'une offre très attractive à bas prix par Polsat.

aussi que, contrairement à ce que prétend le régulateur, il n'y a pas d'obstacle technique ou pratique important à l'installation d'antennes paraboliques.

92. Pour les centaines de milliers de ménages en Belgique qui utilisent déjà une antenne parabolique pour capter les chaînes diffusées en clair (« *free-to-air* », FTA), le passage à la télévision satellite numérique est d'ailleurs aussi facile que le passage au câble numérique pour un abonné du câble analogique : il s'agit simplement d'installer un décodeur. Or, selon Astra, il y aurait environ 325.000 ménages en Belgique qui regardent la TV par satellite en clair.<sup>46</sup> Ce chiffre sous-estime sans doute le nombre réel de spectateurs, puisque les utilisateurs des autres fournisseurs de TV par satellite FTA (Eutelsat, Turksat, Hispasat) ne sont pas pris en compte.
93. Le coût des antennes paraboliques ne constitue pas non plus un obstacle significatif. Chez TéléSat et TV Vlaanderen, l'antenne de base (support et 20m de câble avec connecteurs inclus) coûte entre € 40 et € 50,<sup>47</sup> alors que chez Mobistar elle est même gratuite. Dans le commerce, une antenne triax d'un diamètre de 64 cm ne coûte qu'environ € 25.
94. Les « *restrictions légales* » relevées par le régulateur ne constituent pas non plus un obstacle. Dans les trois régions, les antennes paraboliques sont exemptes de permis d'urbanisme pour autant que certaines conditions soient respectées.
- En Région Bruxelles-Capitale, l'article 21, 5° de l'arrêté du gouvernement du 13 novembre 2008<sup>48</sup> dispose que les antennes paraboliques installées en toiture ou en façade ayant la même couleur que le toit ou la façade ou sont transparentes et qui ont une superficie inférieure à 40 dm<sup>2</sup> sont exemptes de permis d'urbanisme.
  - En Région wallonne, l'article 262, 4°, g CWATUP prévoit que le placement d'une antenne parabolique est dispensé du permis d'urbanisme « *pour autant que la superficie ne dépasse pas 1 m<sup>2</sup> ; soit qu'elle prenne ancrage sur une élévation à l'arrière du bâtiment par rapport au domaine public ou en recul d'au moins 4 m de l'alignement ; soit qu'elle prenne ancrage au sol ou sur un pan de toiture et qu'elle soit implantée à l'arrière du bâtiment par rapport au domaine public ; que l'antenne soit d'un ton similaire à son support* ».

---

<sup>46</sup> Estimation pour la 1<sup>e</sup> moitié de 2010. Astra Research Europe 2010, p. 11.

<sup>47</sup> Prix du kit complet avec décodeur HD (€ 299 chez TéléSat ou € 319 chez TV Vlaanderen) – prix du décodeur HD sans antenne (€ 269 chez les deux fournisseurs).

<sup>48</sup> Arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale déterminant les actes et travaux dispensés de permis d'urbanisme, de l'avis du fonctionnaire délégué, de la commune ou de la commission royale des monuments et des sites ou de l'intervention d'un architecte, *M.B.* 2 décembre 2008, p. 63257.

- En Région flamande, l'article 3, 15° e-g de l'Arrêté du Gouvernement flamand du 14 avril 2000<sup>49</sup> dispense du permis d'urbanisme le placement d'antennes paraboliques d'un diamètre maximal de 80 cm et de couleur neutre à l'arrière des bâtiments ou d'un diamètre maximal de 120 cm sur un toit plat ou dans un jardin arrière, pourvu que la hauteur totale de l'installation ne dépasse pas les 150 cm.
95. En règle générale donc, l'installation d'une petite antenne parabolique de couleur neutre à l'arrière d'un bâtiment ne requiert pas de permis.
96. Au surplus, le droit communautaire restreint la capacité des autorités régionales et communales de réglementer le placement d'antennes paraboliques.
- La jurisprudence de la Cour de justice confirme qu'une taxation spécifique des antennes paraboliques par rapport à d'autres moyens de réception constitue une entrave à la libre prestation des services dans le marché commun, contraire à l'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).<sup>50</sup>
  - Les autorités communales ne peuvent pas non plus subordonner de manière systématique l'utilisation de toute antenne parabolique à l'obtention préalable d'une autorisation ou d'un permis, le cas échéant soumis au paiement d'une taxe. Dans la mesure où l'objectif poursuivi par l'imposition de telles exigences pourrait également être atteint par le biais de mesures moins restrictives, telles que l'obligation générale de respecter certaines règles d'esthétique et de sécurité lors de l'installation, ces exigences sont contraires au principe de proportionnalité et donc incompatibles avec les articles 34 et 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. L'imposition d'une procédure administrative préalable n'est donc justifiée que dans des circonstances exceptionnelles, qui doivent être dûment motivées.<sup>51</sup>
  - Enfin, les règles en matière architecturale et urbanistique doivent avoir une portée générale et être proportionnées à l'objectif de réduire l'impact visuel et esthétique résultant de l'installation d'antennes paraboliques, sans pour autant affecter le « droit à l'antenne » des personnes intéressées et sans leur imposer de charges excessives. Des consignes esthétiques *ad hoc* plus contraignantes

---

<sup>49</sup> Besluit van de Vlaamse regering van 14 april 2000 tot bepaling van de vergunningsplichtige functiewijzigingen en van de werken, handelingen en wijzigingen waarvoor geen stedenbouwkundige vergunning vereist is, *M.B.* 18 mai 2000, p. 15981.

<sup>50</sup> CJCE, 29 novembre 2001, *De Coster c/ Collège du Bourgmestre et Echevins de Watermael-Boitsfort*, aff. C17/00, Rec. 2001, p. I-9445 et Communication de la Commission concernant l'application des principes généraux de la libre circulation des marchandises et des services en matière d'utilisation des antennes paraboliques, 27 juin 2001, COM (2001) 351 final, pp. 16-17.

<sup>51</sup> Communication de la Commission concernant l'application des principes généraux de la libre circulation des marchandises et des services en matière d'utilisation des antennes paraboliques, 27 juin 2001, COM (2001) 351 final, p. 14-15.

ne se justifient que dans des circonstances exceptionnelles, en particulier en ce qui concerne les installations sur les bâtiments classés ou protégés.<sup>52</sup>

97. La pénétration élevée du satellite dans la partie germanophone du pays (près de 50% des foyers) démontre bien que le satellite constitue une alternative en Belgique et que la plateforme n'est pas un obstacle au développement de l'offre. L'existence d'une substitution entre le câble et le satellite en Communauté germanophone a d'ailleurs été confirmée par les autorités de la concurrence belges. Le président du Conseil de la concurrence a constaté que l'absence de distribution par câble du programme « SAT1 » dans la zone de couverture de la société de câblodistribution Interest avait causé un désabonnement massif au profit du satellite<sup>53</sup>. La cour d'appel de Bruxelles a confirmé ce constat, considérant que « *dès lors qu'il apparaît des éléments de la cause que le phénomène de désabonnement en Communauté germanophone va de pair avec le développement dans cette région du recours à l'utilisation d'antennes paraboliques, et, qu'il existe une forte demande dans cette Communauté d'accès à la chaîne populaire SAT 1, le président du Conseil de la concurrence a, à bon escient, constaté qu'il existait un risque évident de voir se développer ce phénomène et que la situation requérait, par conséquent, une intervention rapide* »<sup>54</sup>.
98. Enfin, Mobistar a encore récemment annoncé le lancement d'une alternative à la parabole en proposant l'utilisation d'un boîtier qui serait plus pratique et esthétique qu'une parabole.

## (2) Examen des conditions tarifaires

99. Un deuxième élément à prendre en considération dans l'analyse de substituabilité est le prix des services. Les prix sont en effet un indicateur important de la présence ou de l'absence d'une pression concurrentielle entre deux services.
100. Il est étonnant de constater que le régulateur ne procède pas à une comparaison détaillée entre les prix des abonnements satellite et câble. L'homogénéité des prix ressort pourtant de l'analyse tarifaire effectuée par un consultant externe reprise ci-dessous qui reprend les deux scénarii possibles (location/vente du décodeur) pour les offres IPTV, DTV (TV numérique sur câble) et TV par satellite (offre Télésat). Cette homogénéité des prix plaide en faveur de l'inclusion du satellite.

<sup>52</sup> *Ibidem*, pp. 15-16.

<sup>53</sup> Conseil de la concurrence, 4 septembre 1995, Interest et Interomosane c. Sabam et Agicoa, *Auteurs & Médias* 1996, p. 47.

<sup>54</sup> Cour d'appel de Bruxelles, 9<sup>ème</sup> ch.bis, 4 septembre 1996, *Ing.-Cons.*, 1996, p. 373 spécialement p. 390 confirmant Prés. Cons. Concurrence, 27 mars 1995, *Ing.-Cons.*, 1995, 189 et Prés. Concurrence, 4 septembre 1995, *Auteurs & Médias*, 1996, 47.

101. Cette comparaison tarifaire n'est pas contredite par la comparaison effectuée dans le projet de décision. De manière assez arbitraire, le projet de décision compare uniquement le coût annuel total de la TV par satellite à celui de la TV numérique par le câble à partir de la double hypothèse (1) que le consommateur reste deux ans chez le même opérateur et (2) qu'il achète l'entièreté de l'équipement au lieu de le louer. Le tableau à la page 48 du projet de décision indique pourtant clairement qu'en cas de location de l'équipement, la TV par satellite est légèrement plus avantageuse que la CATV numérique (coût annuel de € 214,3 pour TéléSat ou € 236,38 pour TV Vlaanderen, contre € 240,83 pour Brutélé et € 241,62 pour Tecteo).<sup>55</sup> En effet, les prix de location de l'équipement satellite (€ 7,95/mois pour le kit avec le décodeur/enregistreur et une tête monobloc twin,<sup>56</sup> ou € 3,95/mois pour le kit avec le décodeur sans enregistreur et une tête monobloc single<sup>57</sup>) sont très proches des prix de location des décodeurs CATV numériques (entre € 5 et € 8), alors que le prix de l'abonnement satellite est moins cher. Même en cas d'achat de l'équipement, les coûts annuels restent proches si on se base sur une période d'amortissement de trois ans<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> Brutélé constate avec étonnement que selon le projet de décision, il y aurait une légère différence de prix entre les tarifs de Tecteo et de Brutélé. En réalité, les deux opérateurs appliquent un prix uniforme pour les services commercialisés sous la marque « VOO ».

<sup>56</sup> <http://www.telesat.be/index.aspx?id=210>.

<sup>57</sup> <http://www.telesat.be/index.aspx?id=208>.

<sup>58</sup> Trois ans étant la période d'amortissement normale pour des investissements en équipements.

102. Le projet de décision indique aussi que la TV par satellite nécessite « un investissement initial conséquent [...] pour acheter tous les périphériques requis (décodeur + antenne). »<sup>59</sup> Remarquons cependant que cette affirmation compare des équipements totalement différents, à savoir, le prix d'un décodeur/enregistreur + antenne parabolique<sup>60</sup> avec le prix d'un décodeur sans capacité d'enregistrement.<sup>61</sup> Le prix des décodeurs vendus séparément par les fournisseurs de TV par satellite est nettement moins élevé,<sup>62</sup> ce qui donne un coût annuel sur deux ans proche, compte tenu du fait que l'abonnement de TV par satellite est moins cher que l'abonnement câble. Le client peut d'ailleurs aussi épargner sur les coûts d'installation en achetant son équipement sur le marché d'occasion.
103. La comparaison effectuée dans le projet de décision est par ailleurs purement hypothétique, puisque les décodeurs/enregistreurs des différents câblodistributeurs peuvent uniquement être loués et ne sont pas disponibles à l'achat,<sup>63</sup> ce qui démontre que la comparaison sur la base des prix de location est la plus pertinente. Notons en outre que l'achat de l'équipement satellite n'est pas entièrement un investissement à fonds perdus. En effet, un consommateur qui renonce à son abonnement de satellite numérique pour passer au câble peut toujours utiliser son installation satellite de manière complémentaire pour regarder les centaines de chaînes satellite diffusées en clair (« *free-to-air satellite* »).
104. On constate aussi que, dans l'analyse de la substituabilité du côté de la demande de la télévision analogique et numérique par le câble, le projet de décision compare les prix des abonnements mensuels, y compris la location du décodeur<sup>64</sup>. Si on utilise la même approche ici, on constate que les tarifs des fournisseurs de TV par satellite et des câblodistributeurs sont en réalité extrêmement proches. En cas de location de l'équipement, le coût mensuel d'un abonnement TéléSat s'élève à € 17,85 et celui d'un abonnement Brutélé à € 18,5.

---

<sup>59</sup> Projet de décision du CSA, §111 ; Projet de décision du Medienrat, §111 ; Projet de décision du VRM, §111 ; Projet de décision de l'IBPT, §111.

<sup>60</sup> <http://www.telesat.be/kits.aspx>. Le kit comprend en outre une boussole, 20m de câble coaxial avec connecteurs, un support pour l'antenne, un monobloc twin et un manuel d'installation.

<sup>61</sup> Voir <http://www.voo.be/en/tv/prices-and-details/>. Le VOOCorder n'est pas disponible à l'achat, mais coûte € 299 en cas de perte ou de vol.

<sup>62</sup> € 269 pour le décodeur HD + la smartcard chez TéléSat (source : <http://boutique.telesat.be/fr/decodeurs/decodeurs/decodeur-smartcard-incl>). Le prix du décodeur HD est le même chez TV Vlaanderen, qui offre en outre un kit numérique non-HD complet à € 199 (voir <http://webshop.tv-vlaanderen.be/nl/complete-sets/tv-vlaanderen-complete-sets/tv-vlaanderen-webshop-complete-set-voor-digitale-tv>).

<sup>63</sup> Voir la note précédente, <http://telenet.be/2709/0/1/nl/thuis/televisie/hd-digicorder/box/hd-digicorder-huur.html> et <http://www.numericable.be/tv-tarifs.html>.

<sup>64</sup> Projet de décision du CSA, §88 et svv ; Projet de décision du Medienrat, §88 et svv ; Projet de décision du VRM, §88 ; Projet de décision de l'IBPT, §88..

105. Une telle proximité des prix laisse présumer que le satellite exerce bel et bien une pression concurrentielle sur le câble, et le Projet de décision n'apporte aucun élément convaincant pour réfuter cette présomption.

### (3) Conclusion

106. L'exclusion de la télévision par satellite du marché de services pertinent ne résiste pas à l'analyse. Du point de vue de la demande, il n'y a pas de différences fonctionnelles significatives entre les deux services et, contrairement à ce que prétend le projet de décision, il n'y a pas d'obstacles légaux ou pratiques majeurs au passage du câble au satellite. En outre, la proximité des tarifs mensuels et l'existence de substitution effective (en particulier depuis le lancement de l'offre « Star Pack » de Mobistar) témoignent du fait que le satellite et le câble sont en concurrence.
107. Du côté de l'offre, l'exemple de Mobistar démontre que les offres d'accès BRUO et BROBA de Belgacom permettent déjà aux opérateurs alternatifs de fournir des services interactifs et des services « *multi play* » en combinant l'infrastructure satellite avec l'infrastructure DSL. L'inclusion de la fonctionnalité « *multicast* » dans l'offre BROBA, prévue par le projet d'analyse des marchés 4 et 5 de l'IBPT, devrait renforcer encore davantage la substitution du côté de l'offre.
108. Il convient donc d'inclure le satellite dans le marché de services pertinent, ce qui aurait d'ailleurs été conforme à la pratique décisionnelle de la Commission européenne concernant la télévision à péage (« pay TV »).<sup>65</sup> Notons à titre de comparaison que, dans sa décision concernant l'analyse des marchés de radiodiffusion, l'ARN néerlandaise OPTA a retenu une définition du marché de détail très large, incluant non seulement le câble et l'IPTV sur DSL, mais aussi les plateformes satellite, TNT et fibre optique.<sup>66</sup> Cette définition du marché de services a été confirmée en appel par le *College van Beroep voor het Bedrijfsleven*.<sup>67</sup> Nous reviendrons sur cette décision dans la section suivante.

#### ii) La concurrence de la TNT, TV mobile et Web TV

109. Suivant l'enseignement des Lignes Directrices de la Commission, les ARN doivent « *adopter une approche non pas statique, mais dynamique, pour réaliser une analyse de marché prospective* »<sup>68</sup>. Dans une telle approche prospective, les ARN doivent

<sup>65</sup> Voy. la décision de la Commission du 3 mars 1999, aff. n° IV./36.237, TPS 7+, J.O. n° 90 du 2 avril 1999, spécialement point 30 qui souligne cette concurrence dans les zones urbaines entre la réception satellitaire et la réception par câble. Voir également décision de la Commission 1999/781/EC dans l'aff. n° IV/36.539, British Interactive Broadcasting/Open, J.O. L 312, 6 décembre 1999, p. 1 ; décision 2001/98/CE dans l'aff. IV/M.1439, Telia/Telenor, J.O. 40 du 9 février 2001, p. 1 ; décision du 18 juillet 2007, aff. n° M.4504, SFR/Tele2 France, §§45-47 ; décision du 25 juin 2008, aff. n° M.5121, §§ 13-22.

<sup>66</sup> OPTA, Marktanalyse omroep, 5 maart 2009, section 6.2.6.

<sup>67</sup> College van Beroep voor het Bedrijfsleven, 18 août 2010, AWB 09/536-09/539 et 09/541-09/548, Delta, KPN, UPC, CAIW, YouCa et Tele2 c. OPTA, points 6.1 à 6.3. Disponible sur [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) (LJN : BN4243).

<sup>68</sup> Lignes Directrices, §35.

- notamment tenir compte de la convergence croissante des technologies.<sup>69</sup> Le secteur des communications électroniques est en effet un « *un secteur dynamique, caractérisé par un processus constant d'évolution et d'innovation technologiques.* »<sup>70</sup>
110. En excluant la TV mobile, la TNT et la WebTV du marché de services pertinent, le projet de décision méconnaît la convergence croissante des plateformes et contredit les projections de la plupart des analystes concernant le développement des technologies dans la période de régulation.
111. Avant le passage de l'analogique au numérique, chaque réseau de distribution était lié à un type de service (par exemple PSTN/téléphonie, câble coaxial/télévision). Suite à la « révolution numérique », les réseaux sont cependant devenus « agnostiques » en ce qui concerne les services qu'ils peuvent véhiculer : ainsi, l'internet à large bande, la téléphonie et les services de radiodiffusion peuvent désormais être fournis par le câble coaxial, le réseau bifilaire de Belgacom, la fibre optique, les réseaux mobiles 3G et d'autres réseaux à radiofréquences (WiMax etc.).
112. On constate aussi la disponibilité croissante de matériel permettant d'accéder à plusieurs types de services (téléphonie, internet, contenu audiovisuel) sur un seul appareil (« smartphones », « tablettes », téléviseurs avec connexion internet etc.). Ces évolutions technologiques se traduisent dans des offres de détail novatrices. Ainsi, les offres groupées connaissent un succès croissant et deviennent de plus en plus un « must » pour rester concurrentiel sur le marché de détail. En outre, les opérateurs misent de plus en plus sur des offres de télévision « *multiscreen* » (par exemple l'offre Yelo de Telenet, l'offre TV sur ordinateur de Belgacom et l'offre TV sur iPhone et iPad de Mobistar)<sup>71</sup>.
113. En ce qui concerne la télévision sur le réseau mobile, il convient de souligner que la couverture 3G en Belgique s'est nettement améliorée au cours de ces dernières années et que le 3G est devenu le fer de lance de la stratégie commerciale des opérateurs mobiles. Des offres mobile TV sont déjà disponibles chez deux opérateurs : celle de Proximus permet de regarder 29 chaînes,<sup>72</sup> celle de Mobistar 25 chaînes<sup>73</sup>. Les prix des services 3G en général et du mobile TV en particulier deviennent aussi abordables. Ainsi, l'accès mobile TV de Mobistar est disponible à € 1 par jour (Day Pass) ou € 5 par mois (Month Pass, accès illimité à l'internet compris)<sup>74</sup>. L'IBPT lui-

<sup>69</sup> « *La substituabilité des produits entre différents services de télécommunications électroniques sera de plus en plus fréquente du fait de la convergence des différentes technologies. L'utilisation de systèmes numériques conduit à une similarité croissante, en termes de performances et de caractéristiques, des services de réseau utilisant des technologies distinctes.* » Lignes Directrices, §47.

<sup>70</sup> Lignes Directrices, §33.

<sup>71</sup> « Telenet lanceert tv op pc, iPhone en iPad », *De Standaard* 18 décembre 2010 ; « Succès surprise pour Mobistar TV », *La Libre* 21 janvier 2010.

<sup>72</sup> [http://support.fr.proximus.be/app/answers/detail/a\\_id/14179/kw/t%C3%A9l%C3%A9vision](http://support.fr.proximus.be/app/answers/detail/a_id/14179/kw/t%C3%A9l%C3%A9vision)

<sup>73</sup> <http://offer.mobistar.be/fr/offre/options-services/options/p/detail/mobiletv>

<sup>74</sup> <http://offer.mobistar.be/fr/offre/options-services/options/p/detail/mobiletv>

même prévoit que les services « mobile data » connaîtront un « boom » énorme dans les années à venir.<sup>75</sup> Or, selon une projection faite par Cisco, le contenu audiovisuel sera responsable de l'essentiel de la croissance du « mobile data ». Cisco prévoit qu'en 2014, le contenu audiovisuel représentera deux tiers du trafic « data » sur les réseaux mobiles. Cette évolution va de pair avec l'adoption croissante des « smartphones » par les consommateurs. Selon Cisco, ceux-ci compteront pour à peu près la moitié des téléphones mobiles en 2014<sup>76</sup>.

114. Certains pays européens, comme l'Autriche par exemple, démontrent bien l'importance que peut avoir le réseau mobile et la possibilité pour ce réseau de devenir un concurrent à l'accès fixe. Une étude du régulateur autrichien démontre en effet que 71% des personnes interrogées considèrent que l'accès broadband mobile constitue une alternative à l'accès fixe.<sup>77</sup>
115. La WebTV a aussi un énorme potentiel en Belgique. Selon une enquête de Nielsen, 95% des consommateurs belges expriment un intérêt pour la télévision sur le net, ce qui est nettement supérieur à la moyenne européenne (86%).<sup>78</sup> Les statistiques européennes confirment l'importance croissante de la WebTV. Le tableau ci-dessous démontre notamment le pourcentage important de personnes qui regardent la WebTV et la diversité des plateformes utilisées à cet effet.

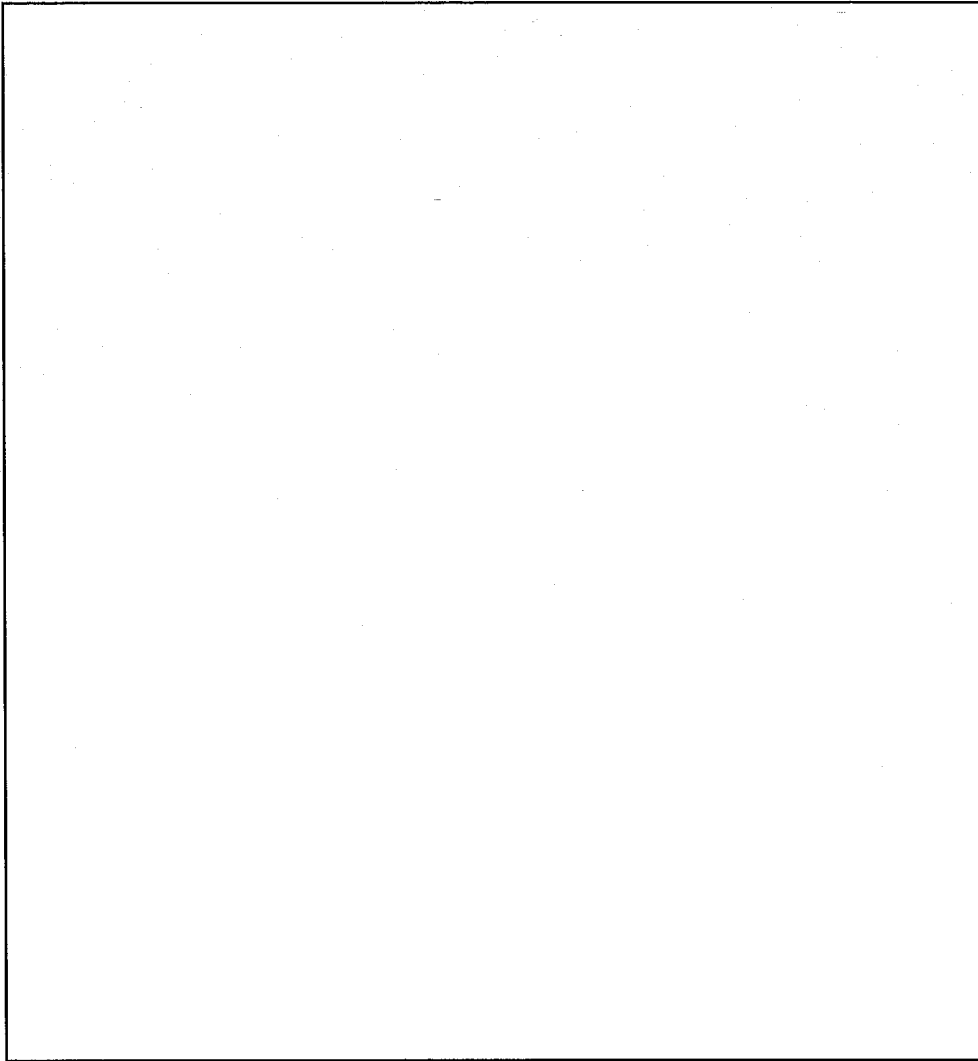
---

<sup>75</sup> Cf. décision du Conseil de l'IBPT du 29 juin 2010 concernant l'analyse du marché 7 (terminaison d'appel sur réseaux mobiles), §§ 378.2 et 429.3.

<sup>76</sup> Cisco Visual Networking Index : Global Mobile Data Traffic Forecast Updates 2009-2014, 9 February 2010, [http://www.cisco.com/en/US/solutions/collateral/ns341/ns525/ns705/ns827/white\\_paper\\_c11-520862.html](http://www.cisco.com/en/US/solutions/collateral/ns341/ns525/ns705/ns827/white_paper_c11-520862.html).

<sup>77</sup> RTR, « Mobile Broadband - a substitute for fixed ? », 25th ANACOM Seminar, 16 avril 2010.

<sup>78</sup> Nielsen, Global Video Consumption – August 2010.



116. Une étude Iconsumer 2010 confirme que les revenus de la TV sur Internet connaît une croissance moyenne annuelle de 36%.<sup>79</sup> Les émetteurs ont également découvert les possibilités de l'internet à large bande et offrent de plus en plus de contenu en ligne<sup>80</sup>. A l'étranger, plusieurs émetteurs offrent déjà une partie substantielle de leurs émissions sur le web, tant en direct qu'en différé (cf. BBC iPlayer). Au Royaume-Uni, un consortium réunissant la BBC, Channel 4 et ITV, BT et TalkTalk développe une plateforme IPTV (« Project Canvas », entre-temps rebaptisé « YouView »)<sup>81</sup>. En Belgique, la VRT compte développer une plateforme similaire en collaboration avec VMMa et SBS. Par ailleurs, les producteurs de contenu (« Hollywood »), les fabricants de matériel (p.ex. Apple) et les géants du net (comme Google et Amazon) investissent massivement dans la télévision en ligne (cf. Google TV, Hulu, iTunes). On peut donc prévoir, à l'horizon de la période d'analyse, une substitution croissante entre la télévision classique et la WebTV.

---

<sup>79</sup> Moyenne du taux de croissance des revenus de la TV sur Internet entre 2009 et 2014 en France, Italie, Espagne, Allemagne et Royaume-Uni. Iconsumer 2010, Screen Digest.

<sup>80</sup> Cf. [deredactie.be](http://deredactie.be), [iwatch.be](http://iwatch.be), [rtbf.be](http://rtbf.be) et [rtl.be](http://rtl.be).

<sup>81</sup> <http://www.youview.com/>

117. De même on constate que les offres de services de TV audiovisuels se « détachent » de la télévision/ligne fixe et sont offerts par le biais d'autres connexions (IP) ou hardware. Ainsi, en décembre 2010, Telenet a été le premier opérateur belge à lancer un service de TV avec 11 chaînes.<sup>82</sup> Ce service, baptisé « Yelo », permet également de regarder la télévision sur iPhone et iPad via un réseau WiFi. Telenet est en négociation avec VMMA et SBS pour élargir l'offre de chaînes avec les chaînes commerciales flamandes. En septembre 2010, Belgacom a pour sa part annoncé le lancement fin 2010 d'un service « TV sur ordinateur » avec une offre de chaînes complète. Ce service, dont le lancement a été reporté au début de 2011, sera disponible en option pour les abonnés Belgacom TV, pour un prix de € 3,5 par mois.<sup>83</sup> Actuellement, les abonnés Belgacom TV peuvent déjà regarder les matches de football de la Jupiler League sur ordinateur via le service « Belgacom TV 11 ».
118. Le projet de décision exclut également la TNT du marché de services pertinent, principalement à cause de la capacité limitée des émetteurs et du nombre limité de chaînes disponibles sur cette plateforme. Brutélé considère néanmoins que cette analyse sous-estime la pression concurrentielle qui provient de la TNT, pour les raisons suivantes :
119. Les Lignes Directrices de la Commission sur l'analyse du marché confirment qu' « un produit ou un service de qualité médiocre vendu à bas prix pourrait remplacer effectivement un produit de meilleure qualité vendu plus cher ». <sup>84</sup> Or, la TNT, quoique limitée en termes de nombre de chaînes, est disponible gratuitement avec pour conséquence de permettre un arbitrage guidé par le prix ;
120. En Flandre, Norkring a conclu un accord avec Telenet pour la commercialisation d'une offre TNT payante et s'est déclarée partie prenante pour des accords similaires avec d'autres partenaires<sup>85</sup>. Étant donné que dans chaque communauté linguistique, les 7 à 8 chaînes les plus regardées représentent plus de 80% des chiffres d'audience, une offre commerciale avec un nombre limité de chaînes (10 à 15), vendue à bas prix, pourrait déjà être concurrentielle avec les autres plateformes de radiodiffusion. Les émissions TNT ne requièrent pas des investissements en infrastructure importants, de sorte que les fournisseurs TNT sont à même de lancer des offres très avantageuses.
121. Dans une partie substantielle du pays, et notamment à Bruxelles, les zones de couverture des réseaux de la RTBF et de Norkring se superposent, de sorte que les utilisateurs ont déjà accès à une dizaine chaînes<sup>86</sup>, dont les chaînes publiques des deux

---

<sup>82</sup> « Telenet lanceert tv op pc, iPhone en iPad », *De Standaard* 18 décembre 2010.

<sup>83</sup> Communiqué de presse de Belgacom du 10 septembre 2010.

<sup>84</sup> Lignes Directrices, §46.

<sup>85</sup> <http://www.norkring.be/index2.php?page=faq>

<sup>86</sup> La Une, La Deux, La Trois, Euronews, Télé Bruxelles, TV Brussel, één, Canvas/Ketnet, één+ et Canvas+.

- communautés linguistiques. A noter aussi que les récepteurs TNT permettent également de recevoir 16 chaînes de radio en qualité numérique (DAB).<sup>87</sup>
122. Le réseau de Norkring offre suffisamment de capacité pour émettre 25 à 28 chaînes.<sup>88</sup> Ceci démontre que la capacité potentielle des réseaux TNT devrait amplement suffire pour lancer une offre concurrentielle, étant donné que 10 chaînes représentent plus de 85% du temps de vision total. Notons aussi, à titre de comparaison, que les offres analogiques des câblodistributeurs ne comportent qu'une trentaine de chaînes. Le succès que connaissent certaines offres à bas prix avec un contenu réduit dans certains pays européens témoigne bien du potentiel de concurrence que représente cette plateforme.
  123. La TNT offre une qualité d'image équivalente à la télévision numérique par le câble, le DSL ou le satellite. Elle permet également de fournir les services Teletext et EPG. En outre, comme le reconnaît le projet de décision, une offre interactive est également possible.
  124. En Flandre, la couverture « outdoor » de la TNT dépasse les 95% et la couverture « indoor » atteint déjà les 80%. Le réseau de la RTBF couvre aussi toutes les zones densément peuplées de Wallonie en réception portable (antenne de salon) et la plupart des zones à faible densité de population en couverture fixe (antenne de toit).<sup>89</sup>
  125. La plupart des téléviseurs récents sont équipés d'un récepteur TNT (« DVB-T tuner ») intégré, de sorte qu'il suffit d'installer une antenne « indoor » bon marché pour capter les émissions.
  126. Le succès de la TNT dans d'autres pays européens (notamment en Allemagne, en France ou aux Pays-Bas) démontre qu'il est possible de développer une offre concurrentielle sur la base de cette plateforme. Ainsi, aux Pays-Bas KPN offre actuellement une offre de TV par TNT sur le marché et dispose déjà d'une part de marché de 12% (soit 900.000 utilisateurs finals).
  127. L'enquête de marché de l'IBPT démontre que la raison principale pour laquelle la TNT est encore peu utilisée en Belgique n'est pas attribuable à des barrières à l'entrée ni à une quelconque préférence marquée dans le chef du consommateur, mais bien à une relative ignorance de l'existence du service. Plus de 80% des personnes interrogées ont en effet répondu ne pas connaître l'offre TNT.<sup>90</sup> Ceci constitue bien évidemment un obstacle facile à surpasser puisqu'il suffit à un opérateur avec une

---

<sup>87</sup> Toutes les chaînes radio des organismes de radiodiffusion publiques sont disponibles en DAB (10 chaînes VRT, 5 chaînes RTBF et BR1).

<sup>88</sup> « Digitale tv via antenne is toekomstmuziek », *De Standaard* 16 november 2010.

<sup>89</sup> <http://www.rtf.be/entreprise/reception-tnt>. Le sous-développement relatif de la TNT en Wallonie est due au fait que le réseau n'a pas encore été privatisé et que la RTBF n'a pas consenti les investissements nécessaires. Il serait souhaitable que le CSA se penche sur l'accès de tiers au réseau TNT de la RTBF afin de stimuler le développement de cette technologie.

<sup>90</sup> Voy. réponses à la question 15 de l'enquête de marché de l'IBPT.

base de clientèle existante (comme un opérateur mobile, un vendeur de hardware etc.) de l'inclure dans son offre pour permettre un développement rapide du produit. D'ailleurs, à la question de savoir si le consommateur serait prêt à envisager de prendre la TV via la TNT dans le cas où cette offre était considérablement moins chère que l'abonnement actuel, 19% des réponses ont confirmé un intérêt pour cette technologie (voy. réponses à la question 17 de l'enquête de marché de l'IBPT).

128. Mobistar a d'ailleurs confirmé son intérêt pour cette forme d'accès en indiquant que la TNT lui permettrait de proposer « *une offre de télévision avec une quinzaine de chaînes pour des utilisateurs qui ne sont pas demandeurs de bouquets très étoffés, ou encore pour une utilisation dans une résidence secondaire* »<sup>91</sup>.
129. En conclusion, la TNT, la TV mobile et la WebTV présentent certes des différences fonctionnelles par rapport à la télévision classique et ne sont pas tarifées de la même façon, mais ceci ne justifie pas pour autant leur exclusion du marché de services. Au contraire, ces différences peuvent même créer un dynamisme différent en permettant aux acteurs de déployer des business modèles différents ou de lancer des produits novateurs. Comme nous venons de le rappeler, les Lignes Directrices n'exigent pas que les services soient parfaitement substituables, mais uniquement qu'ils soient *suffisamment* substituables.
130. Rappelons aussi que l'OPTA a inclus la TNT, la fibre et le satellite dans le même marché de services, malgré les différences en termes de fonctionnalité, de caractéristiques techniques, de prix et de parts de marché entre les services concernés, et malgré le faible degré de substitution effective observé. OPTA a considéré qu'une définition trop étroite du marché pourrait aboutir à une sous-estimation de la pression concurrentielle exercée par ces infrastructures alternatives dans le cadre de l'analyse PMS. OPTA a donc privilégié une définition très large du marché, jugée plus appropriée dans le contexte d'une analyse *ex ante* prospective<sup>92</sup>. Cette définition large du marché de produits a été confirmée en appel par le College van Beroep voor

---

<sup>91</sup> « Le marché de la télé n'est pas cadennassé », *Le Soir*, 11 février 2011.

<sup>92</sup> OPTA, Marktanalyse Omroep (verzorgingsgebied CAIW), 5 maart 2009, §332 : « *Het college komt desalniettemin tot de conclusie dat het hanteren van een brede afbakening ten behoeve van de retail dominantieanalyse op zijn plaats is, waarbij de levering van rtv-signalen en toegang tot kabelnetwerken, satellietnetwerken, digitale ether (DVB-T), DSL en glasvezel tot dezelfde relevante markt worden gerekend. Het college komt ondanks de in omvang beperkte overstap en de indicatoren die wijzen op een nauwe afbakening tot een brede afbakening omdat het college, bij afwezigheid van een SSNIP-test, prospectief gezien waarde hecht aan de (toenemende) substitueerbaarheid van de verschillende omroeptransmissieplatforms. Daarbij acht het college van belang dat het voor de materiële beoordeling van de concurrentieverhoudingen op de retailmarkt niet uitmaakt of een brede of nauwe afbakening wordt gehanteerd. Het hanteren van een brede afbakening leidt ertoe dat het college in de dominantieanalyse de concurrentiedruk die de verschillende omroeptransmissieplatforms op elkaar uitoefenen ten volle beoordeelt. Aangezien de analyse erop gericht is om vast te stellen of CAIW over AMM beschikt, acht het college het daarom passender om een brede afbakening te hanteren.* » Nous soulignons.

het Bedrijfsleven, notant la substituabilité croissante des plateformes alternatives et l'absence d'obstacles significatifs à la migration<sup>93</sup>.

iii) La concurrence des offres groupées

131. Le projet de décision reconnaît que « *le marché de la radiodiffusion s'imbrique de plus en plus dans le marché de l'internet à large bande et de la téléphonie mobile en raison de l'augmentation constante des offres 'multi play'.* »<sup>94</sup> Le succès des offres groupées auprès des consommateurs est également confirmé par l'enquête de marché effectuée par l'IBPT. Il ressort en effet de cette étude qu'entre 60% et 70% des personnes interrogées indiquent qu'elles achètent des services de télécommunications sous la forme d'une offre groupée<sup>95</sup>. 77% des participants renseignent en outre qu'ils achètent la télévision et au moins un autre service de télécommunication auprès du même opérateur<sup>96</sup>. Enfin, pour 18% des participants, la disponibilité d'une offre groupée est la raison principale pour laquelle ils ont choisi leur fournisseur de télévision<sup>97</sup>.
132. L'évolution des ventes des offres *multiplay* sur le marché belge confirme leur importance croissante. Cette tendance ressort du tableau ci-dessous qui compare les ventes d'offres *multiplay* de Belgacom, Telenet et VOO au cours des cinq dernières années. Il démontre la croissance exponentielle des "packs" qui représentent maintenant la moitié des offres *multiplay*.<sup>98</sup>

---

<sup>93</sup> College van Beroep voor het Bedrijfsleven, 18 août 2010, AWB 09/536-09/539 et 09/541-09/548, Delta, KPN, UPC, CAIW, YouCa et Tele2 c. OPTA, points 6.1 à 6.3. Disponible sur [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) (LJN : BN4243).

<sup>94</sup> Projet de décision du CSA, §56 ; Projet de décision du Medienrat, §56 ; Projet de décision du VRM, §56 ; Projet de décision de l'IBPT, §56.

<sup>95</sup> Cf. questions 39, 40 et 41.

<sup>96</sup> Question 38 : 02 + 04 + 05 + 07 + 09 + 10 + 11.

<sup>97</sup> Question 6.

<sup>98</sup> Les données Tecteo n'incluent pas les bundle avec TV analogique et/ou DTV non interactive.

- 
133. Il est donc évident que les offres *multiplay* jouent un rôle important dans la dynamique concurrentielle. La convergence aura pour effet d'accentuer cette tendance dans les années à venir. Il est pour le moins étonnant de constater que le projet de décision ignore cette réalité du marché et examine les services de télévision de façon isolée.
134. La note explicative accompagnant la Recommandation de la Commission concernant les marchés pertinents reconnaît explicitement l'importance des offres groupées pour la définition des marchés<sup>99</sup>. Cette note indique que les ARN doivent évaluer la substituabilité du côté de la demande des offres groupées avec les services individuels au moyen du test du monopoleur hypothétique : « *If, in the presence of a small but significant non-transitory increase in the price there is evidence that a sufficient number of customers would 'unpick' the bundle and obtain the service elements of the bundle separately, then it can be concluded that the service elements constitute the relevant markets in their own right and not the bundle.* »<sup>100</sup>
135. L'achat d'une offre groupée permet souvent aux consommateurs de faire des économies importantes par rapport au prix cumulatif des composantes individuelles de ces offres. Les offres groupées permettent aussi de réduire les coûts de transaction et de recherche. En l'espèce aucun examen n'a été effectué pour déterminer si, compte tenu de ces avantages et des coûts de migration, un monopoleur hypothétique serait en mesure d'augmenter profitablement les prix de ses offres groupées au-dessus du niveau concurrentiel. Le projet de décision n'examine pas non plus si, en cas d'une augmentation du prix des abonnements de télévision, il y aurait un effet de substitution inverse avec les offres groupées comprenant la télévision. **Cette absence de prise en compte des offres groupées met en doute la validité** tant de la

---

<sup>99</sup> Explanatory note, section 3.2.

<sup>100</sup> Explanatory note, p. 16.

définition du marché de services que de la définition du marché géographique (voir plus loin).

136. L'importance de la prise en compte des offres groupées est également soulignée par un rapport récent du BEREC concernant l'impact des offres groupées sur la définition des marchés de détail et de gros<sup>101</sup>. Le rapport montre qu'en fonction du degré de substituabilité entre l'offre groupée et les services individuels, l'exercice de définition du marché peut conduire à des résultats divergents :
- Des marchés distincts pour chaque service individuel et un marché séparé pour l'offre groupée ;
  - Des marchés distincts pour chaque service individuel, l'offre groupée faisant partie de chacun de ces marchés ;
  - Un seul marché pour les offres groupées, et pas de marchés distincts pour les services individuels ;
  - Un seul marché comprenant l'offre groupée et ses éléments constitutifs.
137. A titre de comparaison, il est intéressant de noter que dans son deuxième projet de décision relative à l'analyse du marché 1 (accès au réseau téléphonique public en position déterminée), l'IBPT a inclus les offres combinées accès voix + internet dans sa définition du marché. Il a en effet considéré qu'il existait une substituabilité suffisante entre l'abonnement de téléphone classique et ces offres « *dual play* » pour inclure ces dernières dans la définition du marché de produits<sup>102</sup>. Dans son avis sur le premier projet de décision, le Conseil de la concurrence lui aussi avait conclu à l'existence d'un effet de substitution en sens inverse : « *en regard de la différence de prix existant entre les offres groupées et la somme des prix des composants, des coûts de migration pour les utilisateurs et des disparités dans les préférences des utilisateurs pour les différents produits composant des offres groupées, une hausse légère mais durable du prix de ces offres groupées inciterait un nombre suffisamment élevé d'utilisateurs à se tourner vers l'achat des différentes composantes, rendant cette hausse de prix non profitable.* » Comme l'indique le BEREC, la substitution entre les offres groupées et les composantes individuelles n'est cependant pas nécessairement symétrique.<sup>103</sup>

<sup>101</sup> BEREC report on impact of bundled offers in retail and wholesale market definition, BoR (10) 64, décembre 2010.

<sup>102</sup> « *L'Institut estime [...] probable qu'en cas de hausse de prix légère mais permanente de l'abonnement de téléphone classique, un nombre suffisamment grand d'utilisateurs migreront vers un pack vocal et internet, ce qui réduira à néant les effets favorables de la hausse de prix pour l'opérateur téléphonique.* » Conseil de la Concurrence Avis 2009-A/A-02 du 25 novembre 2009, p. 8.

<sup>103</sup> BoR (10) 64, p. 16. Par exemple, il est possible que les offres groupées contraignent les prix des composantes, mais que l'inverse ne soit pas le cas. Le BEREC indique que dans un tel scénario, « *the bundle could be in the market as defined with the individual service as the focal product, but the individual service would not be in the market when defined with the bundle as the focal product.* »

138. Les années à venir vont aussi voir une croissance des offres « *everywhere* » qui permettront aux utilisateurs finals de bénéficier des services multiplay avec une fonctionnalité de mobilité accrue (per le biais de connexions 3G, LTE ou WiMax). Les ventes de hardware de type iPhone, iPad et autres démontrent bien l'importance que revêt cette mobilité dans le choix du consommateur. Ce phénomène, ignoré dans la définition de marché, a aussi un impact sur le marché de services qui ne peut pour cette raison se limiter aux réseaux fixes. Les offres combinées requièrent par contre un accès sur des réseaux fixes et mobiles.
139. Quoi qu'il en soit, tout ceci confirme que l'application du test SSNIP aux offres groupées peut modifier de manière significative la définition des marchés pertinents. Or, une autre délimitation des marchés pertinents est susceptible d'affecter le résultat tant du test des trois critères que de l'analyse PMS. Le manque de prise en compte des offres groupées dans l'analyse de substituabilité constitue donc potentiellement un vice de construction fondamental dans l'édifice du projet de décision.

### **3. Définition du marché géographique**

140. Les Lignes Directrices de la Commission définissent le marché géographique pertinent comme « *le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans la fourniture ou la demande des produits ou services pertinents, où elles sont exposées à des conditions de concurrence similaires ou suffisamment homogènes et qui se distingue des territoires voisins sur lesquels les conditions de concurrence sont sensiblement différentes. La définition du marché géographique n'implique pas que les conditions de concurrence entre négociants ou prestataires de services soient parfaitement homogènes. Il suffit qu'elles soient similaires ou suffisamment homogènes* ». <sup>104</sup>
141. Les Lignes Directrices ajoutent que, dans le secteur des communications électroniques, la portée géographique du marché pertinent est traditionnellement déterminée par référence à deux critères principaux : (i) le territoire couvert par un réseau, et (ii) l'existence d'instruments juridiques (législatifs et réglementaires). Dans certains cas, il peut cependant s'avérer nécessaire d'étendre la portée géographique du marché défini sur la base de ces deux critères en raison du phénomène dit de « substituabilité en chaîne ».
142. Le projet de décision retient une segmentation géographique par zones de couverture des réseaux câblés principalement pour deux raisons :
- l'absence de substitution des offres de radiodiffusion des réseaux câblés du côté de la demande ou de l'offre ;
  - l'absence d'effet de substitution en chaîne démontrée entre des réseaux câblés, situés dans différentes zones de couverture géographique.

---

<sup>104</sup> Lignes Directrices, § 56. Nous soulignons.

143. Selon le projet de décision, cette conclusion est renforcée par l'existence de différences entre les zones de couverture des câblo-opérateurs en termes de parts de marché et de pénétration du câble, la diversité des offres de télévision et l'hétérogénéité entre les réglementations.
144. En ce qui concerne les prix, le projet de décision reconnaît lui-même qu'il existe une certaine homogénéité sur tout le territoire national.
145. L'importance d'analyser correctement la dimension géographique du marché a récemment été confirmée par l'arrêt d'annulation prononcé par le College van Beroep voor het Bedrijfsleven. Le Collège a en effet annulé la décision de l'OPTA visant à réguler l'accès sur les réseaux câblés au motif que celle-ci était basée sur une définition erronée du marché géographique. L'arrêt confirme qu'il ne suffit pas de constater que les conditions de concurrence ne sont pas entièrement homogènes sur le territoire national pour segmenter le marché sur une base géographique<sup>105</sup>. Sur base d'une analyse des critères principaux (caractéristiques des offres, tarifs, évolution des parts de marchés, etc), le Collège avait constaté qu'il n'y avait pas d'éléments probants pour justifier le fait de retenir chaque zone de couverture d'un câblo-opérateur comme un marché séparé.<sup>106</sup>

*i) Substitution du côté de la demande et de l'offre*

146. En ce qui concerne la substitution du côté de la demande, il est clair que les différentes offres de télévision par le câble ne sont pas *directement* substituables, étant donné que les zones de couverture des câblo-opérateurs ne se superposent pas. Un client qui réside dans la zone de couverture d'un câblo-opérateur ne peut donc pas utiliser les services d'un autre câblo-opérateur, du moins pas sans déménager.
147. La similarité entre les prix des abonnements de télévision numérique par le câble indique cependant que les câblo-opérateurs sont en concurrence *indirecte*, en raison de la pression concurrentielle uniforme émanant des offres d'autres opérateurs actifs à l'échelle nationale comme Belgacom, Mobistar, ou autres.
148. Les derniers résultats annoncés par Mobistar en février 2011 sont aussi illustratifs de l'absence de différence géographique sur le marché belge. L'offre Starpack a en effet connu un succès sur l'ensemble du territoire belge. Astel a commenté les résultats de Mobistar comme suit : [...] *Mobistar a dévoilé deux graphiques très intéressants. Le premier est une carte de la Belgique sur laquelle chaque point blanc représente le lieu de livraison d'un Starpack. Le résultat est impressionnant puisqu'on peut constater que les livraisons se répartissent sur l'ensemble du territoire belge. C'est*

<sup>105</sup> College van beroep, zaak AWB 09/536-09/539, 18 août 2010, « *Voor de afbakening van de geografische markt wordt niet vereist dat de mededingingsvoorwaarden tussen de handelaars [...] volstrekt homogeen zijn. [...]* » (considérant 6.6).

<sup>106</sup> « *Uit het vorenstaande maakt het College de gevolgtrekking dat, omdat OPTA niet aannemelijk heeft gemaakt dat sprake is van duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden in de verzorgingsgebieden van de kabelbedrijven, de geografische markt niet is afgebakend in overeenstemming met punt 56 van de Richtsnoeren.* » Idem.

*donc un véritable succès national puisque Mobistar TV a réussi à séduire aussi bien le Nord que le Sud du pays, ainsi que toute la région bruxelloise. Pour rappel, en utilisant le satellite, Mobistar est en mesure de couvrir la totalité du territoire belge. »* (nous soulignons)<sup>107</sup> Ces résultats de Mobistar n'étonnent d'ailleurs pas puisque Mobistar a clairement confirmé qu'elle a opté pour le satellite compte tenu de son souhait d'avoir une plateforme permettant une couverture nationale<sup>108</sup>. Mobistar considère donc bien que le marché pertinent pour l'élaboration d'une stratégie commerciale est le marché national.

149. Enfin, l'analyse du marché géographique manque de tenir compte de l'impact lié à la dynamique des offres multiplay sur le marché. Nous avons déjà démontré ci-dessus que ces offres revêtent une grande importance à l'heure actuelle. Or, ces offres renforcent de manière évidente la dimension nationale du marché puisque les principales composantes peuvent être fournies par des opérateurs disposant de réseaux avec des couvertures nationales (Belgacom, Mobistar, KPN Group Belgium, ...). Seuls les câblo-opérateurs opèrent dans des zones de couverture limitées. Ces opérateurs devront cependant adapter leurs offres en fonction d'une pression concurrentielle qui dépasse leur zone de couverture.<sup>109</sup> L'homogénéité des prix pour les packs démontre bien la dimension nationale que revête la concurrence pour ces services.

ii) Effet de substitution en chaîne

150. Dans les Lignes Directrices sur la définition des marchés pertinents, la Commission européenne rappelle qu'il existe des cas « où il peut être nécessaire d'étendre la portée géographique du marché pertinent pour tenir compte des produits ou des territoires qui, bien que n'étant pas directement substituables, doivent être inclus dans la définition du marché en raison du phénomène dit de substituabilité en chaîne. »<sup>110</sup> Un effet de substitution en chaîne entre les câblo-opérateurs peut notamment se manifester « en raison de la présence d'une plateforme de télévision alternative pratiquant une stratégie de prix nationale et étant active sur chacune des zones de couverture des câblo-opérateurs. »<sup>111</sup>
151. Les exemples d'application de la théorie de substitution en chaîne dans la pratique des autorités de la concurrence et des ARN ne manquent pas. Ainsi, dans une décision concernant l'acquisition du fournisseur d'internet large bande Easynet par le fournisseur de télévision par satellite BSkyB, l'autorité de la concurrence britannique

<sup>107</sup> [http://www.astel.be/Les-nouveautes-Mobistar-TV-attendues-en-2011-VOD-chaines-HD\\_3853](http://www.astel.be/Les-nouveautes-Mobistar-TV-attendues-en-2011-VOD-chaines-HD_3853).

<sup>108</sup> Voy. interview de Mr B. Scheen parue dans Le Soir, « Le marché de la télé n'est pas cadennassé », 11 février 2011.

<sup>109</sup> Dans certains pays (comme au Royaume-Uni ou en Autriche) les câblo-opérateurs utilisent d'ailleurs l'accès au réseau DSL pour étendre l'offre de services.

<sup>110</sup> Lignes Directrices, §62.

<sup>111</sup> Projet de décision du CSA, §157 ; Projet de décision du Medienrat, §157 ; Projet de décision du VRM, §157 ; Projet de décision de l'IBPT, §157..

a considéré que « *[d]espite the geographic limitation of some of the providers e.g., cable networks, all the services under consideration are provided and priced on a national basis. Accordingly the merger is considered within a national frame of reference.* »<sup>112</sup> Aux Pays-Bas, OPTA a considéré que les câblo-opérateurs sont en concurrence indirecte les uns avec les autres sur le marché de l'internet à large bande à cause de la pression concurrentielle uniforme exercée par les opérateurs DSL.<sup>113</sup> Dans sa décision concernant l'acquisition de Scarlet par Belgacom, le Conseil de la concurrence belge a décidé que l'analyse d'OPTA s'appliquait aussi *mutatis mutandis* au marché belge de l'internet à large bande.<sup>114</sup> Ces conclusions sont également pertinentes pour le marché de radiodiffusion télévisuelle, surtout si l'on prend en considération que, selon l'enquête de marché de l'IBPT, pas moins de 67% des consommateurs achètent l'internet et la télévision chez le même fournisseur,<sup>115</sup> sans doute le plus souvent sous forme d'une offre groupée.

152. Le meilleur indicateur de l'existence d'un effet de substitution en chaîne sur le marché belge est l'absence de différences de prix significatives entre les zones de couverture des câblo-opérateurs.<sup>116</sup> Il convient donc d'examiner si les prix pratiqués par les différents câblo-opérateurs sont suffisamment proches pour conclure que la stratégie de prix national pratiquée par Belgacom (et Mobistar) exerce une pression concurrentielle uniforme sur tout le territoire national.
153. En Belgique, tant Belgacom que Mobistar sont présents sur à peu près tout le territoire national et pratiquent une stratégie de prix national(e). Le projet de décision reconnaît

---

<sup>112</sup> OFT, décision du 30 janvier 2005, BSKyB Broadband Services Ltd/Easynet Group PLC, §13.

<sup>113</sup> OPTA, Besluit marktanalyse wholesale breedbandtoegang, 19 décembre 2008, §294 : « *Omdat KPN landelijk gelijke tarieven hanteert zorgt KPN voor een gemeenschappelijke prijsbeperking, omdat andere aanbieders via het landelijke aanbod van KPN indirect met elkaar concurreren. Niet alleen KPN, maar ook alternatieve DSL-aanbieders en kabelexploitanten zorgen (alhoewel in mindere mate) voor een gemeenschappelijke prijsbeperking. Zo overlapt het dekkingsgebied van alternatieve DSL-aanbieders ten dele met het dekkingsgebied van de meeste (maar in ieder geval de grootste) kabelexploitanten waardoor kabelexploitanten indirect via de alternatieve DSL-aanbieders met elkaar concurreren. Andersom geldt deze prijsbeperking ook. Kabelexploitanten zorgen weer voor een prijsbeperking voor het aanbod van alternatieve DSL-aanbieders, omdat het dekkingsgebied van de meeste (in ieder geval de grootste) kabelexploitanten veelal overlapt met tenminste twee alternatieve DSL-aanbieders. Zo is er sprake van een gezamenlijke prijsbeperking op de markt voor breedbandinternettoegang.* »

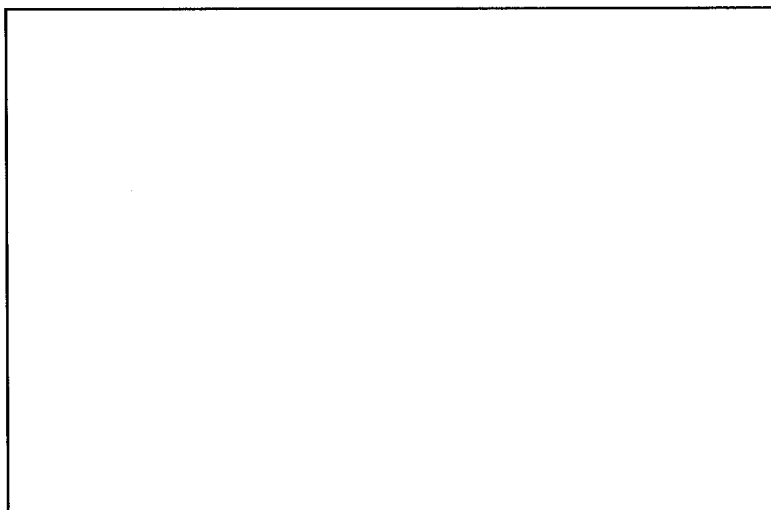
<sup>114</sup> Conseil de la concurrence, Décision n° 23008-C/C-59 du 7 novembre 2008, aff. MEDE-C/C-08/0006, Belgacom/Scarlet, § 98 : « *Al geldt voor de Belgische markt niet of slechts in zeer beperkte mate dat de dekkingsgebieden van kabeloperatoren elkaar overlappen, toch kan de vaststelling van OPTA voor het overige mutatis mutandis ook opgaan voor de Belgische markt.* »

<sup>115</sup> Question 38 : 02 + 07 + 08 + 09 + 11.

<sup>116</sup> Comme le souligne l'ERG, « *A national uniform price of an operator with a national coverage might [...] have the effect that competitive pressure in some areas will be felt on a national level with the result that there are no significant differences in prices.* » ERG Common Position on Geographic Aspects of Market Analysis (definition and remedies), octobre 2008, ERG (08) 20 final. Nous soulignons.

d'ailleurs que Belgacom « applique un prix uniforme et national. »<sup>117</sup> Le projet de décision confirme en outre que les offres IPTV de Belgacom et les offres de TV numérique des différents câblo-opérateurs ont des prix similaires.<sup>118</sup>

- Les prix des abonnements de télévision numérique se situent entre € 12,5 (Belgacom TV et VOO) et € 15,5 (Numericable), sous réserve que le client TV de Belgacom opte aussi pour l'offre de téléphone. Dans le cas où le client dispose uniquement du service TV chez Belgacom, le prix est de 27,50 € chez Belgacom contre 12,50 € chez VOO. Les tarifs de location du décodeur sont également très similaires (entre € 5 et € 8). Ainsi, le coût mensuel d'un abonnement numérique (cable ou DSL) se situe entre € 18,5 (Belgacom TV et VOO) et € 21,33 (Telenet), si on fait abstraction de la surcharge de € 15 pour les clients sans téléphone de Belgacom. Ajoutons par ailleurs que les frais d'activation et d'installation sont aussi pratiquement les mêmes chez tous les opérateurs.

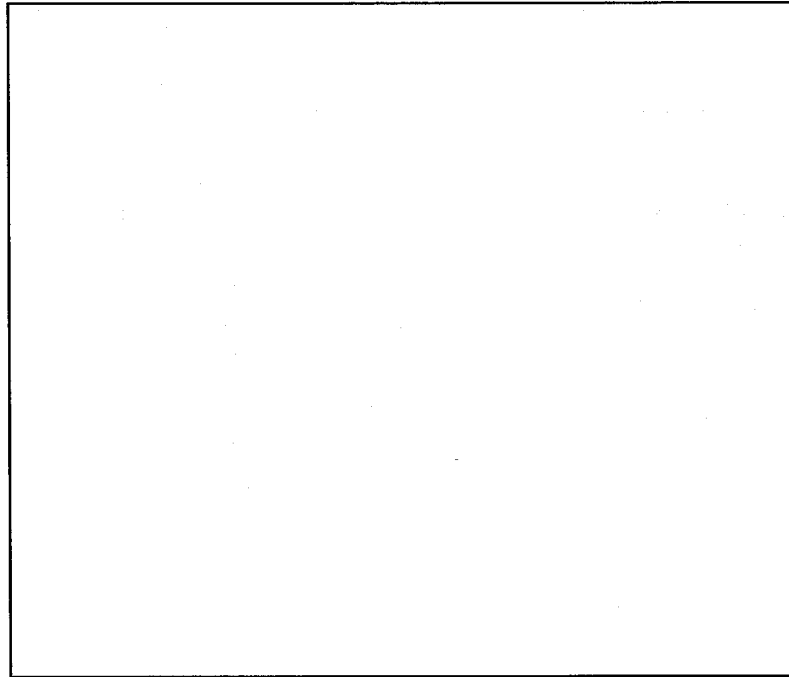


- La même homogénéité des prix se retrouve au niveau des offres groupées. Ainsi, le graphique ci-dessous compare les offres *triple play* des principaux opérateurs actifs sur le marché belge et démontre bien l'homogénéité des prix.

---

<sup>117</sup> Projet de décision du CSA, §158 ; Projet de décision du Medienrat, §158 ; Projet de décision du VRM, §158 ; Projet de décision de l'IBPT, §158.

<sup>118</sup> Projet de décision du CSA, §98 et 170 ; Projet de décision du Medienrat, §98 et 170 ; Projet de décision du VRM, §98 et 170 ; Projet de décision de l'IBPT, §98 et 170.



154. Cette similarité des prix crée une forte présomption qu'il n'existe pas de différences suffisantes entre les conditions concurrentielles dans les différentes zones de couverture des câblo-opérateurs pour justifier la délimitation de marchés subnationaux. A ce propos, l'ERG observe que « *if prices (of the incumbent and alternative operators) are geographically uniform i.e. do not differ by geographic areas, then this may be indicative of there being insufficient geographic variations in competitive conditions to justify the definition of local geographic markets.* » L'ERG ajoute cependant que ceci n'est pas toujours le cas, parce que « *there may be cases where, from a consumer perspective, significant differences exist between 'competitive' and 'non-competitive' areas despite a national uniform price of the incumbent operator. [...] When setting a national uniform price, a profit-maximizing incumbent operator faces a trade-off between setting the monopoly price in areas where it is the only operator and setting a lower (competitive) price in areas where it is competing with other operators. The result is likely to be a compromise between these two prices [...]. If the competitive area is sufficiently large, the price of the incumbent operator as well as the differences in prices between the incumbent operator and the competitors will be low (close to the competitive level). Under such circumstances the definition of a national market based on a common pricing constraint can be justified. However, in cases where the competitive area is smaller, the monopoly price has more weight in the incumbent operator's price setting decision and there may be significant price differences between the price of the incumbent and the price of alternative operators. [...] In such cases a common pricing constraint may not be a good argument for a national market despite the existence of a national uniform price of the incumbent operator.* »<sup>119</sup> En Belgique, c'est clairement le premier cas de figure qui décrit le mieux les circonstances effectives. En effet, il n'y a pas de zones « *non-concurrentielles* », sauf peut-être la

---

<sup>119</sup> ERG (08) 20 final, pp. 14-15.

zone AIESH où Belgacom est le seul fournisseur de la télévision numérique (abstraction faite des fournisseurs satellite). En outre, comme nous venons de le voir, les prix de Belgacom ne sont pas sensiblement plus élevés que ceux des câblo-opérateurs si le client dispose du service téléphonique. Le cas échéant, ils sont à peu près identiques aux prix de VOO (Brutélé).

155. L'ERG souligne encore que dans une approche « *greenfield modifiée* », la stratégie de prix uniforme de l'opérateur historique national n'entre en ligne de compte que si elle ne résulte pas d'une réglementation ex ante: « *the national uniform price is (ceteris paribus) not a useful indicator for a national market if it is imposed as the result of an SMP finding. The reasoning above however applies to situations where the incumbent operator is 'voluntarily' setting a national uniform price as well as for situations where it is obliged to do so due to a non-SMP regulation.* »<sup>120</sup> En l'espèce, la tarification uniforme de Belgacom relève bien d'une stratégie volontaire et non d'obligations imposées par l'IBPT.
156. Au lieu de prendre en considération les prix de détail comme indicateurs *directs* de l'existence d'un effet de substitution, le régulateur a opté pour une analyse économétrique, basée sur des estimations de la marge brute moyenne par client et de l'élasticité du prix.
157. Brutélé ne dispose, à ce stade, que des données chiffrées jugées non confidentielles pour Brutélé que le régulateur a utilisées pour son analyse. D'après notre compréhension, les chiffres utilisés ne revêtent clairement pas un caractère confidentiel et doivent donc être communiqués. Qui plus est, un nombre important de questions se posent par rapport à la méthodologie sur laquelle repose cette analyse, comme par exemple le type de services (qui sont) considérés, la date à laquelle les données se rapportent, les zones pour lesquelles les calculs ont été effectués, la taille de l'échantillon etc.
158. Néanmoins, sur base des informations reçues, il ressort que le régulateur a utilisé une hypothèse d'élasticité croisée de 1,11 qui est basée sur les hypothèses que 22% des ménages considèrent le prix comme un critère important dans le choix du fournisseur et que 50% de ces personnes changeraient de fournisseur dans le cas d'une modification de prix de 10%. Sur base de ces hypothèses, le régulateur conclut que l'opérateur d'une région spécifique n'aurait pas intérêt à modifier son prix si l'opérateur national Belgacom a modifié son prix (nous nous référons ici à la deuxième partie de la substitution en chaîne).
159. Premièrement, le « *churn* » retenu (50%) semble arbitraire et à tout le moins non-fondé. Ce chiffre a pourtant une influence déterminante sur le résultat du calcul. Un taux de *churn* à partir de 65% conduit déjà une conclusion opposée. Un chiffre aussi critique pour le calcul de substitution en chaîne ne peut être défini sans fondement factuel. Par ailleurs, vu que ce pourcentage de *churn* s'applique aux clients sensibles au prix, un taux de 100% pourrait aussi être justifié.

---

<sup>120</sup> ERG (08) 20 final, p. 15.

160. Deuxièmement, le régulateur retient une hypothèse de 22% comme pourcentages de clients sensibles au prix. Ce pourcentage est tout aussi critique et conduit à un taux d'élasticité croisée de 1,11. Ce pourcentage devrait, selon nous, être revu notamment en comparant ce chiffre aux données factuelles fournies par l'analyse « conjointe » faite par Tecteo en 2009 et décrite dans le point suivant.

161.



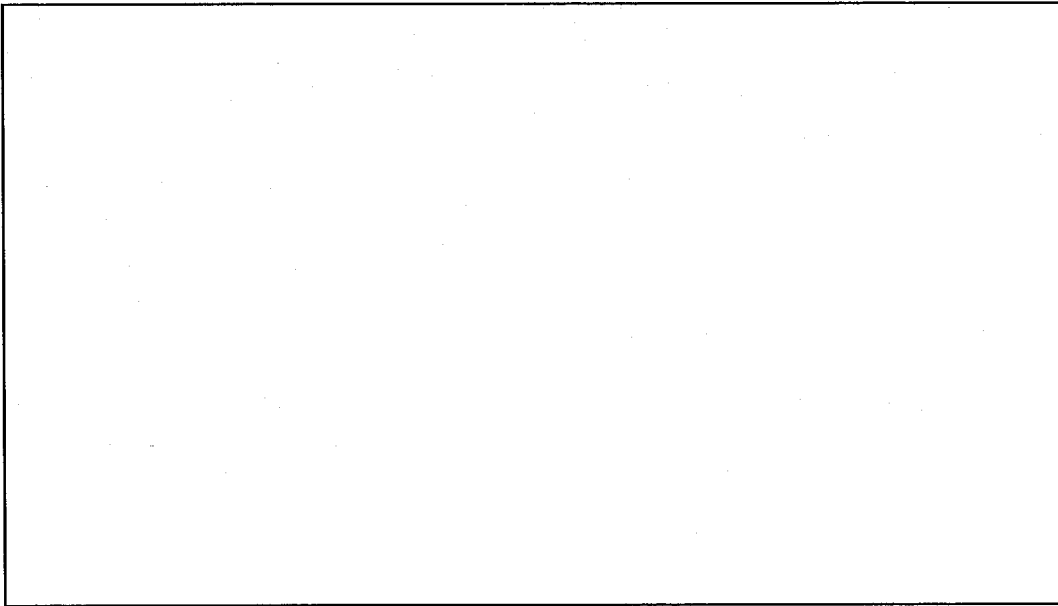
162. Par ailleurs, afin de permettre au régulateur de revoir ses calculs, Tecteo a aussi procédé à ses propres calculs économétriques de la substitution en chaîne. Ceux-ci confirment bien l'existence d'une pression concurrentielle. Ainsi, un consultant externe a effectué une analyse d'élasticité croisée entre les offres de VOO et de Belgacom sur base des résultats d'une analyse « conjointe » (de préférence)<sup>121</sup> qui avait été effectuée en 2009.

163.

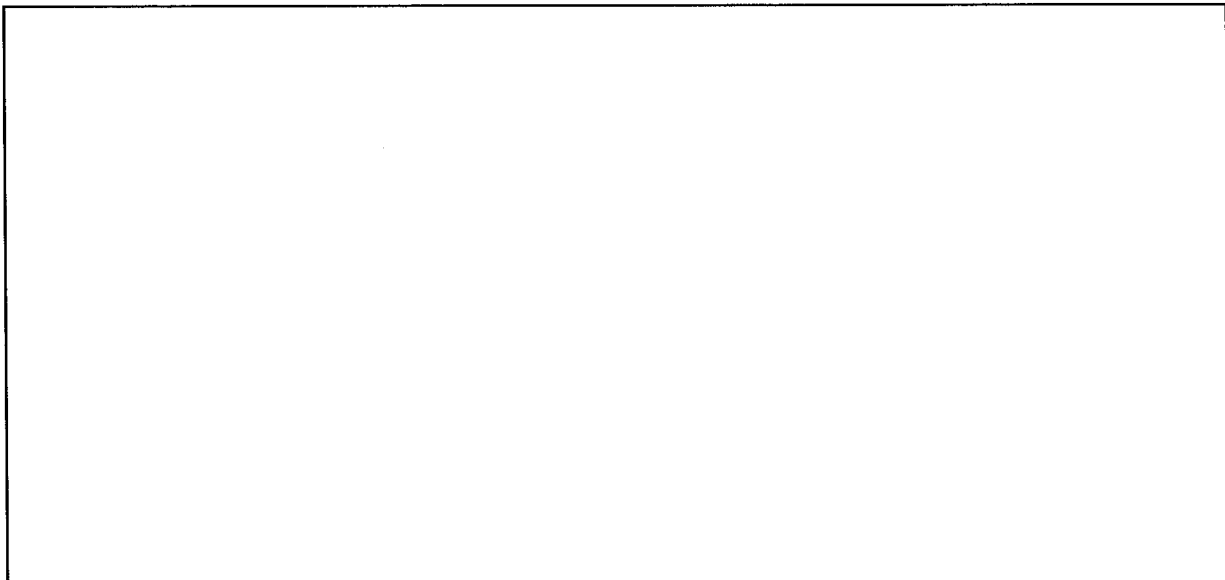


---

<sup>121</sup> Cette étude a donc été effectuée *in tempore non suspecto* par un consultant externe.



164. En outre, des calculs effectués par le consultant externe sur base des résultats de cette analyse conjointe, il ressort [REDACTED]. Ce résultat confirme donc bien la nécessité pour VOO de s'assurer que ses prix restent concurrentiels face à une réduction tarifaire de Belgacom, ce qui contredit le résultat de la deuxième branche de la substitution en chaîne calculée par le régulateur. Les résultats du calcul de l'élasticité croisée fait par Tecteo en 2009 sont repris dans le schéma ci-dessous:



165. Brutélé invite dès lors le régulateur à revoir ses calculs relatifs à la substitution en chaîne sur base des données reprises ci-dessus.

iii) Diversité des offres

166. Le projet de décision indique que les offres des différents câblo-opérateurs se caractérisent par une grande diversité, tant au niveau des chaînes standard et premium que des services additionnels. Ceci constitue un élément supplémentaire au support de la segmentation géographique du marché.
167. Dans le contexte de l'analyse de substituabilité, ces différences ne sont cependant pertinentes que dans la mesure où elles sont susceptibles d'influencer le choix des opérateurs. De légères différences dans la composition des « bouquets » de chaînes ne justifient donc pas pour autant la conclusion que les offres ne sont pas substituables du côté de la demande.
168. De prime abord, nous constatons qu'en termes de contenu, l'offre analogique de tous les câblo-opérateurs comprend entre 24 et 31 chaînes.<sup>122</sup> Les offres numériques (câble + DSL) comprennent généralement autour de 70 chaînes,<sup>123</sup> avec Numericable (120 chaînes) comme seule exception.<sup>124</sup> Il n'y a donc pas de variations importantes en ce qui concerne le nombre de chaînes.
169. Quant à la sélection des chaînes, il faut souligner que, dans chaque communauté linguistique, les 7 à 8 chaînes les plus regardées représentent 80 % du chiffre d'audience. Ce sont donc ces chaînes-là qui vont le plus influencer le choix des consommateurs. Il s'agit essentiellement des chaînes publiques et des chaînes commerciales de chaque communauté linguistique :
- En région néerlandophone : één, Canvas/Ketnet, VTM, 2BE, VT4, VijfTV et Vitaya ;
  - En région francophone : La Une, La Deux, RTL-TVI, Club RTL, TF1, France 2 et France 3.
170. Lorsque l'on examine de plus près les « bouquets » en numérique des câblo-opérateurs, on constate qu'il ne demeure qu'une seule différence essentielle entre ceux-ci, à savoir que les chaînes commerciales néerlandophones (VTM,<sup>125</sup> 2BE, VT4, VijfTV et Vitaya) ne sont pas incluses dans l'offre des câblo-opérateurs en Région wallonne. En Flandre et à Bruxelles par contre, tous les opérateurs offrent la totalité des chaînes énumérées ci-dessus. En outre, toutes ces chaînes sont également présentes dans l'offre de base de Belgacom pour l'ensemble du pays. Chez les

<sup>122</sup> Projet de décision du CSA, annexe 1 ; Projet de décision du Medienrat, annexe 1 ; Projet de décision du VRM, annexe 1 ; Projet de décision de l'IBPT, annexe 1.

<sup>123</sup> Ibidem.

<sup>124</sup> Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, cette exception est très probablement attribuable à la concurrence du satellite FTA, très populaire parmi la population issue de l'immigration à Bruxelles. En effet, les chaînes supplémentaires concernent du contenu multiethnique. Ceci démontre donc que c'est à tort que le CSA a exclu le satellite du marché de produits.

<sup>125</sup> VTM est disponible chez VOO en Communauté germanophone.

fournisseurs de télévision par satellite, il faut choisir entre une offre plutôt néerlandophone ou plutôt francophone, mais les chaînes principales dans l'autre langue sont toujours disponibles en option et, plus significativement, les deux offres linguistiques sont disponibles dans l'ensemble du pays. On voit mal comment le constat de l'absence du câble en Wallonie de 5 chaînes commerciales néerlandophones dans l'offre de VOO en Wallonie (sur un total de 70 chaînes numériques) pourrait renforcer la conclusion selon laquelle le marché géographique pertinent se limite à la zone de couverture de chaque câblo-opérateur.

*iv) Différences de législation*

171. Le projet de décision soutient que « les lois et réglementations adoptées historiquement par les Communautés et l'État fédéral et applicables dans les régions linguistiques respectives contribuent également à renforcer l'homogénéité de chaque zone de couverture des réseaux câblés ». Le projet de décision cite à titre d'exemple :
- les différentes conditions d'exploitation et de mise en conformité auxquelles les opérateurs sont soumis dans les trois Communautés et en Région Bruxelles-Capitale ;
  - les règles de « must carry » différentes d'une région linguistique à l'autre ;
  - les dispositions légales en matière de financement des chaînes locales, spécifiques à la Communauté française (à l'exception de la Région Bruxelles-Capitale).
172. Notons d'emblée que les règles mentionnées sous (1) et (3) ne sont pas pertinentes pour l'analyse de la substituabilité, dans la mesure où elles n'influencent ni les prix, ni la composition de l'offre. Le projet de décision ne soutient pas non plus que ces éléments rendent l'accès au marché sensiblement plus difficile dans une région linguistique par rapport à d'autres.
173. En outre, tous les câblo-opérateurs (sauf AIESH) sont présents dans au moins deux régions linguistiques.<sup>126</sup> Le projet de décision ne considère pourtant pas qu'il y ait lieu de faire des subdivisions à l'intérieur de leurs zones de couverture en fonction des différentes législations auxquelles ils sont soumis. En identifiant des marchés géographiques coïncidant avec les zones de couverture de chaque câblo-opérateur, alors que différentes législations sont d'application à l'intérieur de ces zones de couverture, le régulateur confirme lui-même que l'existence d'instruments législatifs différents ne constitue pas un critère pertinent pour la définition du marché géographique.

---

<sup>126</sup> Tecteo et Telenet couvrent trois régions linguistiques, Brutélé et Numericable deux. Cf. projet de décision du CSA, §38 ; Projet de décision du Medienrat, §38 ; Projet de décision du VRM, §38 ; Projet de décision de l'IBPT, §38.

174. En ce qui concerne l'impact des règles « *must-carry* » sur la composition de l'offre des différents câblo-opérateurs, nous renvoyons à la section précédente concernant l'uniformité des offres et le rôle relativement marginal de la différence en termes de contenu.
175. Soulignons enfin que les instruments législatifs et réglementaires les plus pertinents pour l'analyse de marché relèvent de la compétence de l'État fédéral. Citons notamment la législation en matière de concurrence et l'Arrêté ministériel du 20 avril 1993 portant dispositions en matière de prix, qui prévoit une procédure de demande de hausse de prix pour les abonnements de télédistribution.
176. Le projet de décision concède d'ailleurs que les éléments dérivés du droit applicable dans les régions linguistiques n'exercent qu'une « certaine » influence sur les conditions de concurrence et que ces facteurs « *n'ont pas une influence plus prépondérante que celle exercée par d'autres éléments analysés plus haut* ». <sup>127</sup> C'est dire qu'une segmentation géographique basée uniquement sur ces facteurs ne se justifierait certainement pas.

## B. L'ANALYSE DES TROIS CRITÈRES

### 1. Observations préliminaires

177. La Recommandation de la Commission concernant les marchés pertinents prévoit que les ARN, après avoir défini dans un premier temps les marchés pertinents au moyen du test du monopoleur hypothétique, doivent procéder à l'application de trois critères pour vérifier si les marchés identifiés dans le premier stade de l'analyse sont susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante*. Ces critères sont les suivants :
- La présence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée, qu'elles soient de nature structurelle, légale ou réglementaire ;
  - Une structure de marché qui ne présage pas d'évolution vers une situation de concurrence effective ;
  - L'incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul à la ou aux défaillance(s) concernée(s) du marché. <sup>128</sup>
178. Il s'agit de critères cumulatifs, c.-à-d. qu'il suffit qu'un seul ne soit pas rempli pour qu'il ne soit pas satisfait au test des trois critères.
179. L'application de ce « *test des trois critères* » précède logiquement l'analyse PMS étant donné que « *[r]egulation will only be warranted if on a market that meets the*

<sup>127</sup> Projet de décision du CSA, §182 ; Projet de décision du Medienrat, §182 ; Projet de décision du VRM, §182 ; Projet de décision de l'IBPT, §182.

<sup>128</sup> Recommandation, §5.

*three-criteria test, one or more operators are found to have significant market power.* »<sup>129</sup> Force est de constater qu'en l'espèce, le régulateur a appliqué le test des trois critères après l'analyse PMS. L'analyse des trois critères ne constitue pas une étape indépendante dans la motivation du projet de décision. Le régulateur se borne en réalité à répéter les arguments déjà utilisés pour justifier la conclusion que le marché n'est pas concurrentiel. Ceci illustre bien que le projet de décision n'est pas le résultat d'une analyse objective, mais repose plutôt sur une lecture des faits en fonction du résultat désiré.

180. Soulignons aussi que la conclusion selon laquelle un marché remplit les trois critères ne signifie pas pour autant qu'une réglementation ex ante s'impose. En d'autres termes, le résultat du test des trois critères ne préjuge pas du résultat de l'analyse PMS – sinon cette dernière serait tout à fait inutile. La démonstration qu'une ou plusieurs entreprises sur le marché pertinent possèdent un pouvoir de marché significatif est toujours une condition nécessaire préalable pour l'imposition de remèdes ex ante.<sup>130</sup> Il s'ensuit que la charge de la preuve pour l'analyse PMS est toujours plus lourde que pour l'analyse des trois critères : « *the burden of proof necessary to demonstrate that the three criteria are (or are not) met should under no circumstances be higher than the burden of proof required for a finding (or no finding) of SMP* ». <sup>131</sup>
181. Le marché pertinent identifié par le régulateur est le marché de la fourniture de signaux de télévision numériques et analogiques aux utilisateurs finaux.
182. Rappelons que ce prétendu marché ne fait pas partie de la liste des marchés pertinents jugés susceptibles de réglementation ex ante par la Commission. Il n'en a d'ailleurs jamais fait partie, puisqu'il s'agit d'un marché de détail, alors que le marché 18 de la Recommandation de 2003 (marché des « services de radiodiffusion, destinés à livrer un contenu radiodiffusé aux utilisateurs finaux ») était un marché de gros. La Commission a toujours été très réticente à inclure des marchés de détail dans la liste des marchés pertinents, compte tenu des effets pervers que peut avoir la réglementation sur la concurrence en particulier une réglementation imposée sur un marché détail. Il sera démontré que cette réticence est de mise en l'espèce.
183. Certes, l'ancien marché 18 et le marché examiné dans le projet de décision sont étroitement liés. Il dès lors intéressant de rappeler que le marché 18 a été supprimé de la liste des marchés pertinents dans la Recommandation de 2007 au motif qu'il ne satisfaisait pas au test des trois critères.<sup>132</sup> Presque toutes les ARN qui se sont penchées sur le marché 18 ont conclu qu'au moins un des critères n'était pas rempli et

<sup>129</sup> ERG Report on guidance on the application of the three criteria test, June 2008, ERG (08) 21, p. 11.

<sup>130</sup> ERG (08) 21, p. 6.

<sup>131</sup> ERG (08) 21, p. 5 et 17.

<sup>132</sup> Note explicative, p. 49. La Commission a notamment conclu que le deuxième critère n'était généralement pas rempli.

qu'il n'y avait donc pas lieu d'imposer de remèdes ex ante.<sup>133</sup> L'exclusion d'un marché de la liste des marchés pertinents implique donc une présomption que le marché ne remplit pas le test des trois critères. Il appartient aux ARN qui considèrent que des circonstances nationales spécifiques justifient une intervention régulatrice de réfuter cette présomption au moyen d'éléments suffisamment probants.

184. Enfin, il convient de rappeler que l'ARN doit suivre « l'approche greenfield modifiée » dans son analyse des trois critères tout aussi bien que dans son analyse PMS. Ceci veut dire que l'analyse doit faire abstraction de la réglementation PMS existant déjà éventuellement sur le marché concerné, mais doit en revanche prendre en compte tant la réglementation PMS qui existe sur les marchés en amont que la réglementation non-PMS qui existe sur le marché sous considération (comme par exemple la réglementation des prix ou les règles de must-carry). Comme nous le verrons ci-dessous, cette prise en compte est notamment susceptible de modifier les résultats de l'application du premier et troisième critère.

**2. Premier critère : la présence de barrières à l'entrée élevées et non provisoires**

185. La Recommandation de la Commission identifie deux catégories de barrières à l'entrée :
186. Des barrières structurelles, qui « découlent des caractéristiques initiales du niveau de la demande ou de la structure de coûts qui en découle créant des conditions asymétriques entre les opérateurs en place et les nouveaux arrivants, freinant ou empêchant l'entrée sur le marché de ces derniers ». <sup>134</sup> Parmi les indicateurs de l'existence de barrières structurelles, on peut citer la nécessité de faire des investissements irrécupérables importants pour entrer sur le marché, le contrôle par les entreprises déjà présentes sur le marché d'une infrastructure qui est difficile à dupliquer, l'existence d'économies d'échelle et de gamme importantes, l'accès

<sup>133</sup> Voir les lettres de la Commission aux ARN dans le cadre de la procédure de consultation prévue par l'article 7 (3) de la Directive Cadre: AT/2003/0018 (Autriche); DK/2007/0618 (Danemark); ES/2005/0252 (Espagne); FI/2004/0076 (Finlande); FR/2006/0335 (France); HU/2007/0734 (Hongrie); IE/2004/0042 (Irlande); IT/2006/0424 (Italie); MT/2008/0810 (Malte); PT/2007/0655 (Portugal); SE/2005/0188 (Suède); UK/2004/0111 (Royaume-Uni). Voir également ERG Experience project : Market 18 – Broadcasting transmission services to deliver broadcasting content to end-users, septembre 2006, ERG (06) 47. Les deux seules ARN ayant conclu que les trois critères étaient remplis et qui ont essayé d'imposer une réglementation ex ante sont le CSA en Belgique et OPTA aux Pays-Bas. Or, l'analyse de marché d'OPTA a été annulée en appel par le College van Beroep voor het Bedrijfsleven à cause d'une définition du marché géographique erronée, tandis que le projet de décision du CSA (Projet de décision relative au marché de gros de la livraison audiovisuelle en ligne par câble coaxial de couverture locale, projet du 17 janvier 2007) a été fortement critiqué par la Commission (lettre BE/2007/0578) et a finalement été retiré par l'autorité. Ajoutons que le projet de décision de l'IBPT concernant l'analyse du marché 18, soumis à consultation en février 2008 mais jamais adopté, concluait qu'il était « prématuré de conclure que le deuxième critère (absence d'évolution) est rempli » et que le troisième critère n'était pas rempli (§§ 265 et 267 du projet de décision). Aucun État membre n'a donc effectivement réglementé le marché 18.

<sup>134</sup> Recommandation, §9.

privilegié des « incumbents » aux marchés financiers ou leur supériorité technologique, l'intégration verticale des opérateurs etc.

187. Des barrières légales ou réglementaires qui ne résultent pas de conditions économiques « *mais de mesures législatives, administratives ou d'autres actes des pouvoirs publics ayant un effet direct sur les conditions d'entrée et/ou la position des opérateurs sur le marché pertinent.* »<sup>135</sup>
188. Le projet de décision n'identifie pas de barrières du deuxième type, mais uniquement des barrières structurelles, notamment : (i) le fait que les opérateurs concernés disposent d'une infrastructure qui n'est pas facile à dupliquer ; (ii) l'existence d'économies d'échelle et de gamme et l'intégration verticale des opérateurs.
- i) Infrastructure qui n'est pas facile à dupliquer et coûts irrécupérables
189. Le régulateur relève tout d'abord que Brutélé et Belgacom « *disposent d'un réseau étendu qui ne peut pas être dupliqué au niveau économique par un nouvel entrant potentiel sur le marché.* »
190. L'analyse des barrières à l'entrée liées à la duplication du réseau doit tout d'abord s'apprécier en fonction de la capacité financière des opérateurs actifs sur les marchés. Cette comparaison montre bien que les câblo-opérateurs ne disposent pas d'un avantage que leurs principaux concurrents ne seraient en mesure de dupliquer. Les concurrents de Brutélé sont au contraire des opérateurs qui disposent d'une capacité financière nettement supérieure. Ainsi, entre 2005 et 2010, Mobistar a investi ± € 1 milliard en infrastructure, Telenet 1,3 milliard et Belgacom 4 milliards. Cela prouve bien que les opérateurs ont la possibilité d'investir dans des plateformes alternatives.
191. La présence de Belgacom ou Mobistar sur le marché démontre aussi qu'il existe des concurrents avec un réseau similaire. 85% du réseau de Belgacom est déjà adapté à la technologie VDSL2 et Mobistar dispose d'un réseau étendu axé sur un accès dégroupé de la boucle locale de Belgacom, qui est utilisé tant pour ses services fixes que mobiles. Rappelons aussi que des plateformes alternatives existent, comme le satellite ou le 3G, et sont activement utilisées, ce qui démontre bien que les nouveaux entrants disposent d'alternatives pour accéder aux utilisateurs finals.
192. En outre, dans une approche « greenfield modifiée », les ARN doivent tenir compte de la réglementation PMS qui existe sur les marchés en amont. La motivation du régulateur est donc défectueuse dans la mesure où elle ne prend pas en ligne de compte l'existence de services d'accès de gros au niveau des marchés 4 (dégroupage de la boucle locale) et 5 (accès à large bande), qui permettent déjà aux opérateurs alternatifs de fournir des services de radiodiffusion aux utilisateurs finaux sans devoir disposer de leur propre réseau. L'exemple de Billi démontre que même une petite entreprise avec un capital limité est capable d'entrer le marché de la radiodiffusion sur

---

<sup>135</sup> Recommandation, §10.

la base du dégroupage. Par ailleurs, même en admettant qu'« un déploiement à grande échelle du dégroupage de la boucle locale est onéreux », l'inclusion de la fonctionnalité « multicast » dans l'offre BROBA préconisée par l'IBPT devrait sensiblement réduire les coûts d'entrée irrécupérables pour les opérateurs alternatifs au cours de la période de régulation. Sur ce point, nous renvoyons à la section C.3.ii) ci-dessous.

193. Le projet de décision relève encore que les entrants potentiels ne peuvent pas dupliquer la fonctionnalité analogique de Brutélé. Comme il sera démontré ci-dessous dans la section C.3.iii), le régulateur exagère cependant l'importance de la télévision analogique. Bornons-nous ici à remarquer qu'en ce qui concerne la possibilité pour un câblo-opérateur « d'encadrer les clients analogiques dans leurs transition vers la TV numérique »<sup>136</sup> (« up-selling »), Brutélé en Wallonie et à Bruxelles se trouve dans une situation nettement moins avantageuse que Telenet en Flandre, étant donné la numérisation plus tardive de son réseau (ce qui a permis à Belgacom d'acquérir une part de marché significativement plus importante en Belgique francophone qu'en Flandre) et le fait qu'une partie de son réseau n'est toujours pas bidirectionnel. Or, le projet de décision néglige de prendre en compte ces différences matérielles et se contente de reproduire par mimétisme les mêmes arguments pour toutes les géographiques.

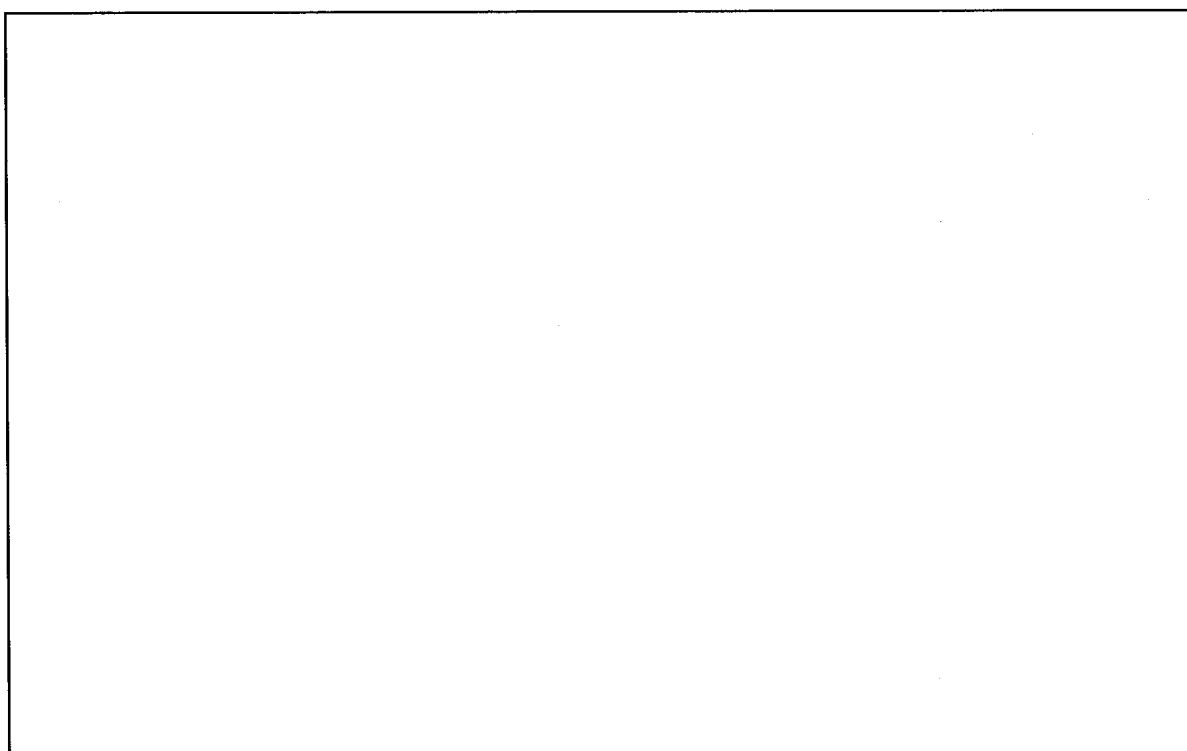
ii) Economies d'échelle et de gamme, intégration verticale des opérateurs

194. Le projet de décision indique que Brutélé dispose d'une clientèle considérable et que les économies d'échelle qui en découlent constituent un avantage significatif par rapport aux entrants potentiels sur le marché.
195. La comparaison avec Belgacom, Mobistar ou KPN Group Belgium démontre bien que cet « avantage » est tout à fait relatif : Belgacom dispose de plus de 5 millions de clients mobiles (auxquels se rajoute 1,97 millions de clients en téléphonie et 1,1 million de clients Internet), Mobistar plus de 3,8 millions de clients et KPN Group Belgium plus de 3,5 millions. VOO (qui comprend tant Tecteo que Brutélé) compte à peine plus [REDACTED] de clients (toutes offres confondues).
196. Certes, les clients de Belgacom, Mobistar et KPN Group Belgium comprennent des clients qui n'optent pas pour des services de télévision. Le projet de décision reconnaît cependant l'importance croissante des offres groupées et la possibilité que ces offres donne aux opérateurs de s'engager dans des pratiques de « cross-selling » entre différents produits. Soulignons qu'à cet égard, Brutélé n'est pas avantagée par rapport à ses concurrents actuels ou potentiels, bien au contraire. Contrairement à Belgacom et Mobistar, Brutélé n'a pas la possibilité de commercialiser des offres « quadruple play » incluant la téléphonie mobile. Au surplus, comme le réseau de Brutélé n'est pas encore entièrement bidirectionnel, Brutélé ne peut pas non plus

<sup>136</sup> Projet de décision du CSA, p. 107 ; Projet de décision du VRM, p. 103 ; Projet de décision de l'IBPT, p. 109.

fournir des services interactifs sur l'ensemble de son réseau. Sur ce point aussi, le projet de décision manque de prendre en compte les différences significatives entre Telenet d'une part et Brutélé d'autre part.

197. Remarquons enfin que la taille globale de Brutélé n'est pas comparable à celle de ses principaux concurrents actuels (Belgacom) ou potentiels (Mobistar, KPN Group Belgium) et que contrairement à ceux-ci, elle ne dispose pas d'un réseau de vente étendu.<sup>137</sup> Ces autres opérateurs disposent donc d'une assise financière et d'une machine commerciale beaucoup plus puissantes que celles de Brutélé, ce qui permet de relativiser les avantages liés au fait de disposer d'une base de clientèle historique. Le graphique ci-dessous compare les principaux paramètres financiers (ventes, flux de trésorerie et CAPEX) pour Belgacom, Mobistar, Telenet KPN Group Belgium et Tecteo et démontre bien la faiblesse de Tecteo (et, *a fortiori*, de Brutélé) face à ces concurrents.



**3. Deuxième critère : une structure du marché qui ne tend pas vers une concurrence effective**

198. Comme l'indique la Recommandation de la Commission, une analyse prospective doit prendre en compte les possibilités de lever (ou en tout cas de réduire

---

<sup>137</sup> Cf. ci-dessous, section IV.C.3.vi).

considérablement) les barrières à l'entrée sur le marché dans un délai adéquat. En appliquant le deuxième critère, les ARN doivent donc « *examiner quelle est la situation de la concurrence au-delà des barrières à l'entrée* ». <sup>138</sup> En effet, « *sur des marchés orientés vers l'innovation, évoluant au rythme des progrès technologiques [...] les pressions concurrentielles découlent souvent dans ce cas des ambitions innovatrices de concurrents potentiels qui ne sont pas encore présents sur le marché. Sur ces marchés d'innovation, une concurrence dynamique ou à plus long terme peut naître entre des entreprises qui ne sont pas nécessairement concurrentes sur le marché « statique » existant.* » <sup>139</sup> Pour apprécier si le deuxième critère est rempli ou non, les ARN doivent notamment « *examiner si le secteur a connu des entrées fréquentes et réussies sur le marché, et si ces entrées sont suffisamment imminentes et persistantes, ou le seront probablement* ». <sup>140</sup>

199. A cet égard, il est étonnant de constater que le projet de décision passe entièrement sous silence l'entrée récente de Mobistar, dont l'offre « Star Pack » a connu un succès significatif depuis son lancement en septembre 2010. <sup>141</sup> Ceci démontre bien comment une définition artificiellement étroite du marché de services, excluant tant le satellite que les offres groupées, peut complètement fausser le résultat aussi bien de l'analyse des trois critères que de l'analyse PMS. La pénétration de l'offre de Mobistar démontre pourtant parfaitement qu'un opérateur peut s'appuyer sur sa base de clientèle existante dans un marché connexe pour pénétrer rapidement et avec succès le marché de la radiodiffusion. La convergence des technologies, l'importance croissante des offres « multiplay » et « multiscreen », sont autant de facteurs qui indiquent qu'il faut tenir compte d'offres comme celle de Mobistar pour l'analyse du deuxième critère. Mr Scheen a encore lui-même récemment confirmé que « *le marché de la télévision en Belgique n'est pas du tout cadencé* » <sup>142</sup>. Ceci exprime bien le développement de la concurrence sur ce marché.
200. Même si ces offres (ou certaines de ces offres) se développeraient à l'heure actuelle sur des segments de marchés (prétendument) distinct, ceci n'empêche pas que ces pressions concurrentielles soient prises en considérations pour l'analyse de marché. La situation actuelle de l'Autriche démontre bien comme le phénomène de convergence fixe/mobile peut modifier de manière structurelle la dynamique de concurrence. La Recommandation le confirme ou elle indique que « *[m]ême lorsqu'un marché est caractérisé par des barrières élevées à l'entrée, d'autres facteurs structurels peuvent indiquer que les entreprises présentes tendront vers un comportement effectivement concurrentiel au cours de la période visée. La dynamique du marché peut provenir par exemple d'évolutions technologiques ou de la*

---

<sup>138</sup> Recommandation, §5. Nous soulignons.

<sup>139</sup> Recommandation, §11.

<sup>140</sup> Recommandation, §11.

<sup>141</sup> « Succès surprise pour Mobistar TV », *La Libre* 21 janvier 2011.

<sup>142</sup> « Le marché de la télé n'est pas cadencé », *Le Soir*, 11 février 2011.

convergence de produits et de marchés, qui peut donner lieu à des pressions concurrentielles entre opérateurs actifs sur des marchés de produits distincts. »<sup>143</sup>

201. Notons en outre que la Commission a supprimé l'ancien marché 18 (le marché de gros) de la liste des marchés pertinents précisément parce qu'elle considérait que ce marché tendait vers une concurrence effective dans la plupart des États membres. La Commission a donc considéré que ce deuxième critère n'était plus satisfait pour justifier le maintien de ce marché dans la liste des marchés.
202. La motivation sur laquelle repose l'appréciation de la Commission est particulièrement intéressante dans ce contexte. Dans la note explicative accompagnant la Recommandation de 2007, la Commission indique en effet que l'émergence de la télévision numérique a augmenté la concurrence entre plateformes et a diminué les contraintes de capacité sur celles-ci: « *There is evidence of greater platform competition as the transition from analogue to digital delivery platforms occurs. One implication is that there are likely to be fewer capacity constraints on any given platform. A second is that many Member States are likely to have 3-4 competing platforms (terrestrial, satellite, cable and telecoms-based) in contrast to 2-3 analogue platforms, one of which, satellite, developed much later. The transition from analogue to digital provides an impetus for platforms to compete and attract end-users, which in a two-sided market context, also means obtaining content. These changes indicate that despite the market entry barriers that may exist, the market dynamics are such that the second criterion is not satisfied.* »<sup>144</sup>
203. Le projet de décision va donc à l'encontre de l'appréciation faite par la Commission alors que la motivation sur laquelle repose l'analyse de la Commission est tout à fait applicable à la Belgique. La Belgique est même un des pays au sein de l'UE dans lequel l'évolution de la télévision numérique et la plus avancée et où le câble a connu les plus grandes pertes en terme de parts de marché.
204. Ce même passage de la motivation de la Commission confirme par ailleurs que, dans l'esprit de la Commission, le satellite et la TNT font en principe partie du même marché de services que la télévision par le câble et l'IPTV. Or, toutes ces plateformes sont présentes en Belgique et contribuent à une dynamique concurrentielle suffisante qui ne fera que croître dans les années à venir.
205. Le projet de décision considère que le marché pertinent ne tend pas vers une concurrence effective pour les raisons suivantes :
- la TV analogique resterait un service important répondant à un besoin élevé des utilisateurs finals (en particulier pour les ménages ayant plusieurs postes de TV );
  - les parts de marché de Brutélé ne diminueraient que lentement ;

<sup>143</sup> Recommandation, §12. Nous soulignons.

<sup>144</sup> Explanatory note, p. 49.

- même après l'entrée sur le marché de Belgacom en 2005, Brutélé aurait augmenté ses tarifs ;
- la tendance générale vers les offres groupées aurait un effet fidélisant et permettrait à Brutélé de convertir son importante clientèle analogique historique.

*i) Importance de la télévision analogique*

206. Nous démontrerons ci-dessous, dans la discussion relative à l'analyse PMS que le régulateur surestime l'importance de l'offre analogique qui constitue une technologie déclinante face à la télévision numérique. Nous démontrerons ainsi que le prétendu avantage du « *multi-homing* » est largement exagéré compte tenu des possibilités permettant aux utilisateurs de connecter plusieurs postes sur le réseau de Belgacom. L'enquête de marché confirme aussi l'importance tout à fait relative du multi-homing de l'offre analogique.

*ii) Évolution des parts de marché de Brutélé*

207. Selon le projet de décision, les parts de marché de Brutélé restent très élevées ([70-80%]) et ne diminuent que lentement.
208. Notons d'emblée que le projet de décision ne justifie pas la manière dont les parts de marché ont été calculées et n'indique pas, par exemple, si cette part de marché comprend les offres de télévision incluses dans des offres groupées.
209. Par ailleurs, la part de marché évoquée semble en contradiction avec les résultats de l'enquête de marché de l'IBPT,<sup>145</sup> ce qui indique soit que les résultats de cette enquête ne sont pas fiables (ce qui n'a pas empêché le régulateur de s'y appuyer pour des points essentiels de son analyse), soit que la part de marché de Brutélé n'a pas été calculée correctement.
210. Le projet de décision admet aussi que « *l'IPTV insuffle un certain dynamisme au marché* » et que « *depuis son lancement, Belgacom TV a conquis une part de marché non négligeable* ». <sup>146</sup> Qualifier le succès commercial de Belgacom comme étant « non-négligeable » reflète bien l'appréciation erronée sur laquelle repose la motivation du projet de décision. Cette appréciation contraste d'ailleurs avec l'appréciation donnée par Mr Bellens qui qualifie les prestations de Belgacom comme étant une véritable « *success-story* » <sup>147</sup>. Les chiffres ne le contredisent pas. En cinq ans, Belgacom TV a su conquérir une part de marché de [20-30%], soit plus 920.000

---

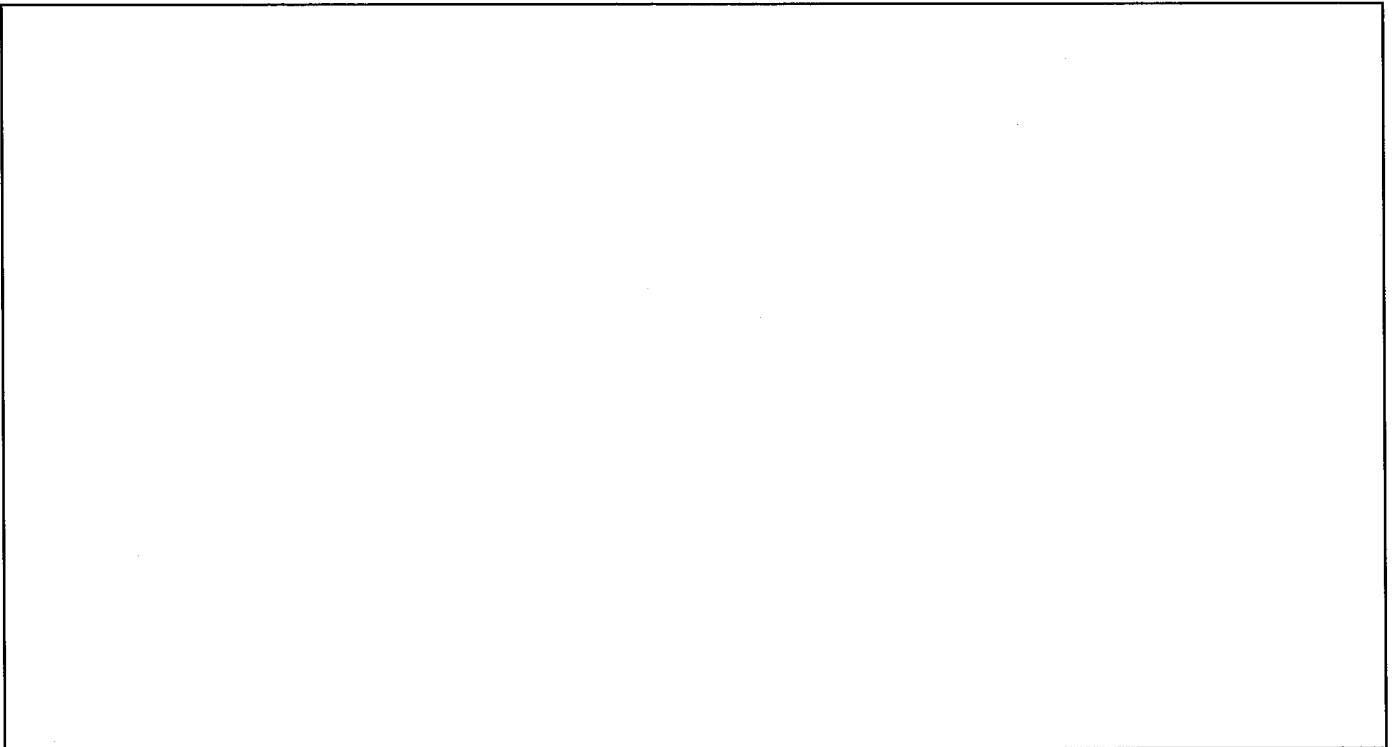
<sup>145</sup> En effet, selon cette enquête, Tecteo aurait une part de marché de seulement 47% dans sa zone de couverture, contre 44% pour Belgacom. Brutélé aurait une part de marché de 57% dans sa zone de couverture, contre 42% pour Belgacom.

<sup>146</sup> Projet de décision du CSA, §307 ; Projet de décision du VRM, §307 ; Projet de décision de l'IBPT, §307.

<sup>147</sup> Rapport trimestriel de Belgacom, Q3 2010, p.4.

clients au niveau national. Si Belgacom maintient la croissance actuelle au cours des trois prochaines années, elle aura 1,5 million de clients. Selon une étude de Morgan Stanley, seul l'opérateur historique portugais a su réaliser une croissance IPTV en pourcentage de sa base de clients large bande plus élevée,<sup>148</sup> ce qui montre le succès de la stratégie de « *cross-selling* » de Belgacom.

211. Notons d'ailleurs qu'en raison de la consolidation plus tardive des intercommunales de câblodistribution en Wallonie et du retard dans la numérisation du réseau et de l'implémentation de la bidirectionnalité qui en ont été les conséquences, Belgacom TV a connu une plus forte pénétration en zone Tecteo qu'en zone Telenet, par exemple.
212. Le graphique ci-dessous démontre bien que le marché connaît une réelle dynamique concurrentielle caractérisée par une baisse significative de la part de marché de Tecteo. Ainsi, en à peine quatre ans, Tecteo a déjà perdu ■■■ de part de marché. Cette baisse est nettement plus forte que la baisse qu'on a pu observer sur d'autres marchés comme par exemple le marché de l'accès à large bande ou la téléphonie fixe.

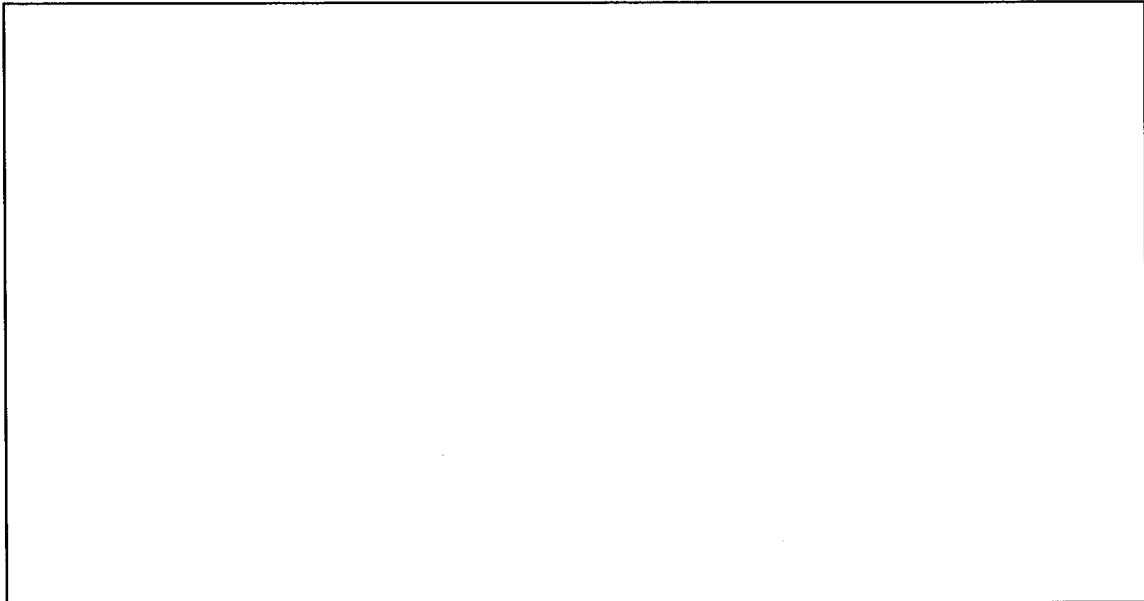


213. La pénétration de Belgacom et la perte de part de marché qui en résulte pour les câblo-opérateurs démontrent bien la dynamique concurrentielle sur le marché en l'absence de régulation. Les câblo-opérateurs ont été dans l'incapacité de conserver leur base de clientèle existante mais ont au contraire été confrontés à des pertes significatives de clients en faveur de Belgacom et ce nonobstant l'application de tarifs qui sont concurrentiels à rapport aux tarifs de Belgacom.

---

<sup>148</sup> Morgan Stanley, Telecommunications Services : IPTV day, 29 juin 2010.

214. Le lancement de l'offre StarPack par Mobistar aura sans aucun doute pour effet d'accroître cette dynamique dans le courant des trois années à venir. Nous avons en effet déjà indiqué le succès commercial que rencontre cette offre. Mobistar annonçait avoir déjà attiré entre 20.000 et 50.000 clients en trois mois et connecté effectivement déjà 10.000 foyers. Dans une récente interview accordée au Soir, Mr Scheen a indiqué que ces résultats « sont très satisfaisant » en les comparant notamment au résultats obtenu par Belgacom lors du lancement de son offre IPTV.
215. Plusieurs facteurs vont permettre à Mobistar d'améliorer encore ces prestations compte tenu (i) de la croissance des offres multiple play sur le marché, (ii) de l'importance grandissante de la composante mobile dans les packs (grâce à la réductions de MTR), et (iii) du développement du mobile data.
216. Le régime d'exception que le régulateur propose pour la Belgique est aussi difficilement réconciliable avec le fait que, pour la période 2007-2009, la Belgique était précisément le pays de l'UE où les câblo-opérateurs ont perdu le plus de clients. Ces pertes reflètent bien le dynamisme concurrentiel qui caractérise le marché et confirme que le deuxième critère pour identifier les marchés candidats à régulation n'est pas satisfait.



*iii) Évolution des tarifs de Brutélé*

217. Dans le projet de décision, le régulateur se base aussi sur la prétendue augmentation des tarifs suite à l'entrée de Belgacom sur le marché.
218. Brutélé considère tout d'abord que le régulateur ne peut apprécier la dynamique concurrentielle pour le deuxième critère à travers l'évolution des prix. La dynamique concurrentielle sur le marché a été caractérisé par de nombreux autres paramètres tels que l'évolution des offres, de la qualité etc. L'upgrade des réseaux, la consolidation du câble (en Wallonie) et le lancement d'offres multiple play constituent un ensemble d'éléments qui démontre la dynamique concurrentielle.

219. En outre, l'évolution des tarifs calculée dans le projet de décision semble cependant reposer sur des calculs erronés. Nous y reviendrons plus en détail ci-dessous dans la section C.3.iv). Brutélé se borne ici à relever que, dans une approche *greenfield* modifiée, l'ARN doit tenir compte de la réglementation non-PMS qui existe éventuellement sur le marché en considération, comme la législation en matière de contrôle de prix. Or, le prix des offres TV de base est soumis à une procédure d'autorisation préalable pour toute augmentation de prix auprès du Ministre qui a les affaires économiques dans ses attributions.<sup>149</sup> En cas de refus, le Ministre a la possibilité d'imposer un plafond tarifaire. Le régulateur a négligé de prendre ceci en compte et n'a donc pas correctement appliqué l'approche *greenfield* modifiée.
220. Enfin, les tarifs de Brutélé n'ont pas augmenté significativement au cours des dernières années si l'on prend en compte le taux d'inflation, et ne sont pas supérieurs à ceux de la concurrence. Au contraire le prix de l'offre single play de VOO est nettement inférieur à celui de l'offre single play de Belgacom et les packs offerts par VOO sont aussi généralement moins chers que ceux de Belgacom. Tout ceci démontre bien que les câblo-opérateurs font actuellement déjà l'objet une pression concurrentielle au niveau des prix.

iv) Prétendu effet fidélisant des offres « multi play »

221. Selon le projet de décision, « *la tendance générale vers le multi play fait en sorte que le dynamisme sur le marché continue d'être ralenti suite à la baisse du taux de churn* »

---

<sup>149</sup> Article 3 de l'Arrêté ministériel du 20 avril 1993 portant dispositions particulières en matière de prix.

[...]. »<sup>150</sup> Ce prétendu effet fidélisant de offres « *multi play* » est expliqué comme suit : « *Étant donné que les produits TV sont regroupés avec plusieurs autres produits, comme l'internet large bande et la téléphonie et vendus en une seule offre, la disposition d'un client à passer de Tecteo à un autre opérateur ne dépend pas seulement du produit de radiodiffusion mais de l'ensemble des produits.* »<sup>151</sup>

222. Mis à part le fait que ce prétendu effet fidélisant n'est pas démontré, Brutélé constate que le projet de décision va à contre-courant de la théorie économique qui confirme le caractère pro-concurrentiel de cette tendance. Dans un environnement où la concurrence tourne autour des packs, les opérateurs se font une concurrence plus forte et le client effectue un choix plus informé.<sup>152</sup> La perte ou la non-acquisition d'un client résulte aussi dans la perte non pas d'une marge, mais de plusieurs marges. Le fait que le prix incrémental du service IPTV dans les offres « triple play » et « quadruple play » de Belgacom est de zéro démontre d'ailleurs la concurrence que se livrent les opérateurs sur les offres groupées.
223. L'analyse du régulateur concernant les offres groupées est d'ailleurs aussi en porte-à-faux avec la Recommandation de la Commission, qui indique que la convergence de produits et de marchés intensifie la concurrence entre opérateurs actifs sur des marchés de produits ou de services distincts.<sup>153</sup>
224. En tout état de cause, le projet de décision s'abstient de prendre en considération le fait que Brutélé n'a qu'une faible part de marché dans les marchés connexes de l'internet à large bande et de la téléphonie,<sup>154</sup> et qu'à la différence de ses concurrents Belgacom et Mobistar, elle n'est pas en mesure d'offrir des packs « quadruple play », faute de licence de téléphonie mobile. Brutélé ne se trouve donc certainement pas dans une position avantageuse en ce qui concerne la possibilité d'attirer des clients avec des offres groupées, bien au contraire.

#### **4. Troisième critère : Insuffisance du droit de la concurrence**

225. Le projet de décision estime que le droit de la concurrence ne suffit pas à résoudre les prétendus problèmes de concurrence sur le marché pertinent pour trois raisons :
- les règles « must-carry » n'auraient qu'un effet très limité sur les problèmes de concurrence sur le marché, qui est un marché de détail ;

<sup>150</sup> Projet de décision du CSA, §306 ; Projet de décision du VRM, §306 ; Projet de décision de l'IBPT, §306.

<sup>151</sup> Projet de décision du CSA, § 279.3; Projet de décision du VRM, §279.3; Projet de décision de l'IBPT, §279.3.

<sup>152</sup> Voir B. Nalebuff, « Competing against bundles », in *Incentives, Organization and Public Economics* (P. Hammond and G.D. Myles, eds.), Oxford University Press 2000.

<sup>153</sup> Recommandation, §12.

<sup>154</sup> Voir ci-dessous, section IV.C.3.i).

- il serait difficile de démontrer que le câble constitue une « facilité essentielle » selon les critères très restrictifs définis par la jurisprudence de la Cour de justice en la matière ;
  - même si une « facilité essentielle » était démontrée, les autorités de la concurrence ne seraient pas en mesure de fixer un prix d'accès et de garantir l'accès à un moment opportun.<sup>155</sup>
226. Un examen de la pratique administrative en Europe démontre que les ARN qui ont effectué une analyse du marché 18 n'ont pas procédé à une analyse du troisième critère. Ils ont généralement constaté que le deuxième critère n'était pas rempli avec pour conséquence d'exclure une intervention *ex ante*. Il suffit en effet qu'un seul critère ne soit pas rempli pour qu'il ne soit pas satisfait au test des trois critères.
227. Les analyses des régulateurs allemand<sup>156</sup> et français<sup>157</sup> confirment cependant explicitement la suffisance du contrôle *ex post* par les autorités de la concurrence pour assurer le bon fonctionnement du marché. Ayant constaté que la Commission avait retiré le marché 18 de la liste des marchés pertinents susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante*, le régulateur allemand (BNetzA) a considéré qu'il n'y avait pas de circonstances nationales spécifiques justifiant la réglementation de ce marché en Allemagne.
228. En l'espèce, dans son projet de décision, le régulateur considère que le problème principal auquel le droit de la concurrence devrait remédier est un problème d'accès au niveau du marché de gros. Or, il n'y a précisément pas de problème d'accès, puisqu'il y a déjà au moins trois plateformes concurrentes (CATV, IPTV, satellite) qui permettent de fournir des services de radiodiffusion aux utilisateurs finals. En outre, grâce à l'inclusion de la fonctionnalité « multicast » dans l'offre BROBA, comme prévu par le projet de décision de l'IBPT concernant les marchés 4 et 5, les opérateurs alternatifs disposeront dans la période de régulation de deux services d'accès de gros en amont, permettant de proposer aux consommateurs non seulement une offre télévisuelle, mais même une offre « *triple play* », et ceci sur la base d'une seule infrastructure à couverture nationale.
229. Etant donné qu'il n'y a pas de véritable problème d'accès, le droit de la concurrence est parfaitement apte à résoudre tous les autres problèmes concurrentiels qui pourraient éventuellement se poser sur le marché de détail. En effet, dans la mesure où, en raison d'un abus de position dominante ou d'une collusion entre opérateurs, les câblo-opérateurs seraient en mesure d'augmenter ou de maintenir les prix au-dessus du niveau concurrentiel, le Conseil de la concurrence peut intervenir sur la base des articles 2 et 3 LPCE et 101 et 102 TFUE. Les autorités de la concurrence sont

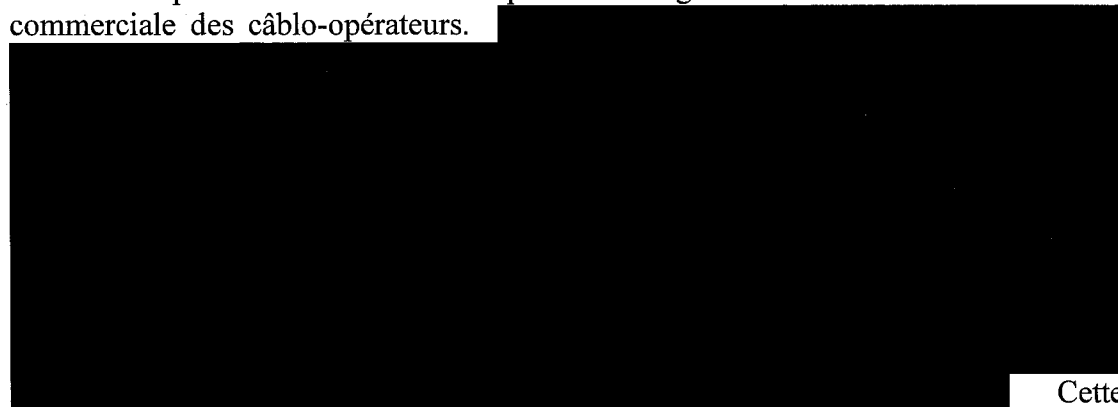
<sup>155</sup> Projet de décision du CSA, §259; Projet de décision du Medienrat, §258; Projet de décision du VRM, §259; Projet de décision de l'IBPT, §259.

<sup>156</sup> Commission européenne, lettre au BNetzA du 30 septembre 2010, DE/2010/1126, pp. 4-5.

<sup>157</sup> Commission européenne, lettre au BNetzA du 24 février 2006, FR/2006/0335, p. 3 et note infrapaginale 10.

également bien équipées pour censurer des contrats d'exclusivité pour le contenu, si ceux-ci risquent d'avoir un effet d'éviction.<sup>158</sup>

230. Rappelons par ailleurs que les offres de télédistribution de base sont soumises à une procédure de demande d'augmentation de prix auprès du Ministre de l'économie, qui protège déjà les consommateurs contre des augmentations de prix abusives. A cette réglementation vient se rajouter une obligation de séparation comptable qui limite la capacité pour Brutélé de procéder à des pratiques de subvention croisées et, partant, la position qu'elle occupe sur le marché.
231. Deux exemples récents illustrent que cette réglementation restreint la liberté commerciale des câblo-opérateurs.



Cette réglementation tarifaire des services télédistribution a précisément été un critère dont le Conseil de concurrence a reconnu la pertinence estimant que celle-ci « ne permet pas aux câblos-opérateurs d'agir isolément ».<sup>159</sup>

## C. IDENTIFICATION DES ENTREPRISES PUISSANTES SUR LE MARCHÉ

### 1. Rappel des principes

232. Il découle du cadre réglementaire que des obligations réglementaires *ex ante* ne peuvent être imposées sur un marché qu'en l'absence de concurrence effective. Il

---

<sup>158</sup> Des restrictions par rapport à de telles exclusivités ont d'ailleurs été imposées dans le cadre de l'acquisition de BeTV par Telenet et Tecteo. Une enquête à cet égard est aussi en cours en France ainsi qu'au Royaume-Uni. Ceci démontre donc bien que le droit de la concurrence constitue un outil tout à fait adéquat pour palier à des éventuels problèmes de concurrence. Voy. Autorité de la concurrence décision n° 10-D-32 du 16 novembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la télévision payante (pour la France). Voy. aussi les working papers publiés par le Competition Commission concernant l'enquête relative au pay TV sur le site [http://www.competition-commission.org.uk/inquiries/ref2010/movies\\_on\\_pay\\_tv/working\\_papers.htm](http://www.competition-commission.org.uk/inquiries/ref2010/movies_on_pay_tv/working_papers.htm).

<sup>159</sup> Conseil de la concurrence, Décision nr. 2008-C/C-05, Tectéo/Brutélé – Câble Wallon, 31 janvier 2008, § 124 : « Le Conseil est d'avis que, se référant à [...] les nombreuses réglementations et régulations (par exemple réglementation des prix) auxquelles les parties sont confrontées et qui ne permettent pas non plus à ces dernières d'agir isolément ».

revient par conséquent aux ARN de déterminer si le marché en question est effectivement concurrentiel<sup>160</sup>.

233. La Commission européenne a élaboré des Lignes Directrices qui énoncent les principes sur base desquels les ARN doivent fonder leur analyse du marché et de la concurrence effective (les « Lignes Directrices SMP »)<sup>161</sup>. L'article 15, § 3 de la Directive Cadre impose aux ARN d'en tenir le plus grand compte. Ces Lignes Directrices prévoient qu'aux fins de leur analyse de marché,

*« les ARN procéderont à une évaluation structurelle prospective du marché pertinent, en se fondant sur les conditions existantes. Les ARN devront chercher à savoir si le marché est potentiellement concurrentiel et, de là, si une éventuelle absence de concurrence effective est susceptible de perdurer, en tenant compte de l'évolution escomptée ou prévisible du marché pendant une période d'une durée raisonnable. »*<sup>162</sup>

234. Selon l'article 14, § 2 de la Directive Cadre, transposé à l'article 55, § 3 de la Loi du 13 juin 2005, une entreprise est considérée comme disposant d'une puissance significative sur un marché

*« si, individuellement ou conjointement avec d'autres, elle se trouve dans une position équivalente à une position dominante, c'est-à-dire qu'elle est en mesure de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et, en fin de compte, des consommateurs. »*

235. Il résulte des Lignes Directrices SMP qu'une position dominante est déterminée en fonction d'un certain nombre de critères. Si les parts de marché peuvent être utilisées comme un indicateur de puissance, les Lignes Directrices soulignent que l'existence d'une position dominante ne saurait être établie sur le seul fait qu'une entreprise détient d'importantes parts de marché<sup>163</sup>. Ainsi que l'indique le paragraphe 78 des Lignes Directrices, *« les ARN doivent procéder à une analyse approfondie et*

<sup>160</sup> Voy. l'article 16, §§ 2 et 3 de la Directive Cadre, transposé à l'article 55, §§ 1 et 2 de la Loi du 13 juin 2005, ainsi que le considérant 27 de la Directive Cadre.

<sup>161</sup> 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.C.E.*, 11.7.2002, C 165/6 (ci-après « Lignes Directrices »).

<sup>162</sup> Lignes Directrices, § 20.

<sup>163</sup> La Cour d'appel de Bruxelles l'a encore rappelé dans un arrêt du 7 mai 2009 en indiquant que « Même une très forte part de marché – supérieure à 50% - ne suffit pas pour établir l'existence d'une puissance de marché ; elle n'implique qu'une présomption forte mais réfragable qu'il y a existence d'une position dominante. C'est pourquoi, avant de conclure à l'existence d'une puissance sur le marché, les ARN doivent procéder, même en présence d'une très forte part de marché, à une analyse approfondie et exhaustive des caractéristiques économiques du marché pertinent. Les Lignes Directrices SMP (§§ 78 et 79) précisent à cet égard certains critères à suivre par les ARN. » Bruxelles, 7 mai 2009, R.G. 2008/AR/787, § 244.

*exhaustive des caractéristiques économiques du marché pertinent avant de conclure à l'existence d'une puissance sur le marché.* » Les Lignes Directrices énumèrent une série de critères auxquels les ARN peuvent se référer à cet égard<sup>164</sup>.

236. La Cour d'appel de Bruxelles a récemment rappelé, dans un arrêt du 30 juin 2009, que :

*« L'ARN doit fonder son analyse sur des éléments pertinents, objectifs, reposant sur des données factuelles, susceptibles d'être contrôlées et indiquer, dans la décision, les motifs sur lesquels il la fonde. Il doit indiquer pour quelles raisons objectives, concrètes et vérifiables, il désigne tel opérateur comme celui qui dispose d'une puissance significative sur le marché considéré. »*<sup>165</sup>

## **2. L'analyse de marché effectuée dans le projet de décision**

237. Le régulateur conclut de son analyse de marché que Brutélé dispose d'une puissance significative sur le marché de détail de la fourniture des signaux de TV analogiques et numériques fournis par réseaux câblés et plateformes IPTV dans sa zone de couverture<sup>166</sup>. Cette conclusion repose essentiellement sur les motifs suivants :

- Brutélé dispose d'une part de marché comprise entre 70 et 80% dans sa zone de couverture, tandis que Belgacom TV et Billi ont, respectivement, une part de marché comprise entre 20 et 30%, et entre 0 et 5%.
- L'évolution des prix des offres TV montre que Brutélé détermine ses prix indépendamment de son principal concurrent Belgacom TV. Selon le régulateur, ceci ressort en particulier de ce que :
  - le prix de l'offre de TV analogique de Brutélé a augmenté en dépit de l'entrée de Belgacom sur le marché ;
  - le prix du pack de base de TV numérique de Brutélé est aligné sur l'offre analogique et a même augmenté.
  - Brutélé dispose d'un réseau qu'il n'est pas facile de dupliquer et caractérisé par un grand degré de coûts irrécupérables. Brutélé a

<sup>164</sup> Ces critères sont : la taille globale de l'entreprise, le contrôle d'une infrastructure qu'il n'est pas facile de dupliquer, les avancées ou la supériorité technologiques, l'absence ou la faible présence de contre-pouvoir des acheteurs, l'accès facile ou privilégié aux marchés des capitaux et aux ressources financières, la diversification des produits et/ou des services (par exemple, produits ou services groupés), les économies d'échelle, les économies de gamme, l'intégration verticale, l'existence d'un réseau de distribution et de vente très développé, l'absence de concurrence potentielle, et des entraves à l'expansion.

<sup>165</sup> Bruxelles, 30 juin 2009, R.G. 2006/AR/2332 et al., p. 43.

<sup>166</sup> Projet de décision du CSA, §294; Projet de décision du VRM, §294; Projet de décision de l'IBPT, §294.

également la possibilité de fournir des signaux de télévision analogiques, une fonctionnalité utilisée par plus de 70-80% des clients TV dans la zone de couverture de Brutélé, et qui est très difficile à dupliquer pour Belgacom et des nouveaux entrants potentiels.

- Il y a trois grandes barrières au changement susceptibles d'empêcher les clients de passer de Brutélé à un concurrent :
  - la possibilité pour Brutélé de fournir des signaux TV analogiques en même temps que des signaux TV numériques ;
  - la nécessité pour les téléspectateurs numériques de disposer d'un décodeur pour recevoir la TV numérique, laquelle est uniquement utilisable au moyen d'un abonnement de Brutélé ; et
  - le regroupement des produits TV avec plusieurs autres produits (comme l'Internet large bande et la téléphonie) dans le cadre d'offres multi-play.
- Brutélé bénéficie d'économies d'échelle grâce à la clientèle considérable dont elles disposent sur le marché de la radiodiffusion.
- Brutélé bénéficie d'économies de gamme grâce au fait que son réseau permet de distribuer plusieurs services (télévision, Internet large bande et téléphonie), et grâce à son offre diversifiée en produits multi play.
- Le contre-pouvoir des acheteurs (essentiellement des ménages individuels) est limité.
- Brutélé dispose d'un réseau de distribution très développé ainsi que d'un réseau de vente étendu (boutiques VOO et distributeurs VOO).
- Brutélé est une entreprise verticalement intégrée sur le marché de la radiodiffusion.

### **3. Commentaires de Brutélé sur l'analyse de marché effectuée dans le projet de décision**

238. Dans le cadre de la discussion relative au test des trois critères, il a déjà été démontré que l'analyse du degré de concurrence actuel et futur est erronée. Nous avons également insisté sur l'existence de la réglementation tarifaire qui constitue un élément dont le Conseil de la concurrence a reconnu la pertinence. Ces considérations sont aussi pertinentes pour les besoins de l'appréciation de la prétendue dominance. En plus des observations reprises ci-dessus dans le cadre de l'analyse des trois critères, Brutélé estime que l'analyse de marché effectuée dans le projet de décision :

- s'abstient de prendre en compte la faible part de marché de Brutélé sur les marchés connexes au marché pertinent;

- manque de prendre en compte la concurrence potentielle fondée sur l'accès bitstream et le satellite ;
- surestime l'importance de la TV analogique ;
- repose sur une appréciation erronée de l'évolution des prix des offres TV ;
- manque de prendre en compte le contre-pouvoir d'acheteur des fournisseurs de contenu ; et
- ne tient pas compte de ce que Brutélé est un opérateur marginal comparé à ses concurrents.

*i) L'analyse de marché s'abstient de prendre en compte la faible part de marché de Brutélé sur les marchés connexes*

239. Brutélé constate que l'analyse effectuée par le régulateur considère le marché pour la télévision en isolation du contexte économique plus large dans lequel opèrent les câblo-opérateurs. Or, le projet de décision reconnaît lui-même à plusieurs reprises l'importance du phénomène des offres multiplay qui dépassent les limites du marché de services retenu dans le projet de décision.

240. Le projet de décision considère en effet que le succès croissant des offres multiplay constitue une barrière au changement susceptible d'empêcher les clients de passer de Brutélé à un concurrent<sup>167</sup> et permet à Brutélé de bénéficier d'économies de gamme qui constituent un avantage significatif par rapport à ses concurrents<sup>168</sup>. Le projet de décision ajoute que :

*« La possibilité pour les opérateurs actuels sur le marché, Belgacom et Brutélé, de vendre des produits de radiodiffusion à leur importante clientèle en Internet large bande et en téléphonie (cross-selling), leur donne un avantage structurel par rapport aux nouveaux entrants potentiels sur le marché. Brutélé et Belgacom peuvent maintenir à un niveau peu élevé leur taux de churn grâce à ces offres multi play, ce qui forme une barrière élevée pour les nouveaux entrants sur le marché qui ne disposent pas d'une clientèle importante sur ces marchés de produits connexes. Au vu du succès croissant des produits multi play, il est probable que l'importance de cette barrière ne cessera de croître. »<sup>169</sup>*

---

<sup>167</sup> Projet de décision du CSA, § 279.3 ; Projet de décision du VRM, § 279.3 ; Projet de décision de l'IBPT, § 279.3.

<sup>168</sup> Projet de décision du CSA, §§ 284 et 285 ; Projet de décision du VRM, §§ 284 et 285 ; Projet de décision de l'IBPT, §§ 284 et 285.

<sup>169</sup> Projet de décision du CSA, § 300 ; Projet de décision du VRM, § 300 ; Projet de décision de l'IBPT, § 300.

241. Cette motivation surprend dans la mesure où elle semble créer un amalgame entre la position qu'occupent Belgacom et Brutélé alors qu'il existe des différences fondamentales entre ces opérateurs. Ces considérations sont en réalité purement théoriques et abstraites lorsque l'on examine la position qu'occupe réellement Brutélé pour la fourniture d'offres multiplay.
242. Si Brutélé dispose à l'heure actuelle d'une base importante de clientèle pour la télévision, elle ne dispose que d'une part de marché minime pour la fourniture de téléphonie fixe et d'accès à Internet à large bande et n'est pas du tout présente dans le segment mobile. Ainsi, il ressort du projet de décision de l'IBPT relatif aux marchés 4 et 5 que la part de marché de VOO sur le marché belge de l'Internet large bande n'est que de [0-10]%, comparé à la part de marché de Belgacom qui s'élève à 47,5%<sup>170</sup>. A Bruxelles, la part de marché de VOO sur le marché de l'Internet large bande n'est que de [0-10]%, contre [50-60]% pour Belgacom<sup>171</sup>. D'autre part, ainsi que le relève l'IBPT, VOO n'a lancé qu'en octobre 2009 son offre triple play comprenant la télévision numérique, l'Internet et la téléphonie fixe<sup>172</sup>. Rappelons qu'en 2009, Tecteo affichait encore une perte de 66 millions d'Euros compte tenu des lourds investissements qui doivent être consentis pour le déploiement de ces activités et des revenus limités qu'elle arrive à récolter sur le marché de détail.
243. Par conséquent, force est de constater que Brutélé ne dispose pas (bien au contraire) d'une « importante clientèle » en Internet large bande et en téléphonie dont elle pourrait tirer avantage commercialement. La plupart des clients TV de Brutélé a historiquement un abonnement chez Belgacom pour l'internet, la téléphonie fixe et la téléphonie mobile. Dès lors, les clients intéressés par une offre « multiplay » sont souvent contraints à migrer leur service TV chez Belgacom étant donné les contraintes de changement de fournisseur internet. Vu l'absence de mesures de portabilité de l'adresse internet, les consommateurs n'ayant pas d'adresse e-mail propre et ayant historiquement une adresse Belgacom (@skynet) sont condamnés à rester chez leur opérateur internet historique pour éviter de devoir changer d'adresse après 6 mois.<sup>173</sup> Les barrières au changement et les économies de gamme dont bénéficierait Brutélé selon le projet de décision sont donc manifestement contredites par les faits.
244. Le caractère purement formel de l'appréciation effectuée par le régulateur ressort aussi clairement du fait que les quatre ARN (IBPT, CSA, VRM et Medienrat) semblent avoir fait un simple « copier/coller » de leur analyse alors que les parts de marché de câblo-opérateurs sont fort différentes. Il est pour le moins étonnant de constater que cette asymétrie entre les parts de marché est reprise dans la motivation

---

<sup>170</sup> Projet de décision de l'IBPT relatif aux marchés 4 et 5, §§ 196 et 197.

<sup>171</sup> Projet de décision de l'IBPT relatif aux marchés 4 et 5, § 204.

<sup>172</sup> Projet de décision de l'IBPT relatif aux marchés 4 et 5, § 274.

<sup>173</sup> L'obligation pour les fournisseurs d'accès internet de faire suivre les emails de leurs anciens clients, applicable à partir du 1/4/2011, n'est valable que pour une période de 6 mois, ce qui ne fait que reporter le problème.

pour justifier la segmentation géographique du marché mais est en revanche, ignorée au niveau de l'analyse PMS.

245. En outre, Brutélé estime que c'est à tort que le projet de décision limite son analyse des conditions de concurrence aux offres TV prises isolément, en faisant abstraction des conditions de concurrence prévalant pour d'autres services. En effet, les liens de plus en plus étroits entre les différents services de communications électroniques impliquent que l'analyse des conditions de concurrence ne peut plus être effectuée de manière isolée mais doit au contraire prendre en compte les conditions de concurrence prévalant sur les marchés connexes.
246. En 2008, le Conseil de la concurrence avait déjà considéré dans le cadre de son analyse de la concentration entre Belgacom et Scarlet que :

*« Belgacom is actief op markten voor mobiele telefonie (via Proximus) en markten voor televisiediensten (Belgacom TV). In zoverre diensten zoals vaste telefonie, internettoegang, mobiele telefonie en/of televisie door eenzelfde afnemer tezamen bij Belgacom en/of verwante vennootschappen bekomen kunnen worden, zodat de marktmacht van Belgacom op de markten voor vaste telefonie en breedbandinternet erdoor zou kunnen worden versterkt, kunnen mobiele telefonie en televisiediensten betrokken zijn in de concurrentiële analyse van de concentratie. »<sup>174</sup>*

247. Bien qu'il s'agissait en l'espèce de l'examen d'une concentration, Brutélé estime que ces considérations sont également applicables dans le cadre d'une analyse de marché qui constitue également une analyse prospective (« *forward looking* »). Les liens de connexité étroits entre les marchés de la téléphonie, de l'Internet large bande et de la télévision commandent en effet de considérer ces marchés non pas seulement de manière isolée mais également de manière globale dans le cadre d'une analyse concurrentielle. A défaut, l'analyse de marché risque de conduire à des résultats artificiels, qui ignorent les véritables rapports de force auxquels sont confrontés les différents opérateurs.
248. Il convient notamment de prendre en compte le fait qu'un opérateur qui serait présent seulement sur l'un des marchés connexes et qui éprouverait des difficultés à pénétrer l'autre marché pourrait se trouver gravement pénalisé dans l'exercice de la concurrence sur l'ensemble des marchés et risquerait à terme l'éviction. L'Autorité de la concurrence française a récemment souligné en ce sens que :

*« L'orientation du marché vers le modèle de l'opérateur universel n'est cependant pas sans risques pour la concurrence et pour les consommateurs. En particulier, la capacité hétérogène des acteurs à intervenir sur l'un ou l'autre des marchés fixe et mobile pourrait*

---

<sup>174</sup> Décision n° 2008-C/C-59 du Conseil de la concurrence du 7 novembre 2008 dans l'affaire MEDE-C/C-08/0006 *Belgacom NV / Scarlet NV*, § 69.

*conduire à des distorsions de concurrence, susceptibles de limiter les gains d'efficacité et leur transmission aux consommateurs. Le fait que les conditions d'accès au marché mobile soient aujourd'hui restreintes exacerbe ce risque, et pourrait conduire à terme à l'éviction de certains acteurs. »<sup>175</sup>*

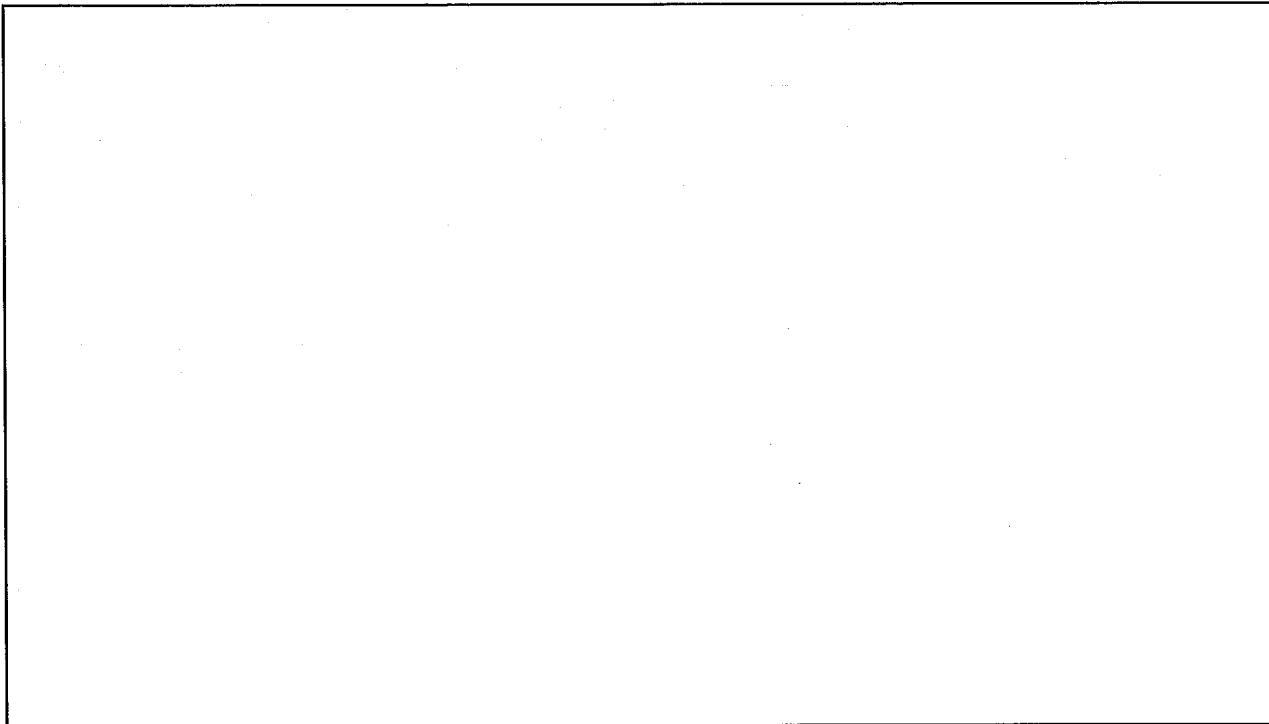
249. Il est d'ailleurs significatif que pour justifier l'imposition d'une obligation d'accès à une offre de revente de l'offre d'accès haut débit, le régulateur reconnaît lui-même que « *le client final accorde de plus en plus d'importance aux offres multiple play au point qu'un opérateur n'offrant pas toute la palette des services risque de se trouver exclu du marché.* »<sup>176</sup> Or, on voit mal comment, dans un contexte où la présence sur l'ensemble des marchés liés est devenue indispensable au développement sur chacun de ces marchés, l'analyse de l'un de ces marchés pourrait encore faire l'impasse sur les conditions de concurrence prévalant sur les autres marchés.
250. Brutélé estime par conséquent que le régulateur aurait dû prendre en compte dans son analyse de marché la très faible présence dont elle dispose sur les marchés connexes à la télévision, qui relativise considérablement les parts de marché que le projet de décision lui attribue sur le seul marché de la télévision.
251. Les statistiques de ventes des différents opérateurs confirment que ces parts de marché relatives uniquement au service TV ne traduisent pas la dynamique réelle du marché. Dans le projet de décision relatif au marché 4 et 5, l'IBPT indique que :
- Au cours du 1<sup>er</sup> trimestre de 2010, plus de la moitié de la clientèle totale de Telenet a acheté une offre groupée comprenant plus d'un produit. Un tiers de la clientèle totale de Telenet achète l'Internet, la TV numérique et la téléphonie fixe à la fois ;
  - Pour Belgacom, 44% de la clientèle résidentielle de Belgacom est abonnée à plus d'un produit. Parmi ces packs, les offres comprenant la télévision numérique composent une très grande majorité de l'ensemble de la clientèle « multiplay ».
252. L'analyse ci-dessous démontre l'avantage commercial dont dispose Belgacom en particulier pour la commercialisation des offres multiplay. Elle compare en effet les différents types de packs existants sur le marché et la présence des différentes composantes dans ces packs (calculées en terme d'ARPU). De cette comparaison, il ressort que la part pondérée de Belgacom est de ■■■■ (comparée à ■■■■ pour VOO)<sup>177</sup>. Cette analyse démontre aussi l'existence d'une forte corrélation entre la part de

<sup>175</sup> Avis n° 10-A-13 de l'Autorité de la concurrence française du 14 juin 2010 relatif à l'utilisation croisée des bases de clientèle, § 116.

<sup>176</sup> Projet de décision du CSA, § 490 ; Projet de décision du Medienrat, § 338 ; Projet de décision du VRM, §439 ; Projet de décision de l'IBPT, § 440..

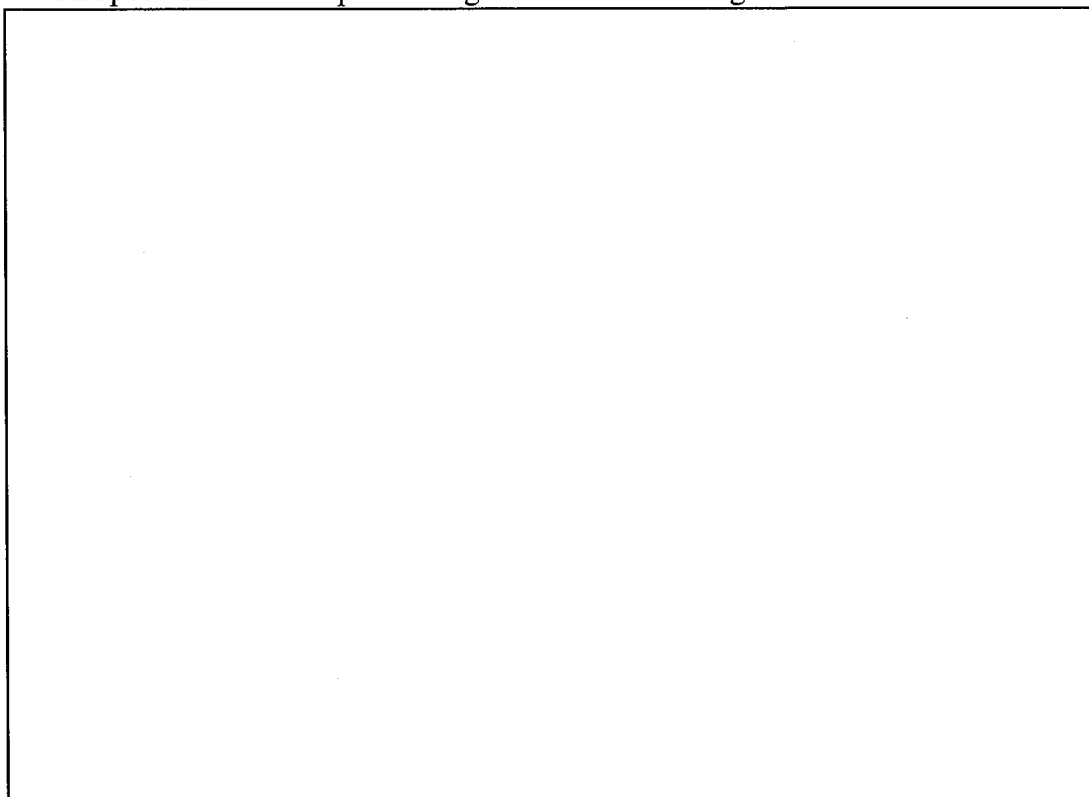
<sup>177</sup> La part de marché pondérée a été calculée sur base de l'ARPU pour chaque composante des offres multiplay avec les parts de marchés des opérateurs dans le segment de produit en question.

marché pour les services d'accès Internet et de téléphonie avec la présence des différents produits dans les packs. En d'autres mots, les produits pour lesquels Belgacom dispose d'une position particulièrement forte (à savoir l'accès à la large bande et la téléphonie) constituent précisément les produits qui se trouvent majoritairement dans les packs.



253. Ceci démontre bien que les différentes composantes des offres multiplay n'ont pas la même valeur stratégique.
254. Il est d'ailleurs avéré que les consommateurs choisissent leur fournisseur multiplay principalement en fonction de leur fournisseur d'accès à Internet large bande et de téléphonie. Il est en effet beaucoup plus facile de changer de fournisseur de service de radiodiffusion que de fournisseur d'accès à Internet. Ainsi, un abonné au service de radiodiffusion de Brutélé n'aura aucune difficulté à passer au service de radiodiffusion de Belgacom, dans la mesure où le décodeur numérique est loué mensuellement. Par contre, un abonné au service d'accès à Internet de Belgacom qui voudrait passer au service d'accès à Internet de Brutélé se heurtera à plusieurs difficultés, dans la mesure où il :
- perdra son adresse e-mail Skynet en passant chez Brutélé. Or, de nombreux clients de Belgacom utilisent leur adresse Skynet comme adresse e-mail principale, particulièrement en Wallonie. Ces clients devront donc nécessairement changer leur adresse e-mail s'ils décident de changer de fournisseur d'accès à Internet ;
  - ne pourra pas réutiliser son modem DSL mais devra acheter un nouveau modem compatible avec le réseau câblé.

255. Ces difficultés constituent des obstacles au changement. Par conséquent, les abonnés au service d'accès à Internet large bande de Belgacom seront enclins à souscrire à l'offre multiplay (incluant la TV) de Belgacom, plutôt que de changer de fournisseur d'accès à Internet large bande, avec tous les inconvénients qui y sont liés, pour souscrire à l'offre multiplay de Brutélé. Belgacom, qui dispose d'une part de marché cinq fois plus élevée que Brutélé sur le marché de l'accès à Internet large bande (à savoir 47,5% contre [0-10]%), bénéficie de ce fait d'un avantage concurrentiel incomparable par rapport à Brutélé. Le réservoir de clientèle unique dont elle dispose sur les marchés de l'Internet à large bande et de la téléphonie constituent un levier significatif pour ses offres multiplay, en ce compris son offre Belgacom TV. C'est ce qui explique le succès spectaculaire de l'offre IPTV de Belgacom, qui figure « *parmi le top trois des plateformes IPTV les plus innovantes et à la croissance la plus rapide au monde* »<sup>178</sup>.
256. Le graphique suivant, extrait d'une étude de Morgan Stanley<sup>179</sup>, confirme qu'au premier trimestre 2010, plus de ■■■ des abonnés au service d'accès à Internet large bande de Belgacom étaient également abonnés à son offre de télévision, ce qui fait de Belgacom TV la deuxième offre IPTV à la croissance la plus rapide au niveau européen en terme de pourcentage d'abonnés à la large bande.



---

<sup>178</sup> Résultats annuels 2009 de Belgacom, p. 6.

<sup>179</sup> Morgan Stanley, Telecommunications services, IPTV day, investing in growth, June 29, 2010.

ii) L'analyse de marché manque de prendre en compte la concurrence potentielle fondée sur l'accès bitstream

257. Le projet de décision n'examine pas la concurrence potentielle des opérateurs alternatifs sur base de l'accès bitstream. Il se limite en effet à examiner (de manière incomplète) la concurrence potentielle sur base de l'accès dégroupé à la boucle locale, en indiquant que :

« Un nouvel entrant pourrait offrir des services TV via la large bande en se servant du DSL et du dégroupage de la boucle locale. Cependant, un déploiement à grande échelle du dégroupage de la boucle locale est onéreux et aucun opérateur belge ne possède actuellement un dégroupage de la boucle locale tel qu'il pourrait desservir la zone de couverture de Brutélé. L'opérateur actuel fournissant des services IPTV via l'offre de dégroupage, Billi n'est actif que dans 3 communes de la zone de couverture de Brutélé. »<sup>180</sup>

258. Brutélé rappelle que, conformément à la note explicative accompagnant la Recommandation de la Commission sur les marchés pertinents, une ARN a l'obligation d'appliquer une approche greenfield modifiée lors de l'analyse des conditions concurrentielles du marché<sup>181</sup>. Cette approche implique que l'ARN prenne en compte la régulation *ex ante* imposée sur le(s) marché(s) en amont pour analyser la

<sup>180</sup> Projet de décision du CSA, § 275 ; Projet de décision du VRM, § 275 ; Projet de décision de l'IBPT, § 275. Tecteo note que le CSA fait référence par erreur à Brutélé dans ce paragraphe, qui est relatif à l'analyse SMP de Tecteo. Cette erreur montre encore une fois le caractère purement artificiel de l'analyse effectuée par les différents régulateurs, qui se sont contentés de faire des copier/coller sans procéder à une analyse *in concreto* des différents critères énumérés dans les Lignes Directrices SMP.

<sup>181</sup> La note explicative accompagnant la Recommandation sur les marchés pertinents de 2007 indique en effet que : « Certains des marchés identifiés dans la Recommandation sont étroitement liés et pour les ARN, il y a une séquence logique pour analyser ces marchés. En général, le marché à analyser en premier lieu est celui situé le plus en amont dans la chaîne verticale de l'offre. Compte tenu de la régulation ex ante imposée sur ce marché (s'il y en a une), une évaluation devrait être réalisée pour voir s'il y a toujours une position SMP sur une base prospective sur le ou les marchés pertinents en aval. Cette méthodologie s'est fait connaître comme 'l'approche Greenfield modifiée'. Donc, l'ARN devrait se frayer un chemin dans la chaîne verticale de l'offre pour atteindre le niveau du ou des marchés de détail. Un marché situé en aval devrait uniquement faire l'objet d'une régulation directe si la concurrence sur ce marché montre une position SMP en la présence d'une régulation de gros sur le ou les marchés pertinents en amont. » Exposé des motifs de la recommandation sur les marchés pertinents de 2007, p. 13 (nous soulignons). Traduction proposée par la Cour d'appel de Bruxelles dans son arrêt du 7 mai 2009 dans l'affaire R.G. 2008/AR/787 (§ 101) de : « *Certain of the markets identified in the Recommendation are interrelated and for NRAs there is a logical sequence for analysing these markets. In general, the market to be analysed first is the one that is most upstream in the vertical supply chain. Taking into account the ex ante regulation imposed on that market (if any), an assessment should be made as to whether there is still SMP on a forward-looking basis on the related downstream market(s). This methodology has become known as the 'modified greenfield approach'. Thus the NRA should work its way along the vertical supply chain until it reaches the stage of the retail market(s). A downstream market should only be subject to direct regulation if competition on that market still exhibits SMP in the presence of wholesale regulation on the related upstream market(s).* »

concurrence sur le marché en aval, en vue de déterminer si, malgré la présence de cette régulation, il subsiste une position PMS sur ce dernier marché. La Cour d'appel de Bruxelles a rappelé la pertinence de cette approche dans son arrêt du 7 mai 2009 concernant un recours introduit par Belgacom à l'encontre de la décision de l'IBPT relative aux marchés 11 et 12 en indiquant notamment que :

*« [l]a Cour examinera [...], in concreto, si l'IBPT a suivi correctement une approche greenfield modifiée, en prenant en compte les effets escomptés de la régulation maintenue sur les marchés en amont (notamment le marché 11) sur la situation concurrentielle du marché en aval (marché 12). »*

259. Or, Brutélé note que le projet de décision n'applique pas correctement l'approche greenfield modifiée, dans la mesure où il ne prend pas en compte les effets escomptés de la régulation imposée sur les marchés (amont) de l'accès dégroupé à la boucle locale et de l'accès bitstream (marchés 4 et 5) sur la situation concurrentielle du marché (aval) de la télévision.
260. Ainsi, le projet de décision ne prend pas en compte le fait que le projet de décision de l'IBPT relatif aux marchés 4 et 5 prévoit explicitement la mise en place d'une obligation d'accès bitstream comprenant la fonctionnalité multicast, afin de permettre aux opérateurs alternatifs de commercialiser des offres multiplay incluant la télévision. Or, il va de soi que la mise en place de cette obligation va à brève échéance modifier substantiellement la structure concurrentielle du marché de la télévision et des offres multiplay en général.
261. En effet, certains opérateurs alternatifs DSL comme Mobistar ou KPN Group Belgium disposent déjà d'une forte position sur les marchés de la téléphonie mobile et de l'Internet à large bande sur laquelle ils pourront s'appuyer pour prendre pied sur les marchés de la télévision et des offres multiplay, en faisant une utilisation croisée de leur importante base de clientèle (*cross-selling*). Une comparaison des bases de clientèle de Brutélé d'une part, à savoir [REDACTED] clients, et de Mobistar et KPN Group Belgium d'autre part, qui ont chacun plus de 3,5 millions de clients, suffit à illustrer l'avantage significatif dont disposent ces derniers pour s'implanter sur le marché de la télévision et des offres multiplay.
262. Il sera d'autant plus facile pour les opérateurs alternatifs DSL de pénétrer le marché de la télévision sur base de l'accès bitstream que l'offre de gros de Belgacom (le BROBA) est particulièrement avantageuse. Elle permet en effet aux opérateurs alternatifs de s'interconnecter sur quelques points dans le réseau de Belgacom pour avoir une couverture nationale. Les prix pour ce type d'accès sont aussi sujets au principe d'orientation sur les coûts et reflètent dès lors les importantes économies dont bénéficie Belgacom grâce à sa taille et son intégration verticale. Les conditions d'accès pour le BROBA ont même été considérées comme étant trop avantageuses par certaines instances comme la Commission européenne ou le Conseil de la concurrence. Ce type d'accès permettra donc une entrée rapide pour les nouveaux entrants.
263. En outre, le projet de décision ne prend pas en compte le fait que l'accès dégroupé à la boucle locale et l'accès au débit binaire actuellement disponibles sur le réseau de

Belgacom permettent déjà le lancement d'offres de télévision et d'offres « multiplay ». La meilleure preuve en est que Mobistar a lancé en octobre 2010 une offre de télévision basée sur la technologie satellite combinée à l'accès dégroupé à la boucle locale et l'accès au débit binaire au réseau de Belgacom. Contrairement à ce que présage l'IBPT dans son projet de décision relative aux marchés 4 et 5<sup>182</sup>, cette offre s'est rapidement révélée être un succès pour Mobistar. Un article de presse paru le 21 janvier 2011 indiquait que :

*« [L]'offre en télévision interactive de Mobistar rencontrerait un succès inattendu qui surprendrait la direction de l'opérateur mobile elle-même. Signe de cet engouement, des revendeurs ont même été confrontés à une pénurie de décodeurs en raison de l'ampleur de la demande. [...] Selon plusieurs sources, on parle [...] d'un chiffre [d'abonnés à Mobistar TV] compris entre '20.000 et 50.000 clients' [...].*

*'Au départ, nos propres clients étaient le premier groupe cible de Mobistar TV', concède Thomas Parvais, product manager pour la télévision. Comment expliquer ce démarrage de Mobistar TV dans un marché déjà saturé d'offres en télévision numérique ? Selon un consultant spécialisé, la télévision par satellite est un mode de raccordement familier à certains segments du marché, comme les populations immigrées qui l'utilisent pour capter des chaînes qu'on ne retrouve pas toujours dans les autres bouquets. En outre, la proposition de valeur se révèle très compétitive : pour 55 € par mois, le client reçoit 250 chaînes télé et radio, l'Internet, la téléphonie fixe illimitée et le mobile.*

*Dernier facteur, la qualité de la plate-forme : l'interface de Mobistar TV est assez plaisante à l'usage et affiche par exemple une navigation plus fluide que Belgacom TV grâce à la bande passante plus large du satellite. »<sup>183</sup>*

264. Dans un autre article de presse paru le 25 janvier 2011, le CEO de Mobistar Benoît Scheen n'a pas caché sa satisfaction devant le succès de l'offre TV, non seulement auprès de clients existants de Mobistar, mais aussi auprès de clients d'autres fournisseurs de TV numérique :

*« De gedelegeerd bestuurder verklaarde vooraf wel tevreden te zijn over hoe Mobistar Digital TV aanslaat. 'Niet alleen bij onze klanten, maar ook bij die van andere leveranciers van digitale tv.' De mobiele*

<sup>182</sup> Projet de décision de l'IBPT relative aux marchés 4 et 5, § 1017, où l'IBPT indique qu'il « estime [...] qu'il est très improbable que Mobistar puisse développer à l'aide de la TV par satellite une offre triple play pleinement concurrentielle. »

<sup>183</sup> Article de la Libre Belgique du 21/01/2011, « Succès surprise pour Mobistar TV ».

*operator lanceerde zijn aanbod van 500 satellietkanalen met of zonder interactieve diensten in oktober.*

*Snoept Mobistar dan tv-klanten af van Belgacom of eerder Telenet? 'Een beetje van alles. Het product slaat trouwens aan in zowel Vlaanderen, Brussel als Wallonië', zei Scheen. Het is ook uitkijken naar de impact van Mobistar Digital TV op TV Vlaanderen en Télésat, die net als de Bel20'er een digitaal aanbod hebben via de satelliet. »<sup>184</sup>*

265. Cet article confirme bien l'important avantage concurrentiel dont bénéficie un opérateur comme Mobistar, qui dispose déjà d'une base de clientèle importante estimée à 3,8 millions de clients à l'échelle nationale. Cette base de clientèle constitue une plateforme unique pour étendre la gamme de services qu'un opérateur comme Brutélé (avec [REDACTED] clients) et une présence locale ne peut égaler. Ces articles confirment également la qualité de la plateforme satellite et le fait que le satellite représente une réelle concurrence dans le domaine de la radiodiffusion télévisuelle.
266. Le régulateur tente aussi de réduire l'importance que revêt l'ULL, en particulier pour la zone de couverture urbaine du réseau de Brutélé. Il convient en effet de constater que selon les statistiques relatives à la pénétration de dégroupage reprises dans le projet de décision relatif aux marchés 4 et 5, le dégroupage avait atteint 10% des lignes à large bande pour la zone bruxelloise<sup>185</sup>. Il s'avère aussi que pour la plupart des communes couvertes par le réseau de Brutélé, au moins un opérateur alternatif dispose d'un accès dégroupé à la boucle locale.<sup>186</sup> Or, le régulateur entend maintenir cette forme d'accès dans les années à venir et la Belgique propose actuellement les tarifs ULL parmi les bas d'Europe.<sup>187</sup> Il s'agit d'une source de concurrence importante et incontestable à laquelle Brutélé doit faire face.
267. Il découle de ce qui précède qu'il existe clairement une concurrence potentielle susceptible d'affecter sensiblement et à brève échéance la position de Brutélé sur le marché pertinent. Cette concurrence potentielle est complètement ignorée par le projet de décision, alors qu'elle est d'une importance primordiale pour évaluer les conditions de concurrence sur le marché pertinent, comme l'a récemment rappelé la Cour d'appel de Bruxelles dans son arrêt précité du 7 mai 2009 :

*« L'analyse de la concurrence potentielle doit nécessairement prendre en compte des anticipations. [...] Les Lignes Directrices SMP le précisent au § 74 : 'La puissance d'une entreprise sur le marché peut être limitée par l'existence de concurrents potentiels. Les ARN doivent donc tenir compte de l'éventualité que des entreprises n'exerçant pas*

<sup>184</sup> « Mobistar tevreden over succes digitale tv », *De Tijd* 25 januari 2010.

<sup>185</sup> § 398.

<sup>186</sup> Projet de décision de l'IBPT relatif aux marchés 4 et 5, § 410.

<sup>187</sup> Voy. projet de décision de l'IBPT relatif aux marchés 4 et 5, § 419.

*encore d'activité sur le marché de produits pertinent puissent décider à moyen terme d'y prendre pied à la suite d'une augmentation légère mais significative et durable des prix. Les ARN doivent considérer les entreprises qui sont capables, en réponse à une telle augmentation des prix, de modifier ou d'étendre leur gamme de produits et/ou de services et d'entrer sur le marché pertinent comme des concurrents potentiels alors même qu'elles n'offrent pas encore le produit ou service pertinent.' [...]*

*Le § 80 des Lignes Directrices SMP souligne l'importance capitale de la concurrence potentielle et l'érosion progressive des barrières à l'entrée existantes sur les marchés des communications électroniques et recommande une approche prospective lors de l'évaluation du jeu de la concurrence.*

*Lors de l'examen des barrières à l'entrée et en vue des Lignes Directrices SMP précitées, il incombe donc à l'IBPT d'accorder un poids primordial à une analyse prospective de la concurrence potentielle [...] sur le marché pertinent. »<sup>188</sup>*

*iii) Le projet de décision surestime l'importance de la télévision analogique*

268. Le projet de décision considère que la possibilité qu'a Brutélé de fournir des signaux de télévision analogiques constitue « *un facteur important qui renforce la position dominante de Brutélé sur sa zone de couverture* » aux motifs que :
- la télévision analogique est très difficile à dupliquer par les concurrents et continue d'avoir une grande importance sur le marché de la radiodiffusion. Selon le projet de décision, [50-60]% des téléspectateurs dans la zone de couverture de Brutélé regardent uniquement la télévision en analogique, alors que [10-20]%<sup>189</sup> des téléspectateurs reçoivent des signaux numériques et analogiques en même temps.
  - la possibilité de fournir des signaux de télévision analogiques en même temps que des signaux TV numériques, permettant à des ménages possédant plusieurs postes de TV de regarder en même temps la TV numérique sur un poste de TV et la TV analogique sur d'autres postes de TV, constitue une barrière au changement significative dans la mesure où, selon le projet de décision, plus de 40% des ménages belges disposent de 2 TV ou plus. La fonctionnalité analogique permet également aux clients de regarder la télévision et d'enregistrer un autre programme en même temps.

<sup>188</sup> Bruxelles, 7 mai 2009, R.G. 2008/AR/787, §§ 243, 245 et 246 (nous soulignons).

<sup>189</sup> Brutélé note que ce chiffre de [10-20]% n'est pas cohérent avec la réponse à la question 8/3 de l'enquête de marché 2010 de l'IBPT, dont il ressort que seuls 5% des téléspectateurs reçoivent la télévision numérique avec la télévision analogique.

269. Le projet de décision surestime l'avantage que procure la possibilité de fournir des signaux de télévision analogiques.
270. Rappelons tout d'abord que, conformément aux Lignes Directrices SMP, l'ARN doit procéder à une évaluation structurelle prospective du marché pour établir l'existence d'une position dominante, « *en tenant compte de l'évolution escomptée ou prévisible du marché pendant une période d'une durée raisonnable.* » Les Lignes Directrices SMP insistent en particulier sur le fait que l'ARN doit apprécier de manière prospective la facilité avec laquelle il est possible d'accéder au marché :

*« l'importance des barrières à l'entrée peut être relativisée sur des marchés évoluant au rythme des progrès technologiques. Sur les marchés des communications électroniques, les pressions concurrentielles peuvent provenir des ambitions innovatrices de concurrents potentiels qui ne sont pas encore présents sur le marché. Sur ces marchés, l'évaluation du jeu de la concurrence devra se faire en suivant une approche prospective. »<sup>190</sup>*

271. Comme déjà indiqué ci-dessus, la Cour d'appel de Bruxelles a de même souligné dans son arrêt du 7 mai 2009 l'importance d'adopter une approche prospective lors de l'examen des barrières à l'entrée, en relevant notamment que « *les évolutions technologiques [...] sont susceptibles de les éroder progressivement* »<sup>191</sup>.
272. Or, force est de constater que la télévision analogique constitue une technologie dépassée par rapport à la télévision numérique qui offre bien plus d'avantages et que de plus en plus de téléspectateurs migrent de la télévision analogique vers la télévision numérique. Le projet de décision reconnaît lui-même dans le cadre de la définition de marché que :

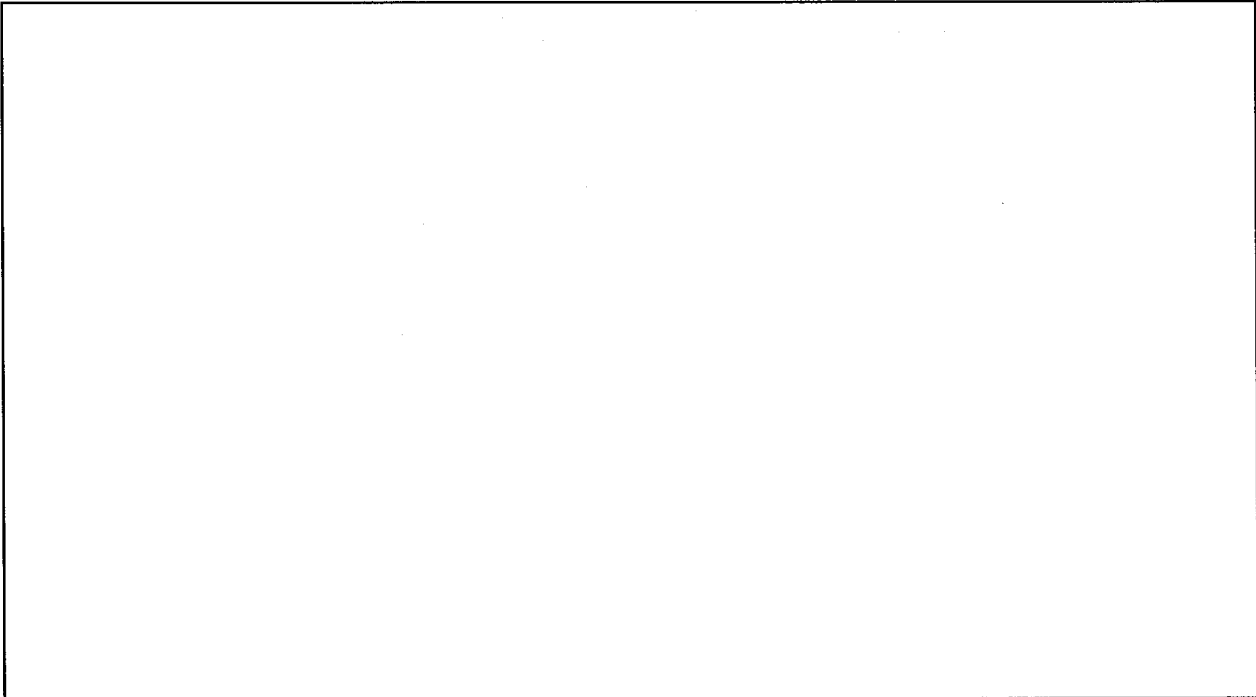
- la télévision numérique présente de nombreux avantages par rapport à la télévision analogique : « *la qualité du son et de l'image des offres de télévision numérique est supérieure à celle des offres de télévision analogique. La télévision numérique peut donner accès à un plus grand nombre de chaînes de TV, ainsi qu'à une gamme plus étendue de services et de fonctionnalités, comme la télévision interactive, la vidéo à la demande (VoD), la télévision de rattrapage et la télévision haute définition (HDTV).* »
- il existe « *une tendance générale du marché dans la direction de la télévision numérique* » et, ainsi que le montre la figure 4.2 du projet de décision, « *le nombre de téléspectateurs numériques ne cesse d'augmenter.* »
- les téléspectateurs préfèrent regarder la télévision numérique : « *L'enquête de marché 2010 de l'IBPT montre qu'une très grande majorité des téléspectateurs qui peuvent regarder la TV tant analogique que numérique*

<sup>190</sup> Lignes Directrices SMP, § 80.

<sup>191</sup> Bruxelles, 7 mai 2009, R.G. 2008/AR/787, § 206. Voy. également les §§ 243, 245 et 246 précités.

*regardent principalement la TV numérique. Cela prouve bien que les téléspectateurs de la TV numérique attachent de l'importance aux avantages de la TV numérique [...] et qu'il est peu probable qu'ils fassent marche arrière pour ne plus regarder que la TV analogique. »*

273. Enfin, le graphique ci-dessous démontre la forte décroissance de la télévision numérique entre 2006 et 2010 (avec une chute de [REDACTED]). Une extrapolation pour les années à venir démontre que l'offre analogique représentera à peine [REDACTED] des connexions TV en 2014. Ceci démontre donc bien que cette technologie est une technologie déclinante.



274. Les régulateurs se doivent de prendre en compte ces éléments dans le cadre de leur analyse de marché afin d'évaluer les barrières à l'entrée de manière prospective. L'évolution technologique et la migration croissante de la télévision analogique vers la télévision numérique sont en effet de nature à relativiser considérablement l'avantage que Brutélé pourrait encore retirer de la fonctionnalité analogique.
275. Brutélé note également que les avantages que les régulateurs prêtent à la possibilité pour Brutélé de pouvoir fournir en même temps des signaux TV analogiques et numériques sont contredits par la propre enquête de marché 2010 de l'IBPT. En effet, cette enquête révèle que :
- seuls 26% des téléspectateurs disposent de plus d'un poste de télévision<sup>192</sup> et sont donc concernés par la possibilité de regarder en même temps la TV

<sup>192</sup> Question 2/2, 3 et 4.

numérique sur un poste de TV et la TV analogique sur d'autres postes de TV, contre 40% des ménages belges comme indiqué dans le projet de décision. Il est révélateur que l'IBPT s'appuie pour la circonstance sur une autre étude de marché, datant de 2008, que celle de 2010 à laquelle il fait par ailleurs référence à de multiples reprises dans le projet de décision.

- 100% des téléspectateurs qui disposent de la TV numérique et de la TV analogique regardent principalement la TV numérique<sup>193</sup>.
- seuls 2% des téléspectateurs abonnés à la télévision analogique considèrent que la possibilité de regarder la télévision et d'enregistrer un autre programme en même temps constitue un avantage<sup>194</sup>.
- parmi les utilisateurs qui ont deux fournisseurs de télévision dans la zone de couverture de Brutélé (à savoir 5% des utilisateurs), il y a beaucoup plus d'abonnés de Brutélé qui ont également un abonnement chez Belgacom (63%)<sup>195</sup> que d'abonnés de Belgacom qui ont également un abonnement chez Brutélé (8%)<sup>196</sup>. On peut en déduire que seule une très faible proportion d'abonnés à la télévision numérique chez Belgacom est intéressée à avoir en même temps la télévision analogique chez Brutélé, ce qui montre encore une fois le désintéret des téléspectateurs pour la télévision analogique.

276. En outre, comme le reconnaît le régulateur dans le cadre de la définition de marché, les avantages que pourrait encore présenter la télévision analogique s'estompent en raison des progrès technologiques de la télévision numérique, en ce compris les services « deuxième écran » et « NPVR »<sup>197</sup> de Belgacom TV :

*« Les derniers progrès technologiques ont tendance à réduire les avantages de la TV analogique pour les clients qui ne regardent que la TV numérique. Par exemple, le pack IPTV de Belgacom (soit la majorité des téléspectateurs qui ne regardent que la TV numérique) offre également la possibilité de regarder et d'enregistrer des émissions simultanément (pour 80% de la clientèle de Belgacom TV). Belgacom TV peut aussi être utilisée simultanément sur plusieurs postes de télévision mais cette formule est plus onéreuse du fait des frais d'équipement supplémentaires et n'est disponible que pour les connexions VDSL2. »<sup>198</sup>*

<sup>193</sup> Question 9/1.

<sup>194</sup> Question 10/2.

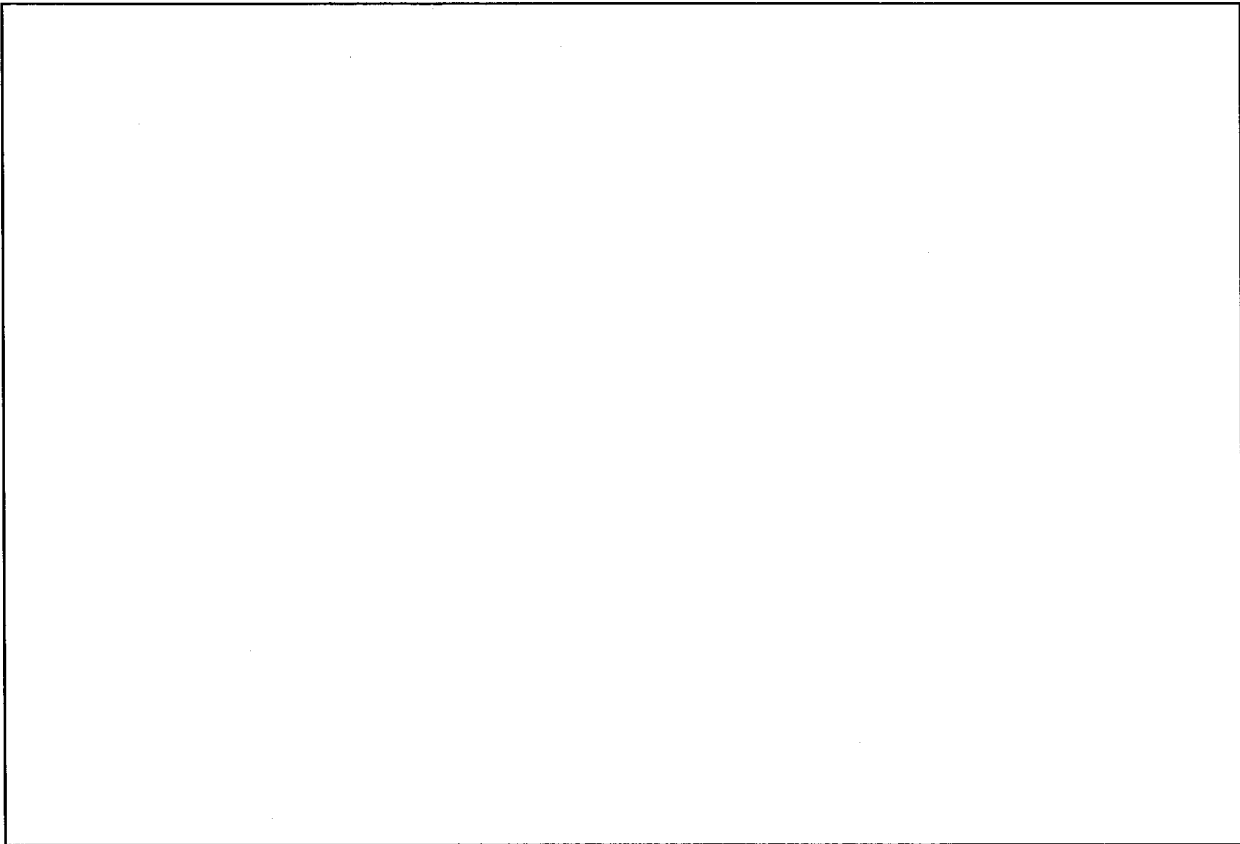
<sup>195</sup> Question 5/2.

<sup>196</sup> Question 5/3.

<sup>197</sup> Ce service permet de regarder une chaîne et d'enregistrer 2 autres chaînes en même temps.

<sup>198</sup> Projet de décision du CSA, §85 ; projet de décision du Medienrat, §85 ; projet de décision du VRM, §85 ; projet de décision de l'IBPT, §85

277. En outre, les clients peuvent regarder simultanément plusieurs postes de télévision en qualité « SD », ce qui correspond à la télévision analogique des câblo-opérateurs. Chez Belgacom un canal « HD » correspond à  $\pm 3$  canaux « SD », et rien n'empêche le client de regarder un poste de télévision en « HD » et plusieurs autres postes TV en « SD » comme le permet l'offre de télévision des câblo-opérateurs. La nécessité de décodeurs supplémentaires pour cet usage n'est pas non plus un obstacle car il existe sur le marché des décodeurs « IP » avec un minimum de spécificités techniques et un prix très limité. Certes Belgacom n'a, à ce jour (et à la connaissance de Brutélé), pas offert ce type de décodeurs sur le marché. Ceci confirme cependant l'absence de demande comme le montre d'ailleurs l'enquête de l'IBPT.
278. Belgacom peut donc en tout état de cause offrir une connexion à une deuxième, voire même à une troisième TV. Le graphique ci-dessous démontre bien que la TV analogique ne dispose pas d'un avantage concurrentiel compte tenu de la facilité de multi-homing. Il en ressort que l'avantage multi-homing ne constitue qu'un avantage pour moins de ■ des foyers dans la zone de couverture de Tecteo.



279. Enfin, la progression significative que Belgacom a connue et continue de connaître sur le marché de la radiodiffusion alors même qu'elle ne dispose pas d'une offre de télévision analogique démontre à suffisance qu'il n'est pas nécessaire de disposer d'une telle offre pour s'implanter avec succès sur ce marché. Belgacom reconnaît

elle-même qu'avec plus de 920.000 clients fin septembre 2010, « *Belgacom TV est une vraie success-story* »<sup>199</sup> et figure « *parmi le top trois des plateformes IPTV les plus innovantes et à la croissance la plus rapide au monde* »<sup>200</sup> en dépit de la concurrence du câble.

280. Belgacom a d'ailleurs elle-même récemment confirmé lors d'une audition au Parlement flamand qu'elle n'avait pas l'intention d'utiliser l'accès au réseau analogique. Lors d'une audition au Parlement wallon, Belgacom a également indiqué que « *[c]e qu'on observe, c'est qu'il y a, d'un point de vue commercial, une migration des clients de l'offre analogique vers une offre digitale, parce que l'offre digitale permet plus d'interactivité et est plus riche.* »<sup>201</sup> Ceci confirme bien que l'offre analogique ne constitue pas un avantage commercial significatif.

*iv) L'analyse de marché repose sur une appréciation erronée de l'évolution des prix des offres TV*

281. Le projet de décision considère que l'évolution des prix des offres TV montre que Brutélé détermine ses prix indépendamment de son principal concurrent Belgacom TV. Selon le régulateur, ceci ressort en particulier de ce que :

- le prix de l'offre de TV analogique de Brutélé a augmenté en dépit de l'entrée de Belgacom sur le marché ;
- le prix du pack de base de TV numérique de Brutélé est aligné sur l'offre analogique et a même augmenté.

282. Brutélé estime que cette analyse est erronée. En réalité, les augmentations du prix de détail de la télévision ont été minimales (surtout si on prend en compte l'inflation), et ont été nécessaires pour répondre à l'augmentation des coûts liés notamment aux investissements au niveau opérationnel et à l'amélioration du service.

283. Il ressort également du projet de décision de l'IBPT relative aux marchés 4 et 5 que le prix des offres multiplay de Brutélé, en ce compris l'offre multiplay incluant la TV, est systématiquement inférieur à la concurrence. Ainsi, le prix de l'offre multiplay Internet + téléphone fixe + TV de Brutélé est de 43 euros, alors que le prix de la même offre chez Belgacom et Telenet est de respectivement 51,4 et 58,3 euros<sup>202</sup>.

284. L'évolution des tarifs démontre par conséquent que Brutélé n'est pas en mesure de déterminer ses tarifs indépendamment de la concurrence mais applique au contraire des tarifs inférieurs sinon équivalents à ceux de la concurrence. Il en découle que

<sup>199</sup> Rapport trimestriel Q3 2010 de Belgacom, p. 4.

<sup>200</sup> Résultats annuels 2009 de Belgacom, p. 6.

<sup>201</sup> Audition de représentants de Belgacom à la séance publique de la Commission de l'Economie, du Commerce extérieur et des Technologies nouvelles du 5 octobre 2010, Parlement wallon, session 2010-2011, C.R.I.C., n° 6 (2010-2011), p. 14.

<sup>202</sup> Projet de décision de l'IBPT relative aux marchés 4 et 5, p. 103 (figure 3.35).

Brutéle ne saurait être considéré comme disposant d'une puissance significative sur le marché. En effet, comme l'a souligné la Commission dans ses Lignes Directrices SMP, « *cette puissance se mesure [...] essentiellement à la possibilité que l'entreprise concernée a d'augmenter ses prix en restreignant sa production sans enregistrer une baisse significative de ses ventes ou de ses recettes.* »<sup>203</sup>

285. Par ailleurs, le projet de décision néglige de prendre en compte le fait que le tarif de l'offre de télédistribution de Brutélé fait l'objet d'une régulation en vertu de l'Arrêté ministériel du 20 avril 1993 portant dispositions particulières en matière de prix. L'article 3 de cet arrêté impose en effet aux entreprises du secteur de la télédistribution de faire une demande préalable au Ministre qui a les Affaires économiques dans ses attributions avant d'appliquer une hausse de prix.
286. Cette réglementation doit être prise en compte dans le cadre de l'analyse de marché, conformément à l'approche greenfield. La Commission a en effet déjà eu l'occasion d'indiquer que :

*« Au plan méthodologique, les obligations découlant de la réglementation existante, autre que la réglementation spécifique imposée en regard de la PMS identifiée sur le marché analysé présentement, doivent être prises en considération lors de l'évaluation de la possibilité d'une entreprise de se comporter de manière indépendante de ses concurrents et de ses clients sur ce marché »*<sup>204</sup>.

287. Il est d'autant plus surprenant que le régulateur ne prenne pas en compte la réglementation contrôlant l'augmentation des prix de détail de la télédistribution que, dans son projet de décision du 17 janvier 2007, le CSA avait expressément précisé que cette réglementation devait être prise en compte dans l'analyse de marché au nom de l'approche greenfield<sup>205</sup>. Dans le cadre de la discussion relative à l'analyse greenfield, nous avons aussi démontré que cette réglementation a encore récemment contraint Brutélé à réduire une proposition d'augmentation tarifaire justifiée sur base d'investissements de réseaux.

<sup>203</sup> Lignes Directrices SMP, § 73.

<sup>204</sup> Décision de la Commission C(2005)1442 du 17 mai 2005 dans le cas DE/2005/0144, § 22. Voy. également les commentaires de la Commission du 11 mars 2005 dans le cas DE/2005/0144 (SG-Greffé (2005) D/201075), pp. 3-5. Voy. encore la décision de la Commission C(2004)4070 du 20 octobre 2004 dans le cas AT/2004/0090, où la Commission a souligné que « *[u]ne analyse en l'absence de régulation doit examiner si les conditions de marché qui prévaudraient dans ce cas présenteraient effectivement les caractéristiques de l'existence d'une concurrence effective sur le marché pertinent* » (§ 26).

<sup>205</sup> Projet de décision du CSA du 17 janvier 2007 relative au marché de gros de la livraison audiovisuelle en ligne par câble coaxial de couverture locale, p. 16 : « *il y a des obligations qui ne dépendent pas du résultat de l'analyse, et qui dès lors devront être prises en compte dans l'analyse : [...] un arrêté ministériel de 1993 prévoit une réglementation fédérale de l'augmentation des prix de détail des câblodistributeurs.* » Voy. également p. 66.

v) Le projet de décision manque de prendre en compte le contre-pouvoir d'acheteur des fournisseurs de contenu

288. Le projet de décision estime que la nécessité de devoir négocier des droits de contenu avec les propriétaires de contenu constitue une barrière à l'entrée sur le marché des services de radiodiffusion pour des nouveaux entrants potentiels.
289. Cette affirmation n'apparaît cependant nullement justifiée. En effet, dans la mesure où un petit opérateur comme Billi a réussi à négocier des droits de contenu pour pénétrer le marché des services de radiodiffusion, il apparaît peu vraisemblable que la nécessité de négocier des droits de contenu puisse véritablement constituer une barrière à l'entrée sur ce marché. L'existence de sociétés de gestion collective des droits comme SACD, la SABAM ou l'AGICOA et le régime spécifique applicable pour la transmission audiovisuel permet aussi de réduire les obstacles liés à l'accès au contenu.
290. Par contre, le projet de décision n'analyse en aucune manière l'existence d'un contre-pouvoir d'acheteur dans le chef des fournisseurs de contenu et son impact sur le marché de détail. Il s'agit pourtant d'un critère fondamental que les ARN doivent prendre en compte pour mesurer la capacité de l'entreprise à se comporter de manière indépendante sur le marché.
291. Or, le fait est que les fournisseurs de contenu disposent d'un contre-pouvoir d'acheteur important à l'égard des opérateurs. En effet, les fournisseurs de contenu tendent à vouloir s'assurer une audience la plus large possible, afin de maximiser la rentabilité de la plateforme négociée avec l'opérateur. Ils exercent par conséquent une pression significative sur l'opérateur afin que celui-ci ait la base d'abonnés la plus large possible. Ce contre-pouvoir des acheteurs a pour effet de restreindre la capacité des opérateurs à se comporter de manière indépendante en augmentant par exemple les tarifs de leurs offres. La migration de la clientèle vers la plateforme satellite dans les communes germanophones du pays illustre bien l'importance que relève le contenu sur la position des câblo-opérateurs. Tecteo a en effet perdu un nombre important de clients en faveur du satellite compte tenu du fait qu'elle ne fournissait pas le même contenu en terme de chaînes germanophones. Cette dynamique ne peut être ignorée dans l'analyse de marché.

vi) Le projet de décision ne tient pas compte de ce que Brutélé est un opérateur marginal comparé à ses concurrents

292. Dans ses Lignes Directrices SMP, la Commission impose aux ARN de procéder à une analyse approfondie et exhaustive des caractéristiques économiques du marché avant de conclure à l'existence d'une puissance sur le marché, en examinant notamment la taille globale de l'entreprise, les avancées ou la supériorité technologiques, l'accès facile ou privilégié aux marchés des capitaux et aux ressources financières, ainsi que l'existence d'un réseau de distribution et de vente très développé<sup>206</sup>.

<sup>206</sup>

Lignes Directrices, § 78.

293. Une analyse de ces critères révèle que Brutélé est un opérateur marginal sur le marché belge (et *a fortiori* à l'échelle européenne) comparé à des opérateurs comme Belgacom, Telenet, Mobistar ou KPN Group Belgium, et ne saurait par conséquent être considéré comme disposant d'une puissance significative sur le marché.
294. Premièrement, il saute aux yeux que la taille globale de Brutélé est sans commune mesure avec celle de ses concurrents directs, comme l'illustrent les données reprises au numéro 197 ci-dessus.
295. Deuxièmement, Brutélé ne dispose pas d'un réseau aussi avancé sur le plan technologique que celui de ses concurrents. En effet, contrairement à Telenet et Numericable, le réseau de Brutélé n'est pas encore totalement bidirectionnel<sup>207</sup>, ce qui signifie que Brutélé n'est pas encore complètement en mesure d'offrir des services de télévision numérique interactive et d'accès à Internet à large bande sur l'ensemble de son réseaux. Comme le reconnaît dans le projet de décision, « [c]ette situation a un impact sur les offres et la compétitivité [de Brutélé] par rapport à aux offres IPTV de Belgacom. »<sup>208</sup>
296. Troisièmement, Brutélé n'a pas d'accès spécifique et privilégié aux marchés des capitaux et ressources financières, ce que le régulateur confirme d'ailleurs dans son projet de décision<sup>209</sup>. A la différence de ses concurrents directs, Brutélé ne fait pas partie d'un groupe international de télécommunications lui assurant des ressources importantes. Le Conseil de la concurrence a eu l'occasion de souligner les avantages découlant de l'appartenance à un groupe dans le cadre de sa décision relative aux pratiques abusives mises en œuvre par Belgacom Mobile sur le marché de la téléphonie mobile. Le Conseil de la concurrence a en effet considéré que :

*« En ce qui concerne la puissance financière et l'appartenance au groupe Belgacom, le Conseil estime que, sans doute [Belgacom Mobile] a bénéficié de certains avantages au niveau du développement de son réseau. Le Conseil estime que le fait d'appartenir au groupe Belgacom procure certainement des avantages à [Belgacom Mobile] [...]. [...] Cependant, il faut constater qu'aussi bien Mobistar que Base font partie de groupes internationaux et disposent de ce chef de*

<sup>207</sup> Le régulateur le constate d'ailleurs lui-même dans le Projet de décision (§ 40.2). De même, dans son Projet de décision relative à l'analyse des marchés 4 et 5, l'IBPT indique que « *il existe encore des zones en Wallonie où les réseaux câblés ne fournissent que des services de télévision à l'exclusion des services d'accès à large bande (dans ces régions, les réseaux câblés doivent être mis à niveau et devenir bidirectionnels pour offrir des services d'accès à large bande)* » (§ 186).

<sup>208</sup> Projet de décision du CSA, § 165 ; Projet de décision du Medienrat, § 165 ; Projet de décision du VRM, § 165 ; Projet de décision de l'IBPT, § 165.

<sup>209</sup> Projet de décision du CSA, § 286 ; Projet de décision du VRM, § 286 ; Projet de décision de l'IBPT, § 286.

*ressources importantes, voire équivalentes à celles de [Belgacom Mobile]. »<sup>210</sup>*

297. Quatrièmement, Brutélé ne dispose pas d'un réseau de vente aussi étendu que celui de Belgacom, Mobistar ou KPN Group Belgium.
298. Force est de constater que le projet de décision ne tient pas compte de ces éléments dans son analyse de marché, alors qu'il s'agit de critères clés pour apprécier l'existence d'une puissance sur le marché dans le chef de Brutélé. C'est d'autant plus surprenant que, lors de sa récente audition devant le Parlement wallon, Monsieur Bellens, CEO de Belgacom, a lui-même reconnu que *« du côté des câblo-opérateurs, et en particulier wallons, il faut tenir compte du fait qu'ils sont sensiblement plus petits que nous, et il ne faut pas nécessairement ouvrir leur réseau en tant que tel. »<sup>211</sup>*
299. Les conclusions de l'analyse de marché effectuée dans le projet de décision sont également contradictoires avec les conclusions du projet de décision de l'IBPT relatif au marché 1 (marché de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée), où l'IBPT souligne que :

*« Il existe cependant des différences entre Belgacom et les câblodistributeurs :*

*- Belgacom occupe la 19<sup>e</sup> place dans la liste dressée par Trends Tendances des entreprises classées par chiffre d'affaires, Telenet, son concurrent direct, doit se contenter de la 80<sup>e</sup> place ;*

*- Belgacom occupe une position forte sur chaque segment de marché de raccordement, tandis que les câblodistributeurs s'adressent surtout à un public résidentiel ;*

*- Belgacom peut offrir pratiquement chaque service de communication électronique et est active sur des marchés sur lesquels les câblodistributeurs ne sont pratiquement pas présents (lignes louées) ;*

*- Belgacom a une couverture nationale : celle des câblodistributeurs est limitée : même le principal câblodistributeur ne couvre qu'une partie du territoire belge. »<sup>212</sup>*

---

<sup>210</sup> Décision n° 2009-P/K-10 du Conseil de la concurrence du 26 mai 2009 dans l'affaire CONC-P/K-05/0065 Base/BMB, §§ 158 et 159.

<sup>211</sup> Audition de Mr. Bellens, CEO de Belgacom, à la séance publique de la Commission de l'Economie, du Commerce extérieur et des Technologies nouvelles du 5 octobre 2010, Parlement wallon, session 2010-2011, C.R.I.C., n° 6 (2010-2011), p. 16.

<sup>212</sup> Projet de décision de l'IBPT relatif à l'analyse du marché 1 (marché de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée), soumis à consultation publique, figure 3.9, p. 46.

**D. L'ANALYSE DES REMÈDES****1. Les remèdes****i) Observations générales**

300. Brutélé a repris ci-dessous ses observations relatives aux remèdes préconisés dans le projet de décision. Il est évident que ces observations sont faites sous toute réserve, compte tenu de la nécessité de revoir la définition de marché ainsi que l'analyse PMS à la lumière des commentaires précédents.
301. Avant d'examiner les remèdes proposés en détail, il convient de formuler une série de réflexions de nature générale concernant :
- la portée du principe de proportionnalité, qui constitue le fil conducteur d'une analyse de remèdes ;
  - (l'absence) d'analyse coûts/bénéfices des remèdes préconisés dans le projet de décision ;
  - l'absence de nécessité des mesures préconisées compte tenu de l'existence de remèdes de gros en amont ;
  - l'inadéquation et le caractère discriminatoire des remèdes ;
  - la nécessité d'exclure Belgacom comme bénéficiaire des remèdes ;
  - les effets pervers et les problèmes liés à l'application d'un remède *retail minus* ;
  - les problèmes liés à la mise en œuvre des remèdes.

**ii) Le principe de proportionnalité : fil conducteur de l'analyse**

302. Le critère de proportionnalité constitue la clef de voûte de toute analyse de remèdes. Ce principe constitue un principe général de droit communautaire<sup>213</sup> et est mentionné à plusieurs reprises dans les directives du cadre réglementaire<sup>214</sup>. Le principe de

<sup>213</sup> Selon la Cour de Justice, « Le principe de proportionnalité est reconnu par une jurisprudence constante de la Cour de Justice comme faisant partie des principes généraux du droit communautaire: en vertu de ce principe, la légalité de mesures imposant des charges financières aux opérateurs est subordonnée à la condition que ces mesures soient appropriées et nécessaires à la réalisation des objectifs légitimement poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante, et que les charges imposées ne doivent pas être démesurées par rapport aux buts visés ». C.J.C.E., 11 juillet 1989, Herman Schröder, aff. 265/87, Rec., 1989, p. 2237, para. 21.

<sup>214</sup> L'article 8, §1 de la Directive Cadre dispose ainsi que « [I]es Etats membres veillent, dans l'accomplissement des tâches de réglementation spécifiées dans la présente directive ainsi que dans les directives particulières, à ce que les autorités réglementaires nationales prennent toutes les mesures

proportionnalité est également transposé à l'article 5 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, lequel requiert que les mesures imposées soient « basées sur la nature des problèmes constatés », soient « appliquées proportionnellement et justifiées ». A cet égard, la Cour d'appel de Bruxelles a confirmé que :

*« le régulateur doit rechercher, au cas par cas, les remèdes appropriés pour rencontrer de la façon la plus adéquate tous ses objectifs qu'il doit tenter de concilier entre eux. Cette appréciation faite in concreto, est susceptible de varier dans le temps. »<sup>215</sup>*

303. L'importance du principe de proportionnalité pour apprécier la validité de la régulation ressort également des Lignes Directrices SMP de la Commission, qui indiquent que :

*« [l]e respect du principe de proportionnalité sera un critère fondamental qu'utilisera la Commission pour apprécier les mesures proposées par les ARN [...]. [...] Il impose que les moyens mis en œuvre pour atteindre un objectif donné se limitent à ce qui est nécessaire et suffisant pour atteindre cet objectif. Un projet de mesure est considéré comme compatible avec le principe de proportionnalité si la mesure à prendre poursuit un but légitime et si les moyens employés sont à la fois nécessaires et aussi peu contraignants que possible ; autrement dit, ils doivent correspondre au minimum nécessaire pour atteindre ce but. »<sup>216</sup>*

304. La proportionnalité des remèdes que le régulateur vise à imposer en l'espèce doit s'apprécier avec d'autant plus de rigueur que l'objectif du cadre réglementaire vise à déréguler progressivement le marché des communications électroniques et que le marché de gros n° 18 (marché de gros pour les services audiovisuels) a été retiré de la liste reprise dans la nouvelle version de la recommandation de la Commission.<sup>217</sup> La

---

(continued...)

raisonnables visant à la réalisation des objectifs définis aux paragraphes 2, 3 et 4. Ces mesures sont proportionnées à ces objectifs ». L'article 8, §4 de la Directive Accès prévoit également que « [l]es obligations imposées conformément au présent article 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'). Ces obligations ne peuvent être imposées qu'après la consultation prévue aux articles 6 et 7 de ladite directive ».

<sup>215</sup> Bruxelles, 30 juin 2009, R.G. 2006/AR/2332 et al., p. 48 et 49 (nous soulignons).

<sup>216</sup> Lignes Directrices SMP, § 118 (nous soulignons).

<sup>217</sup> L'ERG a notamment confirmé que « This transition from sector-specific regulation to competition law is an important feature of the electronic communications regime. The role of transition, and its effects on the market, is likely to become more prominent as, on the basis of the 2007 Commission Recommendation the list of markets that are candidates for ex ante regulation has been significantly

réglementation va donc à contre-courant en imposant des remèdes de revente sur un marché de détail sur lequel existe déjà une concurrence entre plateformes. Il sera démontré ci-dessous qu'une telle réglementation aura des effets pervers sur la concurrence alors que la protection de la concurrence constitue un objectif prioritaire du cadre réglementaire.

305. Dans le cadre de sa compétence d'avis, le Conseil de la concurrence n'a pas manqué d'insister sur l'importance que revêt la motivation des remèdes, qui requiert selon lui « *pour chaque option pertinente, l'évaluation des coûts et bénéfices attendus* ». <sup>218</sup> L'analyse du régulateur ne contient cependant aucune analyse quantitative comparant les coûts liés à la mise en œuvre des remèdes aux prétendus effets bénéfiques que la réglementation viserait à atteindre. L'exercice de « copier/coller » auquel ont procédé les quatre ARN belges et qui ne tient aucun compte de la situation concrète dans laquelle se trouve chaque câblo-opérateur démontre bien le caractère disproportionné des remèdes et l'absence d'analyse *in concreto* requise par la jurisprudence de la Cour d'appel et le Conseil de la concurrence.

*iii) Analyse coûts/bénéfices : la réglementation, remettant en cause la viabilité du câble, causera des effets pervers sur le développement des infrastructures*

306. En réponse à la consultation publique, Brutélé s'est efforcée de fournir les éléments factuels qui permettront au régulateur de procéder à l'analyse coûts/bénéfices. Celle-ci démontre le caractère excessif des remèdes envisagés compte tenu de leur implication sur les opérations des câblo-opérateurs et sur le marché dans son ensemble. Cette analyse confirme l'appréciation faite par le régulateur français (l'ARCEP) qui avait déjà considéré en 2006 que « *la création d'une offre de gros pour l'accès au réseau par câble pour la diffusion aux autres diffuseurs reviendrait, selon ARCEP, à dégroupier les réseaux câblés afin de permettre l'accès à des tiers à l'infrastructure que constitue le réseau câblé. Une telle opération n'a été entreprise dans aucun pays européen, même dans ceux où le câble est largement plus développé qu'en France et où il constitue le principal moyen d'accès à la télévision. En outre, ARCEP constate que cette opération engendrerait des investissements très importants qui seraient disproportionnés au regard des perspectives d'enrichissement de l'offre qui pourrait en découler.* » <sup>219</sup>

---

(continued...)

reduced" ERG Report on Transition from sector-specific regulation to competition law, octobre 2009, ERG (09) 40, p.3.

<sup>218</sup> § 64 de l'avis du Conseil de la concurrence relatif au Projet de décision du Conseil de l'IBPT « relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour les marchés du groupe 'Accès', sélectionnés dans la recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003».

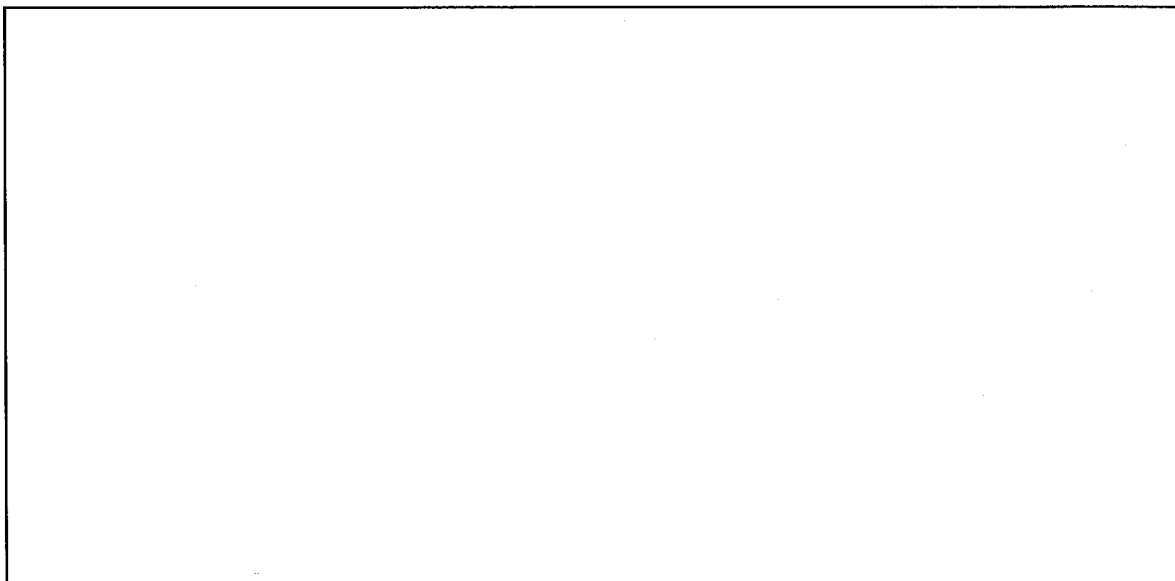
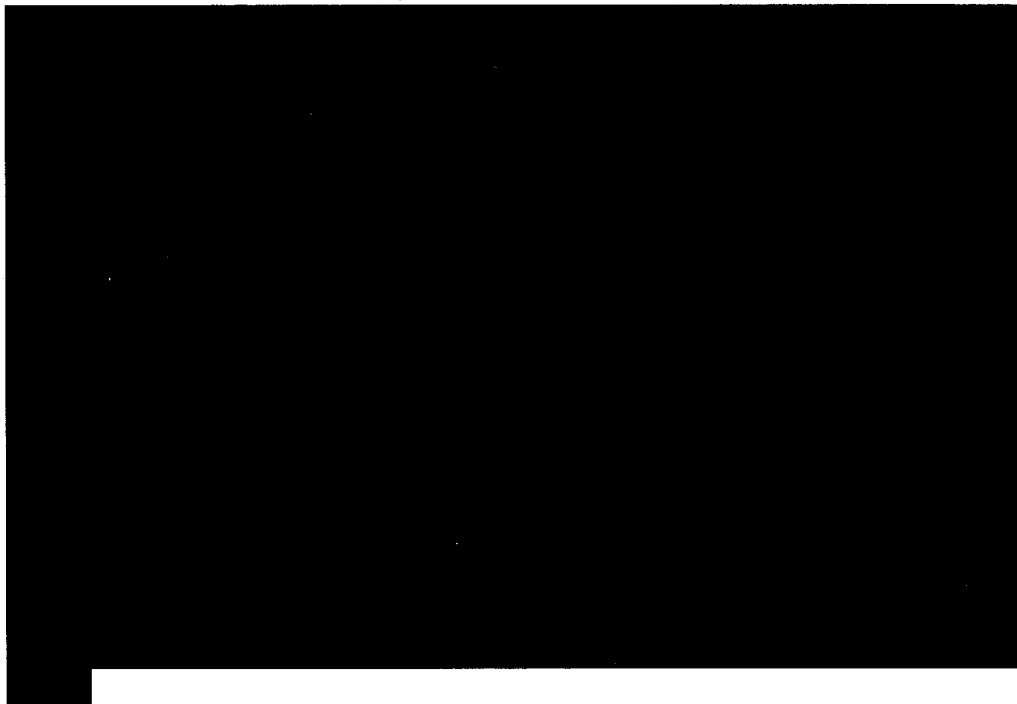
<sup>219</sup> Voy. Cas FR/2006/0335, 24 février 2006, note de bas de page 10. (nous soulignons).

## (1) Les coûts

307. La réglementation préconisée aura un impact significatif sur les opérations des câblo-opérateurs. Ceux-ci devront procéder à des investissements significatifs afin de mettre en œuvre certains remèdes tels que l'accès à la plateforme numérique.
308. Il n'est pas inutile de rappeler dans ce contexte que le *wholesale line rental* imposé en vertu de la décision de l'IBPT du 19 juin 2006 n'a jamais été appliqué en pratique. Les contraintes techniques relatives au système de facturation auraient requis des adaptations telles que ce produit de gros en devenait non-attractif.<sup>220</sup> Or, le remède de *wholesale line rental* était techniquement plus facile à mettre en œuvre que les remèdes d'accès que le projet de décision envisage pour le réseau câblé. Ceci démontre bien qu'avant d'imposer un remède, une ARN doit s'assurer de la faisabilité de sa mise en œuvre en pratique, sans quoi le remède ne sera d'aucune utilité. Il ne fera que créer une situation d'insécurité juridique particulièrement néfaste pour l'ensemble du marché.<sup>221</sup>
309. La réglementation vient aussi se greffer sur un processus d'intégration de systèmes opérationnels que Brutélé tente d'opérer et qui vise à leur permettre de concurrencer plus efficacement les autres opérateurs sur le marché belge des télécommunications. La réglementation mettra donc à mal la capacité des câblo-opérateurs à être concurrentiels dans la partie francophone du pays alors que ceux-ci se trouvent déjà en position de faiblesse face à Belgacom, Mobistar, KPN Group Belgium ou Telenet. Ceci est contraire aux recommandations que le consultant Analysys Mason avait lui-même formulées dans son rapport relatif à la promotion de la large bande en Belgique, dans lequel il plaidait en faveur d'une consolidation et d'un renforcement du câble en Wallonie.
310. Afin de permettre au régulateur d'apprécier l'impact qu'aura la réglementation préconisée, Tecteo a demandé à un consultant externe d'estimer les conséquences opérationnelles et financières qu'aura la mise en œuvre des remèdes. L'analyse ci-après concerne le réseau de Tecteo, même si le réseau de Brutélé comporte des contraintes techniques tout à fait similaires.

<sup>220</sup> Voy. § 270 Projet de décision dans lequel l'IBPT constate que ce remède n'a pas pu être mis en œuvre en raison notamment des frais d'adaptation estimés du système de facturation au détail supérieurs aux frais estimés pour l'établissement du WLR.

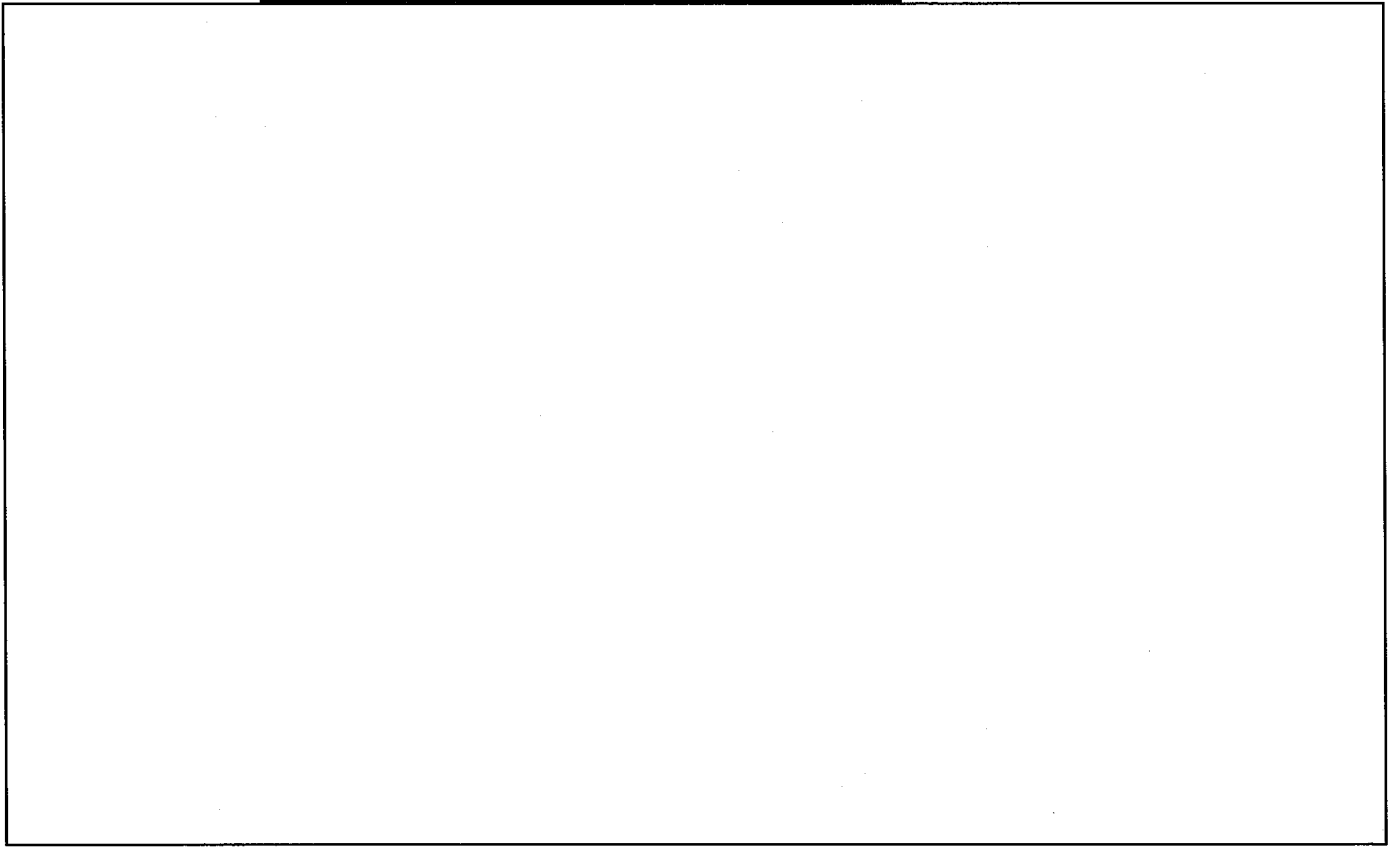
<sup>221</sup> Cette insécurité juridique a bien évidemment un effet néfaste sur les investissements et le développement de la concurrence. Ceci a d'ailleurs aussi été reconnu par le législateur qui a, pour cette raison octroyé des pouvoirs spécifiques rétroactifs à l'IBPT.

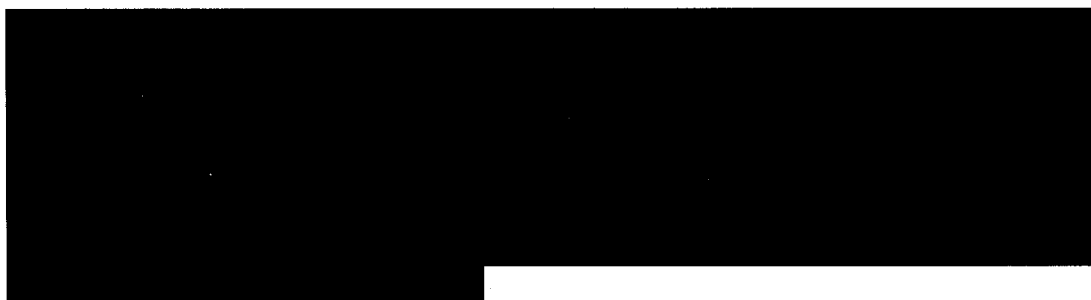


- [Redacted]
- [Redacted]

---

<sup>222</sup> Estimation du coûts resale pure des coûts fixes amortis sur une période de 5 ans (pour 50.000 clients).

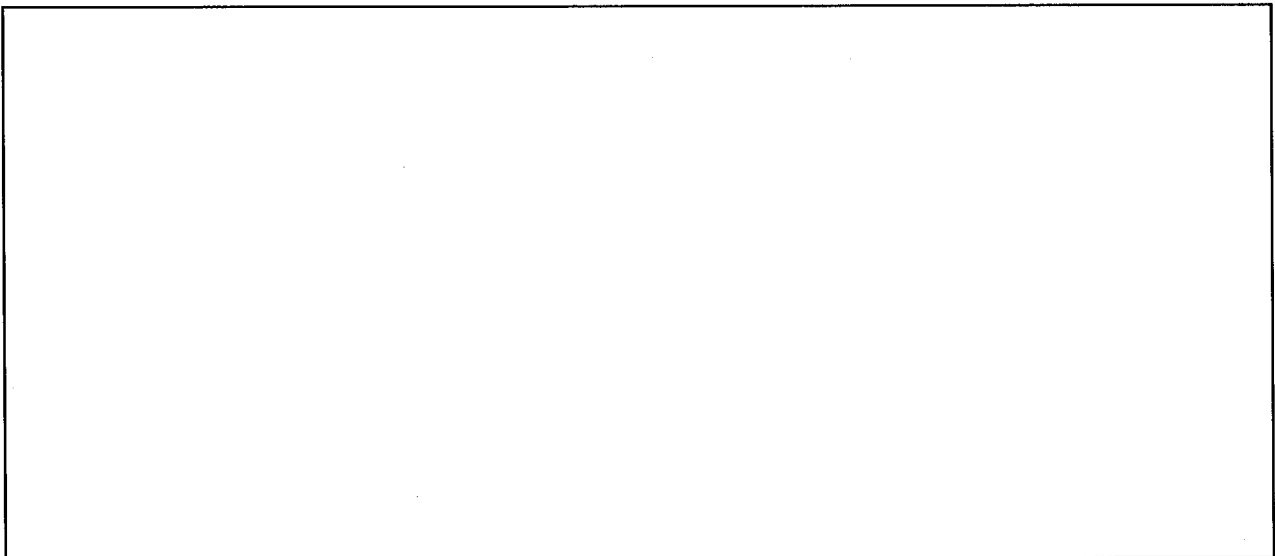
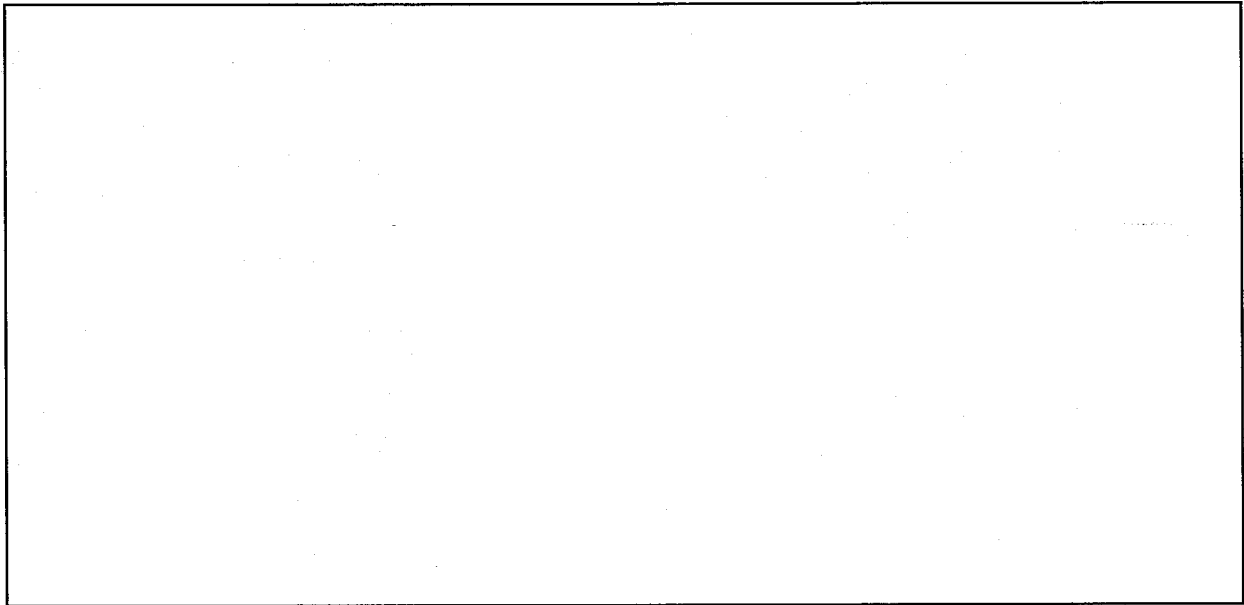




(2) Les (prétendus) bénéfices

311. Il ressort de la motivation du projet de décision que celui-ci vise avant tout à favoriser le développement de la concurrence sur le marché de l'audiovisuel.
312. Aucune motivation ne semble suggérer qu'il y ait une quelconque nécessité d'améliorer la qualité du service ou de baisser les prix applicables en Belgique.
313. En ce qui concerne les prix, la Belgique figure actuellement parmi les pays ayant les tarifs les plus bas. Le tableau ci-dessous démontre en effet que les prix appliqués en Belgique pour la TV analogique et numériques sont très compétitifs, que ceux-ci ont

augmenté moins vite que l'inflation sur les marchés voisins et que ceux-ci se situent en dehors de la zone de maximisation des profits.



314. Qui plus est, la réglementation des prix dans le domaine de la télédistribution constitue déjà une intervention permettant d'éviter des hausses de prix contraires aux intérêts des consommateurs. Il y a déjà un contrôle direct des prix de détail via l'approbation de celui-ci par le ministère en charge des affaires économiques. Il s'agit d'un régime tout à fait exceptionnel (à titre d'exemple, même le prix du pain n'est plus sujet à cette réglementation).
315. De même, la concurrence entre réseaux a conduit à une qualité de services significativement supérieure à la moyenne européenne compte tenu de l'*upgrade* du

réseau xDSL et du réseau câblé ainsi que du large éventail d'offres au niveau du contenu. Les remèdes imposés ne permettraient d'ailleurs pas d'améliorer la qualité du service étant donné qu'il s'agit de remèdes qui ne favorisent pas la concurrence en infrastructures, la seule à même de favoriser l'innovation et l'amélioration de la qualité de services. Au contraire, les problèmes d'implémentation risquent uniquement de réduire cette innovation compte tenu du surcoût et de la complexité qui découle de la réglementation.

316. L'objectif de promotion de la concurrence que le projet de décision vise à atteindre constitue certes un des objectifs prioritaires du cadre réglementaire.
317. Brutélé constate cependant que le projet de décision de contient aucune motivation qui soit de nature à démontrer qu'il existe un intérêt réel du marché de lancer une gamme de service sur base de l'accès préconisé.
- Belgacom n'a bien évidemment aucune nécessité d'accéder au réseau câblé pour concurrencer sur le marché. Toute demande d'accès venant de Belgacom doit donc être appréciée avec circonspection.
  - Mobistar dispose d'une offre sur base du satellite qu'elle compte développer et compléter sur base de l'accès sur la plateforme DSL de Belgacom et son réseau 3G. Mr Scheen a d'ailleurs confirmé que le choix de la plateforme satellite était motivé par l'échelle nationale de cette plateforme.<sup>223</sup> Or, l'accès préconisé ne permettra pas un tel accès national mais uniquement un accès limité à la zone de couverture du câblo-opérateur ayant été désigné SMP. Qui plus, dans cette interview Mr Scheen confirme son intérêt dans l'accès BROBA sur le réseau de Belgacom et présente l'accès sur le câble uniquement comme une option potentielle supplémentaire visant à permettre au client de choisir entre le satellite, l'IPTV, la TNT et le câble.<sup>224</sup> Force est de constater qu'aucun opérateur n'est actuellement en mesure de fournir une telle offre.
  - KPN Group Belgium a récemment vendu toutes ses activités fixes en se profilant comme un opérateur centré sur le mobile (« *mobile centric* »). Le projet de décision fait d'ailleurs uniquement état d'un communiqué de presse dans lequel KPN Group Belgium se prononce en faveur de l'ouverture du câble sans indiquer que ceci correspond à une véritable stratégie dans le chef de cet opérateur.
318. Force est aussi de constater que la réglementation préconisée ne favorisera pas le développement de la concurrence. Au contraire, celle-ci aura des effets pervers sur le

---

<sup>223</sup> Le Soir, « Le marché de la télé n'est pas cadenassé », 11 février 2011.

<sup>224</sup> Aini, à la question si Mobistar abandonnera son service de TV par satellite suite à l'ouverture du BROBA avec multicast sur le réseau de Belgacom, Mr Scheen répond que « *l'offre satellite ne sera pas abandonnée. Elle a son positionnement sur le marché. Notre volonté est de permettre au client de choisir sa source. Que ce soit le VDSL, le satellite, la TNT [...] et peut être aussi, à l'avenir, le câble.* »

développement de la concurrence et sera en particulier de nature à freiner le développement de la concurrence en infrastructures pour les raisons suivantes.

319. Premièrement, le remède aura pour effet d'affaiblir les câblo-opérateurs qui ont été le moteur principal de la concurrence sur le marché belge:

- En Belgique francophone, les câblo-opérateurs sont encore en phase d'intégration et de déploiement, et doivent concurrencer Belgacom ou Mobistar qui dispose d'avantages commerciaux majeurs et d'une maturité bien plus avancée. Les investissements et ressources nécessaires pour la mise en œuvre des remèdes hypothèquent lourdement le développement du câble. En 2009, Tecteo affichait encore une perte de [REDACTED] d'Euros compte tenu des lourds investissements qui doivent être consentis pour le déploiement de ces activités et des revenus limités qu'elle arrive à récolter sur le marché de détail.
- Les remèdes permettront à des concurrents d'entrer sur le marché belge en effectuant un minimum d'investissements et en appliquant une stratégie « *hit and run* » qui sera mise en œuvre, elle aussi, essentiellement au détriment de la concurrence durable.
- Permettre à Belgacom de bénéficier d'un accès sur le câble facilitera la capacité pour celle-ci à attirer les clients analogiques actuels des câblo-opérateurs. Son succès commercial confirme cependant que Belgacom ne souffre d'aucun handicap concurrentiel face au câble.<sup>225</sup> Belgacom vise à acquérir cette clientèle d'offre analogique en vue d'inciter cette clientèle à migrer vers l'IPTV et en vue de lui fournir d'autres services (internet, mobile etc.) renforçant ainsi sa position dominante sur ces marchés. Le but pour Belgacom est d'affaiblir la concurrence basée sur l'infrastructure câble. Belgacom a déjà pratiqué cette stratégie à plusieurs reprises ces dernières années avec d'autres opérateurs dans le domaine des télécommunications. Un exemple est la société WIN dans lequel Belgacom était actionnaire dans le seul but de réduire la concurrence basée sur une autre plateforme. Les moyens nécessaires n'ont jamais été investis dans cette société pour en assurer la performance. Un deuxième exemple est l'opérateur Scarlet, qui n'a pas pu se constituer une position solide par rapport à Belgacom et s'est retrouvé dans une situation financière difficile, ce qui a permis à Belgacom de facilement racheter la société et d'éliminer ainsi la concurrence du principal concurrent sur la plateforme DSL. Ce processus d'affaiblissement/d'éviction d'entreprises concurrentes devra être pris en compte par les régulateurs.

<sup>225</sup>

Rappelons qu'en ce qui concerne la téléphonie fixe, l'IBPT n'a jamais effectivement mis en œuvre le remède de *wholesale line rental* et qu'il a estimé plus opportun de retirer ce remède dans le cadre de sa dernière analyse de marché. La réglementation fournit donc un avantage commercial à Belgacom, alors que la dynamique du marché caractérisée par la convergence et les offres groupées lui permet déjà d'occuper une position unique.

- L'imposition des remèdes constitue un handicap supplémentaire significatif qui est imposé dans une période tout à fait cruciale. La réglementation risque donc de tuer dans l'œuf une concurrence naissante et fragile pour favoriser le développement d'une concurrence hypothétique et temporaire qui risque en réalité uniquement de bénéficier à Belgacom.
320. Deuxièmement, les remèdes imposés vont à l'encontre de l'échelle des investissements qui constitue la logique économique sur laquelle repose la réglementation sectorielle qui vise à créer une concurrence entre infrastructures<sup>226</sup>. Il est établi que, d'un point de vue technique, les opérateurs alternatifs bénéficiant d'un accès à la plateforme numérique ne pourront pas s'intégrer verticalement sur le réseau coaxial. La motivation reprise dans le cadre de l'analyse des marchés 11 et 12 et du projet de décision relative aux marchés 4 et 5 le confirme.<sup>227</sup> L'accès imposé dans le cadre du projet de décision permettra donc, dans le meilleur des cas, le développement temporaire d'une concurrence limitée aux services qui se fera aux dépens des investissements en infrastructures.
321. Troisièmement, les remèdes seront de nature à affecter la capacité pour les plateformes par satellite de se développer sur le marché belge. Il a déjà été démontré ci-dessus que ces plateformes constituent une alternative tout à fait performante, qui est largement utilisée dans certains segments de clientèle en Belgique et ailleurs au sein de l'UE<sup>228</sup>. En imposant un remède d'accès sur le réseau câblé, l'IBPT risque de couper l'herbe sous le pied des opérateurs satellites qui constituent pourtant une source de concurrence plus durable et indépendante des réseaux fixes existants.
322. Enfin, la motivation sur laquelle se base l'IBPT pour justifier l'imposition de remèdes dans le cadre de son projet de décision relatif aux marchés 4 et 5 confirme l'inefficacité des remèdes imposés au câblo-opérateurs. Dans le projet de décision relatif aux marchés 4 et 5, l'IBPT reconnaît en effet que la fragmentation des réseaux câblés a pour conséquence que l'accès de gros sur ces réseaux ne constitue pas une alternative à l'accès sur le réseau de Belgacom :

*"Il faut également noter que pour atteindre une couverture nationale, il faudrait qu'un opérateur alternatif achète une offre auprès de chaque câblo-opérateur en Belgique, et ainsi créer un patchwork de couverture, avec des performances techniques et spécifications inégales. Dans certains cas, ce serait impossible puisque l'un des câblo-opérateurs, l'AEISH, ne fournit même pas ce service au détail. Il*

<sup>226</sup> Le Projet de décision relatif aux marchés 4 et 5 le confirme de manière tout à fait explicite indiquant que « le principe de l'échelle d'investissements sous-tend le cadre réglementaire européen. Selon ce principe, un opérateur peut entrer sur le marché par le biais d'une offre de gros nécessitant peu d'investissements propres et passer progressivement à des offres de gros « de plus haut niveau » complémentaires aux investissements à faire pour déployer progressivement son propre réseau ». IBPT, Projet de décision relatif aux marchés 4 et 5, p. 38.

<sup>227</sup> Voy. les §§ 367-384 et 736-743 du projet de décision de l'IBPT relative aux marchés 4 et 5.

<sup>228</sup> Dans nombre de pays cette plateforme constitue même la première plateforme de transmission.

*est impossible aux plus petits opérateurs alternatifs de supporter les coûts de coexistence de plusieurs technologies dans leurs réseaux étant donné notamment les investissements nécessaires en formation et dans des plateformes de gestion. Par ailleurs, comme il est expliqué à la section 5.2.3.4, les fonctionnalités ne seraient pas les mêmes entre une hypothétique offre bitstream sur câble et l'offre bitstream de Belgacom.*

*Concernant la demande d'une telle offre, les opérateurs bénéficiaires de l'offre bitstream BROBA de Belgacom ont signalé à plusieurs occasions que seule une offre nationale peut les intéresser car il est indispensable d'avoir un service de gros avec des caractéristiques homogènes sur tout le territoire afin de pouvoir bâtir une offre de détail elle aussi homogène.<sup>229</sup>*

323. La réglementation aura donc un effet pervers principalement au détriment des infrastructures alternatives en causant une distorsion dans l'échelle des investissements<sup>230</sup>. L'importance particulière que revêt la concurrence au niveau des infrastructures que celle-ci vise à atteindre a pourtant été reconnue à plusieurs reprises par les instances compétentes.
- L'ERG a récemment rappelé la priorité qu'il convient de donner à la concurrence entre infrastructures dans le cadre de son document relatif à la cohérence tarifaire pour les accès de gros à la large bande.<sup>231</sup>
  - La jurisprudence du Conseil de la concurrence le confirme aussi. Dans le cadre de la fusion Belgacom/Scarlet, le Conseil de la concurrence a ainsi confirmé que « *la concurrence basée sur l'infrastructure (« network based competition»), poursuivie par de nombreuses instances de concurrence et fortement supportée par les experts en matière de droit de la concurrence, doit être un objectif à poursuivre.* »<sup>232</sup> Dans le cadre de son avis du 25 mars 2006, le Conseil de la concurrence avait insisté sur la nécessité d'assurer une

<sup>229</sup> IBPT, projet de décision relatif aux marchés 4 et 5, §§ 804-805.

<sup>230</sup> Rappelons que la Commission européenne a critiqué l'IBPT en 2008 et 2009 au motif que la réglementation wholesale ne favorisait pas les opérateurs alternatifs effectuant des investissements en BRUO compte tenu de l'écart tarifaire entre les tarifs de détail, le BROBA et le BRUO. L'imposition d'un remède de revente va bien évidemment à l'encontre des souhaits exprimés par la Commission européenne. Voy. lettre de la Commission européenne à l'IBPT du 3 janvier 2008, aff. BE 2007/0735 et 07356 ; lettre de la Commission européenne à l'IBPT du 21 août 2009, aff. BE 2009/0949 et 0950.

<sup>231</sup> « The principle of promoting competition at the deepest level in the network where it is likely to be effective and sustainable is appropriate for the regulation of enduring economic bottlenecks in electronic communications networks. In cases where it is technically and economically feasible and reasonable to promote infrastructure-based competition, this should be the goal of NRAs. » ERG Report on price consistency in upstream broadband markets, ERG (09)21, p. 4.

<sup>232</sup> Nous traduisons : « mededinging gebaseerd op netwerken ("network based competition") wordt door vele mededingingsautoriteiten en mededingingsdeskundigen hoog in het vaandel gedragen, en is nastrevenswaardig." Conseil de la Concurrence, Décision nr. 2008-C/C-59, Belgacom/Scarlet, 7 novembre 2008, para. 78.

réglementation cohérente qui permettrait aux opérateurs alternatifs de déployer leurs réseaux, créant ainsi une « concurrence soutenable, basée sur les infrastructures ».<sup>233</sup> Le paragraphe 80 de cet avis insistait pour cette raison sur le fait que le caractère raisonnable d'une demande d'accès doit aussi s'apprécier en fonction de son impact sur la concurrence et que le bénéfice potentiel de l'accroissement de la concurrence à court terme ne doit pas s'effectuer au détriment « d'un incitant pour les entrants à investir dans l'infrastructure, seul gage d'une concurrence soutenable historique et pour accroître leur capacité de différenciation et d'innovation ».

- Enfin, la Cour d'appel de Bruxelles a aussi confirmé que la « concurrence au niveau des infrastructures est la plus apte à promouvoir la concurrence à long terme. »<sup>234</sup>

iv) Absence de nécessité des mesures préconisées compte tenu de l'existence de remèdes de gros en amont

324. Dans le cadre de la discussion relative à l'analyse de la puissance de marché, il a déjà été démontré que le régulateur n'a pas effectué une analyse *greenfield*. Ce défaut d'analyse affecte aussi la proportionnalité des remèdes. L'analyse des remèdes ne contient en effet aucune appréciation de l'impact de la réglementation existante ou préconisée au niveau de la plateforme DSL, ou de la réglementation des prix applicable à la télédistribution.<sup>235</sup> La position commune de l'ERG relative aux *bundles* est particulièrement intéressante à cet égard dans la mesure où elle confirme bien que des obligations d'accès pour la fourniture d'un service de télévision sont en

<sup>233</sup> § 58 Avis du Conseil de la concurrence relatif au Projet de décision du Conseil de l'IBPT « relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour les marchés du groupe 'Accès', sélectionnés dans la recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003:

“58. Comme le relève le GRE, lorsque l'analyse du marché pertinent révèle qu'une concurrence entre infrastructures est possible, la promotion d'une concurrence soutenable, basée sur les infrastructures, dépend de manière cruciale de la politique adoptée par les NRA en matière de régulation de l'accès.

59. Etant donné que l'incitant pour les nouveaux entrants à investir change au cours du temps, en fonction entre autres de leur base de clientèle, le GRE prône une approche ("ladder of investment") basée sur des modalités variées, en terme de coût d'investissement pour l'entrant, d'accès dans le marché. Le positionnement en prix de ces divers produits d'accès doit inciter les entrants à augmenter au cours du temps leurs investissements en infrastructures pour réduire leur dépendance à l'égard de l'opérateur.”

<sup>234</sup> Bruxelles, 1 juin 2007, Belgacom c. IBPT, aff. R.G.: 2006/AR/2154, § 39.

<sup>235</sup> Cette absence de motivation contraste avec le projet de décision relatif au marché 4 et 5 dans lequel l'IBPT indique en conclusion de son analyse relative aux offres *multiple play* que compte tenu de leur importance sur le marché, il « attachera plus d'attention lors de l'examen des marchés de gros aux inputs au niveau du gros qui sont nécessaires au développement des offres groupées » (voy. p. 122). On ne retrouve malheureusement aucune trace de ces « inputs » sur la plateforme DSL dans l'appréciation des remèdes imposés au réseaux câblés.

- principe imposées dans le cadre des marchés 4 et 5 (c'est-à-dire l'ULL et l'accès au débit binaire).<sup>236</sup>
325. La réalité du marché belge démontre aussi que la réglementation relative à l'accès binaire en combinaison avec l'ULL permet un essor de la concurrence sur la plateforme DSL au niveau national. Le BROBA a d'ailleurs généralement été considéré comme étant trop favorable par rapport aux conditions du BRUO, n'incitant pas les opérateurs alternatifs à procéder aux investissements nécessaires pour le dégroupage.<sup>237</sup> Le projet de décision de l'IBPT relative aux marchés 4 et 5 vise à maintenir cette réglementation en rajoutant la composante *multicasting* à l'accès BROBA.<sup>238</sup> Les opérateurs alternatifs pourront donc bénéficier d'un accès qui leur permettra d'être concurrentiels sur le marché de détail sans que des remèdes d'accès de gros de revente ne soient nécessaires au niveau des réseaux câblés. Un tel remède est donc nécessairement disproportionné.
326. Le fait que le régulateur n'ait pas jugé nécessaire d'imposer un remède de revente de l'accès Internet ainsi que de l'offre de télévision numérique de Belgacom dans le cadre des marchés 4 et 5 confirme aussi le caractère excessif des remèdes imposés dans le projet de décision. L'IBPT considère manifestement que le remède d'accès au débit binaire et l'ULL suffisent pour permettre le maintien et le développement de la concurrence pour les services d'accès Internet ainsi que pour les offres *multiple play*. Il n'y a aucune raison apparente pour considérer qu'il en serait autrement au niveau des services de télévision.
327. Une comparaison des remèdes imposés dans le projet de décision avec les remèdes imposés sur d'autres marchés démontrent que les remèdes recroisés sont inadéquats et discriminatoires.

---

<sup>236</sup> « Access obligations related to TV services can be imposed in markets 4, 5 and 18. However, in major part of countries the SMP operator found in markets for fixed services which are included in bundles (typically access, voice and broadband) is different to the one identified in market 18. So that, in general access obligation from market 18 has not been imposed by NRAs to solve replicability of retail bundled offer. Market 4 and 5 are usually more related with the broadband service, however both can be very relevant for the supply of other services, namely television. The access obligations usually imposed in these markets are also easily usable to provide bundled offers in one access line. In Market 5, especially in the case of television services, it is important to consider the specific access obligations imposed by the NRAs, namely the functionalities assured in the wholesale offer (IPTV bitstream, multicast or virtual loop)», ERG, Replicability of bundles from the perspective of the availability of wholesale inputs and access to content, § 44 p.19.

<sup>237</sup> Dans sa lettre du 3 janvier 2008, la Commission européenne constatait que des marges importantes existaient entre les produits de gros et les produits de détail correspondants. Lettre de la Commission européenne à l'IBPT du 3 janvier 2008, aff. BE 2007/0735 et 07356.

<sup>238</sup> L'IBPT motive de manière détaillée l'imposition de ce remède aux §§ 1003-1023 de son Projet de décision relative aux marchés 4 et 5.

v) Caractère inadéquat et discriminatoire des remèdes

328. Ainsi, dans le projet de décision relatif à la révision du marché 1 (l'accès téléphonique) l'IBPT propose d'abolir le remède de revente de l'abonnement (remède qui n'a par ailleurs jamais été mis en œuvre) au motif que ce dernier est inadéquat pour permettre aux opérateurs alternatifs d'être effectivement concurrentiels sur le marché étant donné qu'il ne permet pas le développement d'offres combinant les services de téléphonie avec un accès Internet large bande et/ou un accès aux programmes télévisuels.<sup>239</sup>
329. Certes, dans son projet de décision, le régulateur préconise l'imposition d'une revente de l'accès Internet pour permettre le lancement d'une offre « *triple play* ». Force est cependant de constater que:
- le projet de décision prévoit des remèdes séparés et individuels, permettant le lancement d'offres « *single play* » ;
  - les remèdes de gros imposés sur les marchés 4 et 5 (en amont) permettent le lancement de telles offres sur base d'un accès qui est déjà fourni ;
  - le projet de décision relatif au marché 1 ne considère pas nécessaire d'imposer un remède permettant la revente de l'offre de télévision numérique de Belgacom ni de son offre d'accès à large bande (ou encore de ses services mobiles).
330. Tout ceci démontre une géométrie variable dans l'appréciation des remèdes et, partant, son caractère discriminatoire et disproportionné.

vi) La nécessité d'exclure le bénéfice des remèdes pour Belgacom

331. Il conviendra en tout état de cause d'exclure Belgacom comme bénéficiaire des remèdes. Permettre à Belgacom de bénéficier des remèdes d'accès sur la plateforme du câble constitue un remède qui est manifestement contraire aux objectifs du cadre réglementaire et qui n'est justifié par aucune raison objective.
332. Belgacom est actuellement en mesure de concurrencer les câblo-opérateurs sur le marché de la radiodiffusion audiovisuelle. Le succès commercial de l'offre Belgacom TV en témoigne et a déjà été détaillé ci-dessus.<sup>240</sup> L'IBPT l'a aussi reconnu dans le cadre de son analyse relative aux marchés 4 et 5. Celle-ci indique en effet que, depuis 2005, Belgacom a lancé une offre de télévision numérique et que Belgacom offre des *packs* comprenant la télévision numérique depuis 2007.<sup>241</sup> Ces services de télévision connaissent un succès éclatant et Belgacom ne s'en cache pas. Selon les dires de Mr

<sup>239</sup> Projet de décision de l'IBPT relatif au marché de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée, § 270.

<sup>240</sup> Voir section IV.B.3.ii).

<sup>241</sup> Projet de décision de l'IBPT du 20 décembre 2010, §268.

Bellens, ces services sont « *un vecteur important de croissance pour nos revenus* ». En termes de chiffres, Mr Bellens a déclaré que « *[f]in septembre, pas moins de 920.000 clients avaient opté pour Belgacom en tant que fournisseur de télévision, soit une croissance de 39% en un an.* »<sup>242</sup> Tout ceci démontre donc bien que Belgacom est actuellement en mesure de concurrencer les câblo-opérateurs et n'a nul besoin d'accéder au câble pour fournir ses services.

333. Certes, Belgacom ne dispose pas d'un service analogique sur son réseau. Ceci ne constitue cependant aucunement un handicap commercial pour Belgacom vu qu'elle a la possibilité technique d'offrir un service similaire (c.-à-d. plusieurs chaînes simultanées en « SD »). Il a aussi déjà été démontré ci-dessus que les avantages que le régulateur attribue à l'offre analogique ne correspondent pas à la réalité commerciale. La définition du marché de produits qui comprend tant les services analogiques que les services numériques démontre d'ailleurs qu'un fournisseur avec l'accès numérique est en mesure d'être effectivement concurrentiel sur ce marché.
334. A cette absence de nécessité s'ajoute le fait que permettre à Belgacom de bénéficier des remèdes imposés est en contradiction avec les objectifs de la réglementation en particulier la promotion de la concurrence. L'impact négatif des remèdes a déjà été exposé ci-dessus. Nous nous limiterons à rajouter que les remèdes permettront à Belgacom de réduire ses investissements de réseaux et aura aussi pour conséquence d'accroître le risque de coordination tarifaire étant donné que la méthode *retail minus* lui permet d'être informée des évolutions des tarifs.
335. Les considérations reprises ci-dessus ont d'ailleurs amené l'OPTA à considérer que l'opérateur historique KPN ne devait pas être en mesure de bénéficier des remèdes imposés aux câblo-opérateurs. L'OPTA a indiqué qu'il considère qu'une demande d'accès de KPN ne serait pas raisonnable compte tenu de l'absence de nécessité de l'impact négatif qu'un tel accès aurait sur la promotion des investissements en réseaux par KPN.<sup>243</sup> Cette approche de l'OPTA est aussi conforme aux positions prises par le Conseil de la concurrence. Dans son avis relatif au projet de décision relatif aux marchés 1, 2, 11 et 12, celui-ci a insisté sur le fait qu'« *[a]u-delà des critères de faisabilité technique et d'intégrité du réseau, c'est le caractère essentiel pour le développement de la concurrence qui détermine le caractère raisonnable de la demande. L'imposition d'une obligation d'accès qui accroîtrait la concurrence dans le court terme ne devrait pas s'effectuer au préjudice d'un incitant pour les entrants à investir dans l'infrastructure, seul gage d'une concurrence soutenable.* »<sup>244</sup> Cette

<sup>242</sup> Propos de Mr Bellens repris au § 272 du Projet de décision de l'IBPT relatif aux marchés 4 et 5.

<sup>243</sup> « KPN beschikt immers over eigen (aansluit) infrastructuur waarmee zij een vergelijkbaar aanbod kan doen en het college is van oordeel dat zowel UPC als KPN dienen te investeren in hun eigen (aansluit) infrastructuur. Het college zal dan ook, wanneer de redelijkheid van een verzoek om toegang door een aanbieder van rtv-signalen ter beoordeling zou worden voorgelegd aan het college, (onder meer) rekening houden met de overweging of deze zelf over alternatieve infrastructuur beschikt waarmee deze een met UPC vergelijkbaar aanbod kan doen.». OPTA, Marktanalyse Omproep, 5 mars 2009, § 775.

<sup>244</sup> Avis du Conseil de la concurrence du 25 mars 2006 relatif au Projet de décision du Conseil de l'IBPT « relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des

approche avait aussi précédemment été suivie par l'ARN italienne dans le cadre de l'imposition de la revente de l'abonnement qui n'avait pas été imposée dans les parties du territoire dans lesquelles le dégroupage de la boucle locale était possible afin de ne pas freiner les investissements en infrastructure<sup>245</sup>. Ce critère lié au caractère essentiel de l'accès n'est manifestement pas satisfait dans le chef de Belgacom.

vii) Problèmes liés à la mise en œuvre du contrôle tarifaire

336. Le projet de décision impose un contrôle tarifaire identique pour les trois remèdes, à savoir, le principe du *retail minus*. Cette méthode implique que les tarifs sont fixés en fonction des tarifs de détail, dont il faut déduire les coûts propres à la commercialisation des services.
337. Brutélé constate tout d'abord que la décision de réguler les tarifs sur base d'une méthodologie *retail minus* aura des effets pervers sur la concurrence et les intérêts immédiats des consommateurs.
338. Premièrement, une réduction tarifaire du tarif de détail ne pourra pas entrer en vigueur avant l'approbation des tarifs de gros. Le projet de décision prévoit en effet que les tarifs de gros doivent faire l'objet d'une approbation préalable. Dans la mesure où une réduction des tarifs de détail impliquera une révision du prix de gros, le câblo-opérateur ne pourra donc pas mettre ce nouveau tarif sur le marché jusqu'à ce que chaque instance compétente (potentiellement les quatre instances compétentes pour réguler les réseaux couverts par VOO) aient approuvé les tarifs. Il n'est pas clair à ce stade si ces instances ont aussi l'intention de soumettre cette révision tarifaire pour consultation interinstitutionnelle (ou encore au Conseil de la concurrence), ce qui aurait pour effet de retarder l'application des nouveaux tarifs de plusieurs semaines (voir de plusieurs mois). A ceci vient aussi s'ajouter un risque évident de décisions contradictoires entre les différentes instances compétentes, ce qui aurait des conséquences particulièrement néfastes sur la politique intégrée que Brutélé et Tecteo tentent de mettre en place sur l'ensemble de Bruxelles et la Wallonie. Force est donc de constater que ce processus réglementaire risque de paralyser complètement la politique commerciale d'un câblo-opérateur qui ne sera pas en mesure de

---

(continued...)

opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour les marchés du groupe 'Accès', sélectionnés dans la recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003 », § 80.

<sup>245</sup> Delibera n. 33/06/CONS Mercati al dettaglio dell'accesso alla rete telefonica pubblica in postazione fissa per clienti residenziali e per clienti non residenziali (mercati n. 1 e n. 2 fra quelli identificati dalla raccomandazione della commissione europea n. 2003/311/CE) : Identificazione ed analisi dei mercati, valutazione di sussistenza di imprese con significativo potere di mercato ed individuazione degli obblighi regolamentari.

concurrencer sur le marché en répondant à des baisses de tarifs opérées par ses concurrents.<sup>246</sup>

339. Deuxièmement, un contrôle de tarification *retail minus* réduira l'incitant pour un câblo-opérateur à réduire ses tarifs. Un câblo-opérateur sera en effet moins enclin à réduire ses tarifs de détail s'il sait qu'une réduction des tarifs sera aussi bénéfique à ses concurrents, qui profiteront d'une réduction du tarif de gros. La réglementation risque donc de « geler » les tarifs de détail et de restreindre par conséquent à nouveau la capacité concurrentielle des câblo-opérateurs face à Belgacom.
340. Troisièmement, même si le projet de décision ne permet pas de déterminer la manière dont les ARN mettront le remède de tarification en œuvre, force est de constater que celui-ci aura aussi des effets néfastes sur les tarifs appliqués par les câblo-opérateurs pour des offres qui comprennent des services non régulés (tels que la téléphonie, l'accès Internet ou les mobiles) sur lesquels les câblo-opérateurs concurrencent précisément un opérateur dominant (à savoir Belgacom). Ceci démontre bien le caractère abusif de la réglementation et ses effets pervers sur le développement de la concurrence.
341. Quatrièmement, les tarifs de gros ne comprennent pas les coûts liés à la mise en œuvre des remèdes alors que les coûts supplémentaires devraient être facturés dans le cadre de la relation de gros. Les changements requis au niveau de l'infrastructure et des plateformes IT pour permettre l'accès d'opérateurs alternatifs généreront d'énormes coûts qui devront être pris en charge par les demandeurs d'accès, bénéficiaires des remèdes imposés à Brutélé. Il convient de préciser ceci dans la description du remède tarifaire qui reste trop floue à cet égard.
342. Enfin, le projet de décision reste aussi particulièrement vague sur la manière dont les remèdes seront mis en œuvre au niveau quantitatif (plus particulièrement le calcul de la tarification « *retail minus* »). Pour aucun des trois remèdes, le régulateur n'explique comment ce remède sera mis en œuvre en omettant de préciser notamment :
- les plans tarifaires qui seront pris en considération et la manière dont les promotions seront incluses dans le calcul du prix de détail (promotions pour les installations, abonnements) ;
  - la manière dont des plans de tarification forfaitaires seront considérés tels que par exemple des offres groupées, qui comprennent également des services téléphoniques qui ne sont pas couverts par la réglementation ;

---

<sup>246</sup> De même, une augmentation tarifaire de l'offre de télédistribution doit en principe déjà faire l'objet d'une approbation du Ministère des affaires économiques. Or, dans la mesure où cette approbation pourrait entraîner une modification des tarifs de gros, elle devra aussi faire l'objet d'une approbation préalable des régulateurs. On constate à nouveau qu'il existe un risque de décisions contradictoires mettant en péril la politique commerciale d'un câblo-opérateur.

- quels postes (coûts) seront retenus au motif qu'il s'agit de coûts engendrés par une vente *retail*. Dans la description du remède de revente de l'offre analogique, le régulateur précise uniquement que « *les coûts de détail sont notamment ceux liés à la facturation, les coûts de franchise, les coûts de services clients, les coûts de marketing et de vente.* »<sup>247</sup> Il ne fournit cependant aucune autre explication sur la manière dont ces coûts seront repartis sur les différents services;
- quels coûts engendrés par la fourniture du service seront rajoutés au prix de gros (ainsi que la manière dont ces coûts seront répartis sur les différents services de gros).

343. En ce qui concerne le remède de l'accès sur la plateforme numérique, la méthode de calcul du prix de gros est encore plus obscure puisque le régulateur semble fixer celui-ci en fonction des tarifs applicables pour les services analogiques lorsqu'il indique que l'approche *retail minus* cherche « *à s'assurer de la cohérence du prix de gros obtenu pour l'accès à la plateforme numérique avec le prix de gros de la revente de l'offre de télévision analogique seule.* En effet, dans la mesure où en pratique la télévision numérique est 'couplée' avec l'offre de télévision analogique car les signaux analogiques ne peuvent être 'techniquement' séparés des signaux numériques sans surcoût significatif, la cohérence tarifaire entre ces deux offres de gros est essentielle »<sup>248</sup> (nous soulignons). Il conviendra bien évidemment de s'assurer que les coûts spécifiques liés à la fourniture de l'accès sur la plateforme numérique puissent être couverts par ces tarifs.

viii) Problèmes qualitatifs liés à la mise en œuvre des remèdes

344. Brutélé constate que le projet de décision passe largement sous silence une série de problèmes liés à la mise en œuvre des remèdes. Ceci démontre bien que le régulateur n'est pas en mesure d'apprécier correctement la proportionnalité de la mesure. A ce stade, il est en effet incapable de déterminer les coûts et les délais requis pour l'application des remèdes. Le fiasco de la mise en œuvre du WLR démontre l'importance que revêtent ces aspects pratiques. L'IBPT a en effet constaté le caractère disproportionné de la mesure après avoir imposé le remède et examiné sa mise en œuvre concrète. En attendant, l'opérateur régulé reste cependant dans une situation d'insécurité juridique et risque d'être exposé à des demandes d'accès qu'il ne serait en mesure de satisfaire, l'exposant ainsi à un risque significatif de litiges.<sup>249</sup>

<sup>247</sup> Projet de décision du CSA, § 531 ; Projet de décision du Medienrat, § 380 ; Projet de décision du VRM, §481 ; Projet de décision de l'IBPT, § 482. Cette même liste de coûts est aussi reprise pour le remède de revente de l'accès Internet à large bande (et ce au § 589 du Projet de décision du CSA ; au § 439 du Projet de décision du Medienrat ; au § 540 du Projet de décision du VRM ; au § 541 du Projet de décision de l'IBPT).

<sup>248</sup> Projet de décision du CSA, § 482 ; Projet de décision du Medienrat, § 330 ; Projet de décision du VRM, § 431 ; Projet de décision de l'IBPT, § 432.

<sup>249</sup> Les opérateurs alternatifs ont en effet déjà entamé des actions en justice en se basant directement sur les obligations PMS imposées à Belgacom. KPN Group Belgium a notamment intenté un recours

345. La liste ci-dessous reprend une série de points qu'il convient d'examiner et de régler préalablement à la mise en œuvre du remède :

- Comment le câblo-opérateur peut-il procéder à la mise en œuvre d'un système de séparation des offres afin de contrôler les services dont bénéficieront les clients des opérateurs alternatifs ? Une procédure d'installation de filtres devrait-elle être mise en place ? Dans ce cas, la faisabilité technique et le coût de celle-ci doit être évalué.
- Quels sont les services d'installation que le câblo-opérateur doit fournir pour permettre l'installation ou la mise en service ? Comment les services de réparation ou d'*upgrade* pourront-ils être effectués ?
- Comment le câblo-opérateur pourra-t-il encore fournir des services (par exemple d'accès Internet, de téléphonie ou autres) aux clients qui sont abonnés auprès d'un opérateur qui fournit ces services sur base des remèdes préconisés ?
- Comment sera-t-il procédé à l'activation et à la désactivation du service pour éviter les risques de *slamming* ? Les très nombreuses plaintes émises par les consommateurs à propos de pratiques de *slamming* démontrent bien les effets néfastes potentiels que des remèdes de reventes et autres risquent d'avoir sur le bien-être du consommateur.
- Comment seront gérés les problèmes de migration de clients ? Un nombre important de scénarii sont à envisager compte tenu de la possibilité de migrer « par service » (par exemple, un client migre d'une offre de TV analogique vers une offre numérique), « par opérateur » (par exemple un opérateur migre son service de TV analogique du câblo-opérateur vers un *revendeur*), « par plateforme » (par exemple un client en analogique d'un *revendeur* décide de migrer vers une offre de télévision par satellite) ou « par localisation » (par exemple en cas de déménagement). Le nombre de scénarii possibles dans un tel contexte démontre bien la complexité de la mise en œuvre.
- Comment les informations seront-elles échangées et quel type d'informations sera échangé ? Il est important de s'assurer que des mesures adéquates de « *Chinese walls* » soient mises en place pour assurer la confidentialité des données.

---

(continued...)

contre Belgacom devant le président du tribunal de commerce d'Anvers pour violation des obligations SMP sur le marché de la téléphonie. Le président du tribunal a confirmé que ces obligations pouvaient être une base pour une action judiciaire. Voorz. Kh. Antwerpen, A/07/6775, 17 juillet 2008.

## 2. Observations relatives à l'accès à la plateforme de télévision numérique

346. Le premier remède que le projet de décision préconise est un remède d'accès à la plateforme numérique, à savoir l'obligation pour « *l'opérateur puissant [de] faire une offre de partage de ses signaux de télévision numérique permettant au bénéficiaire de gérer lui-même le système d'accès conditionnel de ses clients ainsi que ses décodeurs et interfaces homme-machine* »<sup>250</sup>. Le projet de décision précise que sur base de cet accès:
- le bénéficiaire pourra définir librement la composition de son bouquet ;
  - le bénéficiaire amènera lui-même les signaux des chaînes en question à la plateforme numérique de l'opérateur puissant ;
  - les modèles et normes DVB CAS seront indépendants du réseau de transmission.
347. Comme indiqué ci-dessous, Brutélé s'étonne du fait que ce remède soit imposé alors que les prix de télévision numérique sont parmi les plus bas d'Europe sans tenir compte des moyens d'accès dont disposent les opérateurs alternatifs en vertu de l'analyse des marchés 4 et 5. Or, la Cour d'appel de Bruxelles a déjà condamné le fait pour l'IBPT d'effectuer un examen incomplet en imposant des remèdes sur le marché de détail sans avoir examiné l'impact des remèdes de gros.<sup>251</sup> Par ailleurs l'imposition du remède nous semble déraisonnable et étonnante parce que la Belgique est un des pays au sein de l'UE où les tarifs sont les plus bas et un des rares pays à imposer une réglementation pour ces services.
348. Tant l'ULL que le *bitstream* (avec *multicast* tel que préconisé par l'IBPT) permettent la fourniture de services de télévision numérique. Les conditions économiques dans lesquelles cet accès est fourni sont particulièrement avantageuses pour les opérateurs alternatifs dans la mesure où la tarification de ces formes d'accès est basée sur une méthodologie « *cost plus* » qui reflète les efficacités dont dispose Belgacom.<sup>252</sup> Les tarifs pour l'accès au débit binaire en Belgique ont d'ailleurs été parmi les plus bas au

---

<sup>250</sup> § 388, projet de décision IBPT.

<sup>251</sup> Bruxelles, 1 juin 2007, Belgacom c. IBPT, aff. R.G.: 2006/AR/2154, "26. Enfin, l'IBPT n'a pas manqué d'expliquer pourquoi les remèdes de gros lui paraissaient insuffisants (pages 134 et suivantes) et les raisons pour lesquelles il fallait imposer certains remèdes de détail additionnels".

<sup>252</sup> Dans le cadre de la décision Belgacom/Scarlet, le Conseil de la concurrence a d'ailleurs constaté que l'offre BROBA en Belgique est (trop) avantageuse et a pour cette raison réduit les investissements en ULL, ne permettant donc pas de réaliser une échelle d'investissements effective : « [...] *er wordt erkend dat het BROBA aanbod dermate interessant is voor alternatieve DSLoperatoren, dat ontbundeling niet meer hoeft* » Conseil de la Concurrence, Décision nr. 2008-C/C-59, Belgacom/Scarlet, 7 novembre 2008, para. 71. Nous traduisons « [...] *il est également reconnu que l'offre BROBA est tellement intéressante pour les opérateurs alternatifs DSL que le dégroupage n'est plus nécessaire.* »

sein de l'UE, permettant ainsi un essor de la concurrence au niveau de la plateforme xDSL.

349. La réalité du marché exposée ci-dessus démontre aussi que les opérateurs ont la possibilité d'être concurrentiels sur le marché grâce aux accès existants et que l'imposition future du BROBA avec *multicast* permettra un développement ultérieur de la plateforme xDSL. Brutélé se réfère à cet égard aux développements repris ci-dessus démontrant l'essor d'opérateurs (tels que Mobistar ou AlphaNetworks) utilisant l'ULL ou le BROBA *multicast* pour leurs offres de télévision numérique.

350. Brutélé a aussi constaté que la mise en œuvre du remède d'accès sur la plateforme numérique pose de nombreux problèmes opérationnels et représentera un investissement financier substantiel.

– Difficultés d'implémentation d'un accès basé sur le partage des signaux de télévision numérique sur base du modèle DVB CAS. Le réseau câblé est caractérisé par le fait qu'il s'agit d'un réseau partagé. La capacité disponible sur le réseau câblé doit donc être partagée entre les différents services et utilisateurs finaux qui l'utilisent. Ceci nécessite des arbitrages entre les différents services. L'obligation de fournir l'accès à des tiers, implique que l'opérateur câblé devra allouer une partie de sa capacité aux tiers et ce indépendamment du nombre de clients dont dispose cet opérateur tiers. De la capacité devra donc être assurée pour le système CAS du tiers, son guide de programmation électronique, les upgrades du software des décodeurs etc. Si le tiers souhaite en plus rajouter des chaînes dans son offre numérique (comme cela est prévu dans le projet de décision) de la capacité supplémentaire devra lui être octroyée. Tout ceci aura pour conséquence que la mise en œuvre des remèdes obligera les câblo-opérateurs à investir plusieurs centaines de millions d'Euros pour augmenter la capacité disponible sur le réseau (en procédant à des scissions de *nodes*, étendre le spectre à 860 Mhz etc). De telles interventions peuvent être comparées à l'upgrade du réseau de Belgacom à la technologie VDSL 2 qui a requis plus de cinq ans et des investissements importants. En vue de supporter les demandes de tiers pour rajouter des chaînes dans son offre numérique et de garder une situation raisonnable, il conviendrait peut-être de mettre en place un processus d'attribution des fréquences DTV aux opérateurs demandeurs.

– Difficultés liées à l'absence de standardisation. L'utilisation du réseau câblé repose sur des technologies qui, contrairement à la technologie DSL n'ont pas été standardisées pour l'ouverture vers d'autres opérateurs. Cette absence de standard commun constitue un obstacle supplémentaire à la mise en œuvre des remèdes qui se basent sur une utilisation partagée du réseau par des opérateurs différents. La mise en œuvre de technologies hétérogènes sur un même réseau risque de gravement affecter son fonctionnement et requiert des processus de coordination techniques préalables. En ce qui concerne les remèdes associés au remède d'accès à la plateforme numérique, Brutélé souhaite aussi encore formuler les observations suivantes :

– L'obligation de faire droit à toute demande raisonnable d'accès à la plateforme de télévision numérique est formulée de manière trop large et manque de

précision. La seule exception prévue actuellement concerne « *la faisabilité technique ou la nécessité de garantir l'intégrité du réseau* ». Le régulateur doit moduler cette obligation en prévoyant que :

- Le caractère raisonnable d'une demande d'accès dépend de la nécessité pour l'opérateur demandeur de pouvoir bénéficier de cet accès pour la fourniture d'un service de radiodiffusion audiovisuelle compte tenu du fait que cet opérateur dispose d'une autre infrastructure pour la fourniture de ce service. Ceci doit en tout cas avoir pour conséquence d'exclure le droit pour Belgacom de bénéficier de ce remède ;
- Le remède relatif à l'accès à la plateforme numérique ne doit pas être satisfait dans les zones où le câblo-opérateur ne dispose pas d'un réseau numérique ou dans le cas de saturation de capacité du réseau;
- Les délais préconisés pour la publication d'une offre RIO<sup>253</sup> ne sont pas raisonnables. Il a été démontré ci-dessus que l'accès se heurte à des obstacles techniques majeurs qui devront impérativement être résolus préalablement à la fourniture de l'accès et à la publication d'une offre de référence. Brutélé demande que la décision ne prévoie pas encore de délai pour la publication d'une offre de référence mais prévoie que ce délai soit déterminé dès que l'examen de la faisabilité technique sera terminé.

### **3. Accès à une offre de revente de l'offre de télévision analogique**

351. Le deuxième remède imposé par le régulateur est un remède de revente de l'offre analogique. Selon le régulateur, ce remède « consiste à permettre aux opérateurs alternatifs disposant de droits sur le contenu de signaux compris dans l'offre analogique de l'opérateur PMS de reproduire l'offre analogique de l'opérateur PMS et de la commercialiser sous sa propre marque »<sup>254</sup>.
352. Outre les commentaires déjà repris ci-dessus, il s'avère que l'imposition de ce remède est manifestement disproportionnée compte tenu des éléments suivants :
- Le régulateur reconnaît que les prix pour l'accès analogique sont abordables et peuvent faire l'objet d'une régulation. La Belgique est aussi un des pays au sein de l'UE où les tarifs sont les plus bas. Il est donc pour le moins étonnant

---

<sup>253</sup> Obligation de « publication d'une Offre de Référence en matière de diffusion de gros de télévision numérique. L'offre de Référence doit permettre aux opérateurs alternatifs d'acheter seulement les prestations dont ils ont besoin et de signer un contrat dans une période raisonnable de deux ou trois semaines quand ils n'ont pas de demandes supplémentaires. Elle sera soumise par l'IBPT à consultation publique avant sa publication et ceci 6 mois après publication de la présente décision. La version définitive sera publiée 12 mois après publication de la présente décision et opérationnelle 3 mois plus tard. » (§ 406-407, Projet de décision de l'IBPT).

<sup>254</sup> Projet de décision du CSA, § 488.

de constater que la Belgique serait un des rares pays de l'UE à imposer une réglementation pour ces services.

- Le régulateur reconnaît, dans le cadre de son analyse de marché, que le marché de produits comprend aussi bien le service analogique que le service numérique. Il confirme aussi que le service numérique est plus performant et supérieur en termes qualitatifs. Le succès commercial de Belgacom démontre qu'il n'est pas nécessaire de disposer de la TV analogique pour être concurrentiel et que des services similaires pourraient être offerts par Belgacom. L'accès au niveau de la plateforme numérique suffit donc pour atteindre l'objectif de promotion de la concurrence que le régulateur vise à atteindre.
- Le régulateur reconnaît que seulement 33% du nombre total des clients en Belgique utilisent à la fois la télévision numérique et la télévision analogique, et que la majorité d'entre eux utilise le numérique (voy. graphique repris à la page 39 du projet de décision). L'avantage commercial d'une offre combinée (analogique et numérique) est donc limité. L'avantage principal invoqué dans l'étude de marché est en effet la connexion d'un deuxième poste de télévision, service qui peut déjà être fourni sur base du réseau VDSL2 par Belgacom qui couvre déjà 85% du territoire. Le remède aura donc pour effet de réduire la pression commerciale et, pour Belgacom, de compléter l'*upgrade* de son réseau à la technologie VDSL2.
- Brutélé n'a jamais reçu de demande de revente de l'offre analogique de la part de nouveaux entrants. La seule demande effectuée émanait de l'opérateur historique Belgacom, qui n'a aucun besoin réel de cet accès (voir plus haut) et vis-à-vis duquel la fourniture d'accès serait en tout état de cause clairement néfaste pour la concurrence sur le marché. Lors d'une audition devant le Parlement flamand, Belgacom aurait d'ailleurs indiqué qu'elle n'avait pas l'intention d'utiliser l'accès au réseau analogique. La motivation du projet de décision suggère qu'aucune autre demande en ce sens n'a été formulée au régulateur.
- Le régulateur invoque l'impossibilité technique de fournir un accès à la plateforme numérique sans revente de l'offre analogique.<sup>255</sup> Certes, scinder les signaux est techniquement impossible. Reste cependant à constater que le régulateur n'impose pas ce remède comme un remède connexe à l'accès à la plateforme numérique mais considère qu'il s'agit d'une obligation d'accès à laquelle un câblo-opérateur doit satisfaire même lorsque le bénéficiaire n'utilise pas l'accès sur la plateforme numérique.

---

<sup>255</sup>

§ 502 du Projet de décision du CSA prétend qu'« en pratique, les signaux analogiques ne peuvent être séparés des signaux numériques (auxquels les opérateurs auront accès dans le cadre de l'accès à la plateforme) sans surcoût significatif pour l'opérateur PMS (par exemple l'utilisation de filtre). Une obligation de revente de l'abonnement analogique est dès lors nécessaire pour accompagner l'offre d'accès à la plateforme numérique. »

353. En ce qui concerne la mise en œuvre de ce remède, Brutélé prend acte du fait qu'il n'y a pas d'obligation d'accès pour les zones d'accès dans lesquelles Brutélé élimine l'offre analogique<sup>256</sup>. Le régulateur ne prévoit cependant pas de condition spécifique pour le retrait de l'offre analogique. Compte tenu du fait que les opérateurs alternatifs sont conscients du retrait progressif du réseau analogique et que ces opérateurs n'effectueront aucun investissement dans ce dernier, il n'y a aucune raison de considérer que ce service ne puisse être retiré au même moment que pour les utilisateurs finals.
354. Enfin, Brutélé rappelle qu'il sera impossible d'assurer une offre RIO et de satisfaire les demandes d'accès dans les délais prévus compte tenu des difficultés de mise en œuvre déjà reprises ci-dessus.

#### **4. Accès à une offre de revente de l'offre d'accès haut débit**

355. Le régulateur prévoit aussi d'imposer un troisième remède dans son projet de décision, à savoir, l'obligation de revente de l'offre d'accès haut débit.
356. Conscient du fait que ce remède concerne un marché différent de celui faisant l'objet de la régulation (à savoir le marché de détail de l'accès Internet à large bande ainsi que le marché de gros de la revente), le régulateur justifie l'imposition de ce remède sur base du Remedies Paper de l'ERG selon lequel « *il peut être nécessaire d'imposer des obligations afin de remédier au problème de concurrence aussi bien sur le marché en question qu'en dehors de ce marché.* ». Le régulateur reconnaît le caractère exceptionnel d'une telle mesure en indiquant que selon l'ERG, une ARN peut imposer des obligations dans une zone liée au marché pertinent analysé si l'imposition d'une telle obligation (i) constitue un élément essentiel en support des obligations imposées sur le marché pertinent analysé, et (ii) est à la fois la plus appropriée, proportionnée et efficace pour remédier au problème de concurrence sur le marché pertinent identifié.
357. Brutélé constate que l'hypothèse envisagée par l'ERG dans le Remedies Paper n'est clairement pas d'application en l'espèce et vise à permettre l'imposition d'obligations purement accessoires telles que l'imposition d'un service de câblage intérieur pour la fourniture du dégroupage.<sup>257</sup> Ce remède ne vise pas à permettre à une ARN de réguler un marché qui fait l'objet d'une analyse séparée et d'une régulation *ex ante* spécifique. L'IBPT a en effet effectué une analyse séparée pour les services d'accès Internet dans son projet de décision du 20 décembre 2010 relatif aux marchés 4 et 5. Il ressort de cette analyse que Belgacom est l'opérateur dominant. Au niveau du marché de gros, Belgacom est aussi déclaré comme opérateur puissant (confirmant ainsi le constat de la décision relative aux anciens marchés 11 et 12). Le service d'accès Internet ne constitue donc pas un service accessoire mais un service qui fait l'objet d'une régulation. Les constatations effectuées par l'IBPT par rapport à la situation concurrentielle de ce marché s'opposent à l'imposition de remèdes aux

<sup>256</sup> Ceci est confirmé au § 504.2 du Projet de décision du CSA.

<sup>257</sup> ERG remedies Paper, p. 119.

câblo-opérateurs puisque ceux-ci ne sont pas puissants pour la fourniture de ces services. Il est établi que le cadre réglementaire ne permet aux ARN d'imposer des obligations que sur des opérateurs qui ne sont pas considérés comme puissants pour la fourniture des services en question<sup>258</sup>.

358. Qui plus est, l'imposition d'obligations réglementaires (en ce compris un remède de régulation tarifaire) constitue un handicap commercial majeur pour un opérateur qui n'est pas déclaré comme puissant et aura inévitablement pour effet de restreindre le développement de la concurrence sur le marché de la large bande. L'imposition d'un tel remède est donc contraire au principe de proportionnalité.
359. Il convient, en outre, de constater que les bénéficiaires de l'accès à la plateforme analogique ou de la revente analogique seront, selon les dires du régulateur par exemple Mobistar ou KPN Group Belgium. Or, ces deux opérateurs disposent de leur propre gamme de services qu'ils peuvent ajouter à leurs offres. Ils fournissent en effet des services mobiles à une base de clientèle nettement plus large que celle de Brutélé et disposent également d'une offre d'accès Internet sur le réseau de Belgacom. Aucune justification n'est fournie pour démontrer l'insuffisance de ces services pour leur permettre d'être concurrentiels. En réalité les opérateurs mobiles sont même en mesure d'offrir une gamme de services plus large que les câblo-opérateurs puisque ces derniers ne peuvent pas fournir de services mobiles (faute de licence et de mesure adéquate imposant un accès de gros). Ceci démontre bien le parti pris de la réglementation, et la distorsion de concurrence qui en résulte. Le phénomène de convergence et l'essor du *mobile data* vont bien évidemment accentuer cet avantage au fil des années.
360. L'analyse du régulateur est aussi en contradiction avec l'analyse des remèdes imposés dans le cadre d'autres marchés tels que l'accès à la téléphonie fixe. Pour ces marchés, l'IBPT n'a jamais considéré qu'il y avait une nécessité de permettre la fourniture d'autres services tels que les services d'accès à large bande, les services de télévision ou encore les services mobiles. Dans son projet de révision du marché 1 (accès téléphonique), l'IBPT a même proposé d'abolir le remède de revente de l'abonnement téléphonique (remède qu'il n'a jamais mis en œuvre par ailleurs). Ce constat est d'autant plus étonnant que l'étude de marché effectuée par l'IBPT confirme que, pour ces produits, l'effet commercial lié à la pratique d'offres groupées est plus fort.<sup>259</sup>
361. La mise en œuvre technique de ce remède soulève de nombreux problèmes qui sont ignorés dans le projet de décision. Dans la discussion du remède relatif à l'accès à la plateforme numérique, il a déjà été fait référence aux complexités liées à l'utilisation partagée du réseau câblé qui est un réseau unique qui ne comprend pas de connexions dédiés. En ce qui concerne les services internet, l'utilisation partagée du réseau est d'autant plus critique car il est par conséquent impossible de séparer le trafic des

<sup>258</sup> Bruxelles, 14 octobre 2004, 2003/AR/2463, §37.

<sup>259</sup> Voy. question 34 de l'étude de marché de l'IBPT qui indique que pour la zone Brutélé et Tecteo 24% et 28% des clients indiquent qu'ils ont choisi leurs opérateur de téléphonie parce qu'il est possible d'acheter d'autres produits.

différents opérateurs en vue de protéger le service offert aux autres utilisateurs du réseau. La bande passante est partagée par l'ensemble des utilisateurs de services internet, indépendamment des profils instaurés, et il est impossible d'instaurer de la bande passante dédiée, comme cela est possible dans un réseau broadband DSL au moyen de « virtual paths » (VP). L'équivalent des « VC » (*virtual circuits*) au niveau d'un réseau câblé est le « *service flow* ». Tout le trafic internet est routé sur base du principe « *best effort* » et ne permet donc pas d'offrir une quelconque garantie stricte au niveau de la bande passante dont bénéficiera l'utilisateur. La mise en œuvre du remède de revente d'accès internet haut débit aura dès lors pour conséquence que des mesures de gestion de capacité et des projections d'utilisation devront être prévues. Ces exigences sont difficilement conciliables avec la formulation du remède qui permet aux bénéficiaires de déterminer des profils internet différent de VOO. Ceci exigera l'anticipation d'une augmentation de capacité sur le réseau, ce qui, exige, à son tour, des investissements de réseau alors qu'il existe un risque que cette capacité ne soit pas demandée effectivement par les opérateurs alternatifs.... Il y a aussi un risque significatif d'abus par les bénéficiaires (en ce compris Belgacom) qui pourraient placer les clients « heavy users », gourmands en haute vitesse en en volume download/upload, sur le réseau câblé afin de gagner en capacité pour le propre réseau et réduire le coût des services internet classique/les plus utilisés. Le volume important demandés par ces clients, qui ne pourraient pas être contrôlés par le câblo-opérateur, pourraient alors mettre en péril les services offerts par les autres opérateurs.

362. Enfin, Brutélé réitère ici les considérations relatives à la mise en œuvre du remède de contrôle tarifaire qui manque de clarté par rapport à la manière dont celui-ci sera mis en œuvre et les risques qu'il comporte pour la position concurrentielle des câblo-opérateurs. Ces constats sont d'autant plus critiques dans ce contexte que Brutélé souffre déjà d'un handicap commercial significatif sur le marché de l'accès Internet à large bande compte tenu de la puissance de Belgacom et de la position marginale qu'occupe Brutélé sur le marché national. En outre, il demeure une incohérence majeure dans la formulation du remède en ce sens que *celui-ci préconise l'application d'une méthode retail minus pour la détermination du prix de gros, mais prévoit que cet accès devrait tout de même permettre au bénéficiaire de « définir ses propres débits et volumes pour différents types d'offre »*<sup>260</sup>. Ceci implique que le bénéficiaire pourrait avoir une offre différente sur le marché de détail avec pour conséquence que l'on se demande bien quel tarif sera considéré comme étant le tarif de détail de référence pour le calcul du « *retail minus* ».

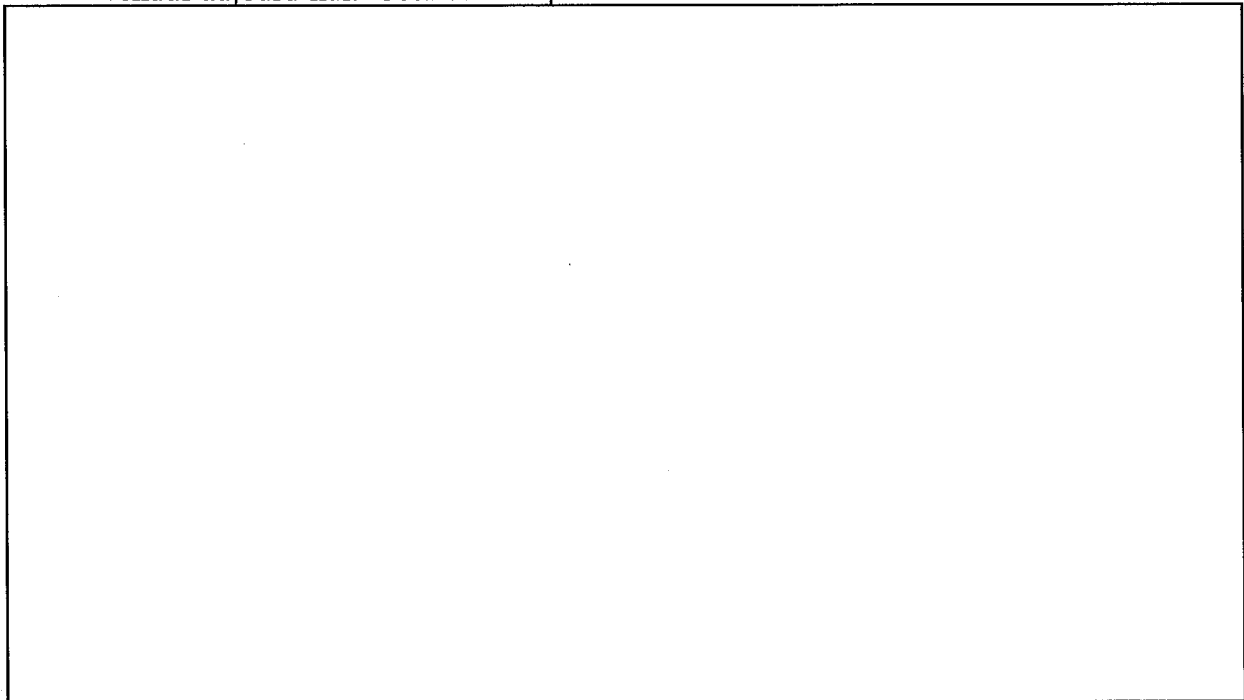
---

<sup>260</sup>

Projet de décision du CSA, § 546 ; Projet de décision du Medienrat, § 395 ; Projet de décision du VRM, § 496 ; Projet de décision de l'IBPT, § 497.

**V. DISCRIMINATION DE L'ENVIRONNEMENT RÉGLEMENTAIRE**

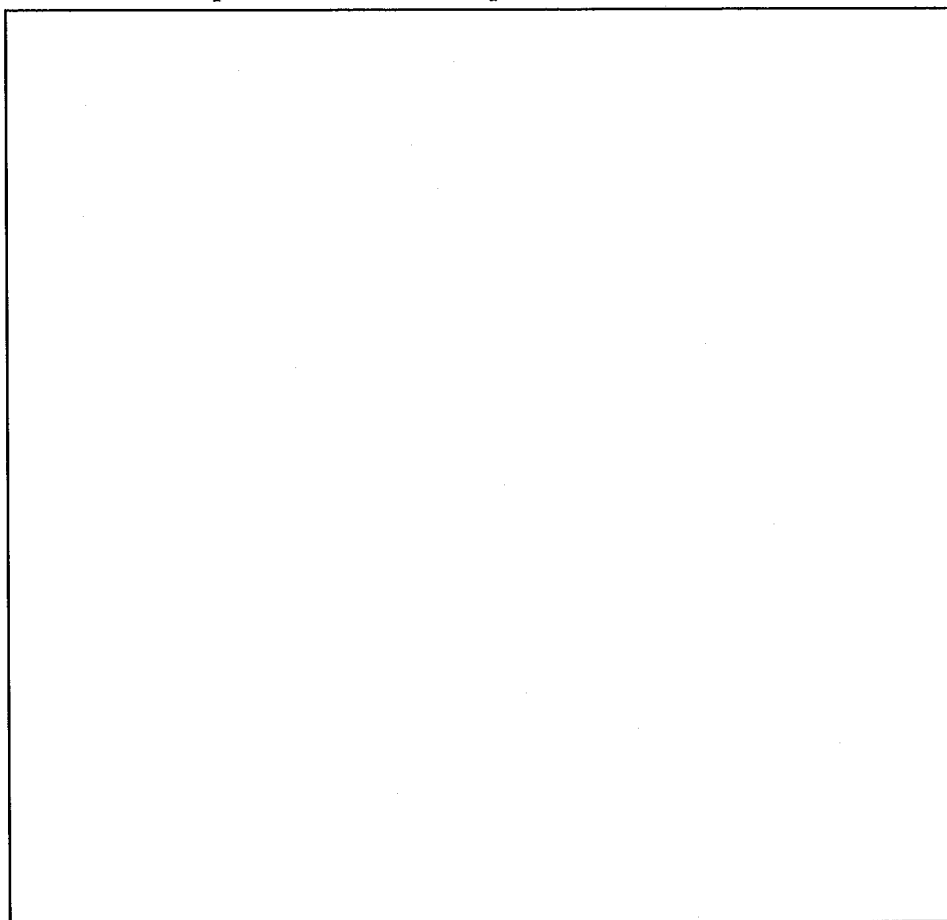
363. La réglementation préconisée risque d'accroître une distorsion de la concurrence qui existe déjà à l'heure actuelle entre les opérateurs fixes et mobiles en octroyant des avantages réglementaires (excessifs et injustifiés) aux opérateurs mobiles tout en protégeant ces derniers de la concurrence sur le marché des services mobiles.
364. La réglementation permettra en effet aux opérateurs mobiles d'accéder à des conditions régulées (donc privilégiées) à la clientèle historique des câblo-opérateurs. Sans établir un réseau propre, les opérateurs mobiles pourront fournir des services concurrentiels aux clients des câblo-opérateurs, opérateurs qui doivent déjà faire face à une concurrence accrue compte tenu de la présence de Belgacom et des opérateurs.
365. Une analyse prospective du marché démontre aussi que les offres avec une composante mobile vont connaître un véritable essor dans les années à venir compte tenu de la convergence accrue fixe mobile, la baisse des MTR, l'augmentation de la capacité sur les réseaux mobiles (3G, LTE) et le développement de hardware permettant l'utilisation mobile d'applications médias. D'après les estimations d'un consultant externe, les services mobiles sont déjà présents dans près de ■■■ des packs vendus aujourd'hui. Ceci ne fera que croître dans les années à venir.



366. Dans ce contexte économique, les opérateurs mobiles disposent d'avantages commerciaux importants compte tenu de leurs activités mobiles, de la maturité de leurs services et de leur réseau et de la taille du parc de clientèle. Ces activités sont actuellement caractérisées par un degré assez faible de concurrence compte tenu des barrières naturelles et réglementaires pour l'entrée sur ce marché et ce tant au niveau

du marché de détail qu'au niveau des services de gros tels que le service de terminaison.<sup>261</sup> Qui plus est, la dominance de Belgacom et les abus avérés ont eu pour effet de réduire le développement de la concurrence.<sup>262</sup> Ce manque de concurrence a des effets néfastes immédiats pour le consommateur belge qui ne peut bénéficier de services de qualité à bas prix :

- Au niveau tarifaire mobile, la Belgique a toujours été parmi les pays avec les prix les plus élevés en Europe. Le graphique ci-dessous démontre que ce constat est particulièrement vrai pour les services de mobile data.



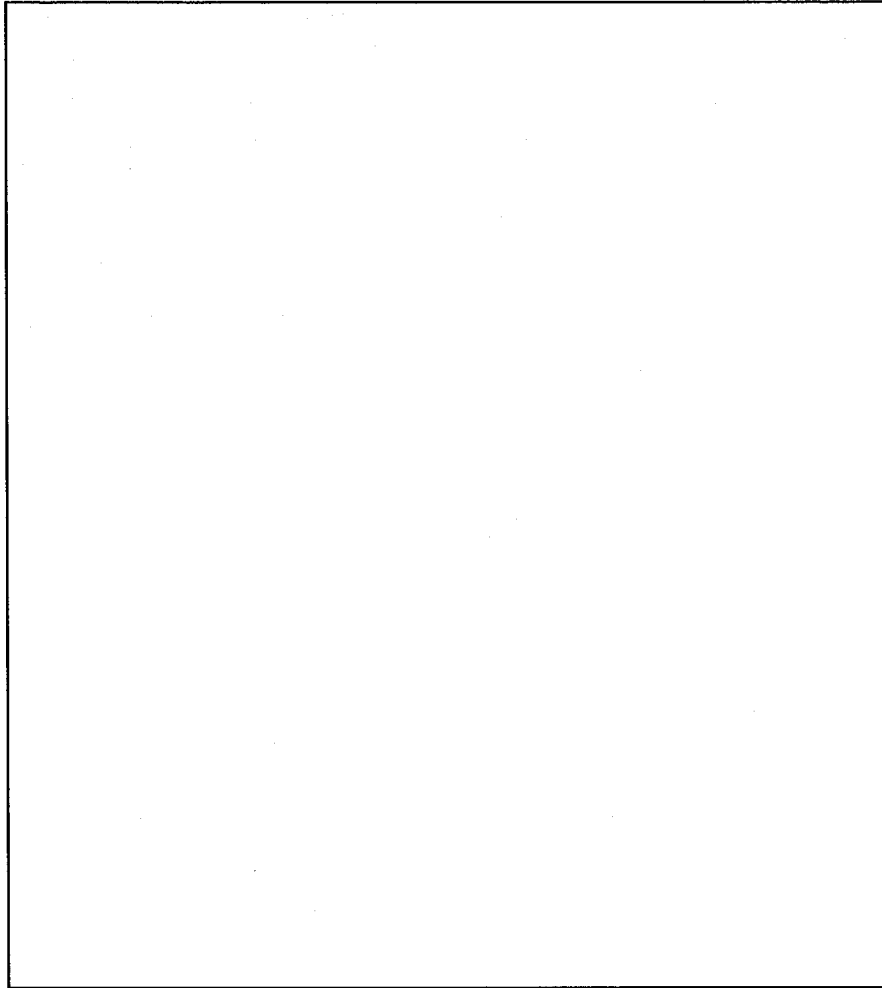
- Au niveau des services, on constate que les réseaux 3G ont été déployés tardivement en Belgique (surtout lorsque l'on compare avec des pays voisins) et que la pénétration des services mobile data reste particulièrement faible par rapport au reste de l'Europe. L'analyse effectuée par les consultants Analysys Mason et Hogan & Hartson pour l'IBPT concernant le développement des services mobile confirme bien que le manque structurel de concurrence ralentit

---

<sup>261</sup> Le service de terminaison a été une véritable « vache à lait » pour les opérateurs mobiles et a largement subsidié le développement des activités de détails de ces opérateurs. Les câblo-opérateurs n'ont jamais bénéficié de tels revenus de monopoles.

<sup>262</sup> Décision n°2009-P/K-10 du Conseil de la Concurrence du 26 mai 2009 dans l'aff. CONC-P/K-05/0065 *Base/BMB*.

le développement de ces services en Belgique.<sup>263</sup> Ceci ressort aussi du tableau ci-dessous qui compare la pénétration de l'Internet mobile en Belgique avec le reste de l'EU.



367. Les câblo-opérateurs sont actuellement dans l'incapacité de développer une concurrence suffisante au niveau des marchés mobiles. Ils ne disposent pas des fréquences et devraient en tout état de cause déployer un réseau couvrant l'intégralité du territoire. Les câblo-opérateurs ne disposent pas non plus d'un accès régulé à l'accès sur les réseaux des opérateurs mobiles. Ce type d'accès est actuellement négocié sur une base entièrement commerciale ce qui, compte tenu du manque de concurrence, n'est pas satisfaisant. Les conditions permettent donc aux opérateurs mobiles de maintenir un avantage sur le marché de détail et limiter la force de frappe commerciale des opérateurs MVNO.
368. Le projet de décision va accentuer cette distorsion de la concurrence. Les opérateurs mobiles pourront en effet lancer ces offres en bénéficiant d'un accès régulé pour les services TV alors que les câblo-opérateurs devront s'assurer que les conditions

---

<sup>263</sup> Hogan & Hartson et Analysys Mason, Rapport du 11 février 2010 préparé pour l'IBPT, « *Future regulation of wireless access in the 790MHz-3400MHz spectrum bands* », pp. 12-13.

commerciales (non-concurrentielles) offertes par les opérateurs mobiles permettent l'inclusion d'une composante mobile dans l'offre multiplay suffisamment attirante.

## VI. CONCLUSION GENERALE

369. En guise de conclusion, Brutélé reprend ci-dessous brièvement ses principales objections au projet de décision et les conséquences qu'il convient d'en tirer.
370. L'ensemble du projet de décision est entaché d'un excès de pouvoir. Il existe des doutes sérieux sur la compatibilité du projet de décision concernant la régulation du marché de la radiodiffusion télévisuelle avec la Directive Cadre et la loi du 30 mars 1995, en ce que le régulateur:
- est sorti du champ d'application de la Directive Cadre en visant les services de fourniture de contenu pour définir le marché pertinent, en violation de l'article 2, c) de la Directive Cadre ;
  - est sorti du cadre fixé par la loi du 30 mars 1995 en visant les services de fourniture de contenu pour définir le marché pertinent ;
  - a considéré que le marché de détail de la radiodiffusion est un marché pertinent alors que ce marché sort du champ d'application de la Directive en violation de l'article 2, c) de la Directive Cadre ;
  - a prétendu imposer aux opérateurs de réseaux l'obligation de permettre l'accès à des tiers concurrents à une offre de revente de l'offre de télévision analogique et à une offre de revente de l'offre d'accès à haut débit, alors que la loi du 30 mars 1995 ne le permet pas.
371. Ces raisons justifient déjà que le projet de décision soit retiré.
372. Par ailleurs, quand bien même la compétence du régulateur ne serait pas en cause, Brutélé a également de sérieux doutes quant à la motivation sur laquelle repose l'analyse. Pour les raisons développées ci-dessus, Brutélé invite donc le régulateur :
- à revoir le marché de services en incluant les autres plateformes de radiodiffusion télévisuelle, notamment le satellite, la TNT et l'OTT (Web TV) ;
  - à revoir le marché de services en prenant en compte la contrainte concurrentielle exercée par les offres « multiplay » ;
  - à revoir le marché géographique en considérant qu'il s'agit d'un marché national vu la contrainte de prix uniforme exercée par les tarifs de l'opérateur historique national Belgacom et l'effet de substitution en chaîne entre les offres des différents câblo-opérateurs ;
  - à faire une application correcte de l'approche « greenfield modifiée », tant au niveau du test des trois critères qu'au niveau de l'analyse SMP ;
  - à revoir son analyse des trois critères, étant donné qu'une multitude de facteurs indiquent qu'au moins un de ces critères n'est pas rempli ce qui suffit pour conclure que le marché n'est pas candidat à régulation ;

- À revoir son analyse PMS, tenant compte notamment du déclin des parts de marché de Brutélé et de la puissance de ses concurrents dans les marchés connexes.
373. Enfin, même si le régulateur maintient son analyse concurrentielle, Brutélé considère que les remèdes envisagés sont manifestement disproportionnés. Le régulateur a négligé d'effectuer une analyse coûts-bénéfices des remèdes et n'a pas apprécié correctement les problèmes d'implémentation technique. Sous réserve d'observations ultérieures à faire valoir dans le cadre des discussions relatives à la mise en œuvre, Brutélé invite au moins le régulateur à revoir son projet de décision en prenant en compte les éléments suivants :
- retirer le remède de l'accès à la plateforme numérique et de la revente de l'offre analogique en ce que ces remèdes ne sont aucunement justifiés par l'analyse concurrentielle ;
  - retirer le remède d'accès à la large bande en ce que le régulateur manque de compétence pour l'imposer et que les câblo-opérateurs ne disposent pas de position dominante ;
  - l'imposition de remèdes d'accès ne peut en aucun cas mettre en danger les services de détail du câblo-opérateur lui-même ce que l'accès à la plateforme numérique et l'accès de gros pour la large bande risquent de causer compte tenu de l'utilisation partagée du réseau ;
  - l'imposition d'un remède d'accès n'est indiqué que si la demande pour cet accès est avérée et sincère, et non seulement hypothétique ou formulée pour les besoins de la cause ;
  - les demandeurs doivent en tout cas supporter l'ensemble des coûts liés à la fourniture de l'accès et ce indépendamment de l'utilisation effective qui en sera faite ;
  - le calcul des tarifs *wholesale* selon la méthode *retail minus* est à rejeter, étant donné son impact négatif sur les prix de détail (notamment compte tenu du danger de coordination de prix et des délais pour l'approbation de nouveaux tarifs *wholesale* suite à une baisse annoncée des prix de détail). En tout état de cause, clarifier la manière dont ce calcul sera effectué.
  - assurer que le remède favorise les investissements en infrastructure en assurant une compensation raisonnable pour l'accès.
  - le *timing* prévu pour l'implémentation des remèdes est de toute façon totalement irréaliste.
374. En tout état de cause, le régulateur se doit de considérer la concurrence sur le marché dans son ensemble et assurer que les câblo-opérateurs disposent d'un outil réglementaire adéquat pour pénétrer le marché mobile qui est à ce stade cloisonné. En imposant la réglementation préconisée dans le projet de décision, le régulateur

renforce encore plus la position des opérateurs mobiles et crée une distorsion de concurrence supplémentaire au détriment du concurrent principal de Belgacom.