

**Réponse à la consultation du CSA relative au projet de décision du 20 décembre 2010
concernant la régulation du marché de la radiodiffusion télévisuelle**

Soumis par

A.I.E.S.H.

Le 18 février 2011

TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION.....	4
II.	QUESTIONS DE COMPÉTENCE ET D'EXCES DE POUVOIR	7
	PORTÉE LIMITÉE DE L'ARTICLE 96 DU DÉCRET.....	7
III.	SUR LE FOND	8
A.	DÉFINITION DES MARCHÉS PERTINENTS	8
1.	<i>Pas d'examen du marché de gros</i>	9
2.	<i>Les erreurs dans l'analyse du marché de produits</i>	10
i)	La concurrence du satellite	11
(1)	Substituabilité du côté de la demande	11
(2)	Substituabilité du côté de l'offre	19
(3)	Conclusion	19
ii)	La concurrence de la TNT, TV mobile et Web TV	20
iii)	La concurrence des offres groupées	24
3.	<i>Définition du marché géographique</i>	27
i)	Substitution du côté de la demande et de l'offre.....	27
ii)	Effet de substitution en chaîne.....	28
iii)	Diversité des offres.....	32
iv)	Différences de législation	34
B.	L'ANALYSE DES TROIS CRITÈRES.....	35
1.	<i>Observations préliminaires</i>	35
2.	<i>Premier critère : la présence de barrières à l'entrée élevées et non provisoires</i>	37
i)	Infrastructure qui n'est pas facile à dupliquer et coûts irrécupérables	38
ii)	Economies d'échelle et de gamme, intégration verticale des opérateurs	40
3.	<i>Deuxième critère : une structure du marché qui ne tend pas vers une concurrence effective</i>	40
i)	Importance de la télévision analogique	43
ii)	Évolution des parts de marché d'AIESH	43
iii)	Évolution des tarifs d'AIESH.....	44
4.	<i>Troisième critère : Insuffisance du droit de la concurrence</i>	44
C.	IDENTIFICATION DES ENTREPRISES PUISSANTES SUR LE MARCHÉ	46
1.	<i>Rappel des principes</i>	46
2.	<i>L'analyse de marché effectuée dans le Projet de Décision</i>	47
3.	<i>Commentaires d'AIESH sur l'analyse de marché effectuée dans le Projet de Décision</i>	48
i)	L'analyse de marché contraste avec l'analyse réalisée par le CSA en 2007.....	49
ii)	L'analyse de marché ne résiste pas aux doutes sérieux émis par la Commission européenne quant à la compatibilité avec le droit communautaire	51
iii)	L'analyse de marché est incorrecte dans la mesure où le Projet de Décision applique les mêmes solutions à l'ensemble des câblo-opérateurs sans prise en compte suffisante de leurs spécificités	52
iv)	L'analyse de marché manque de prendre en compte la faible part de marché d'AIESH sur les marchés connexes	54
v)	Le Projet de Décision ne justifie pas la manière dont sont calculées les parts de marché d'AIESH.....	56
vi)	L'analyse de marché manque de prendre en compte la concurrence potentielle fondée sur l'accès bitstream 57	57
vii)	Le Projet de Décision surestime l'importance de la télévision analogique.....	61
viii)	L'analyse de marché repose sur une appréciation erronée de l'évolution des prix des offres TV	64
ix)	Le Projet de Décision manque de prendre en compte le contre-pouvoir d'acheteur des fournisseurs de contenu.....	65
x)	Le Projet de Décision ne tient pas compte de ce qu'AIESH est un opérateur marginal comparé à ses concurrents.....	66
D.	L'ANALYSE DES REMÈDES.....	68
1.	<i>Les remèdes</i>	68
i)	Observations générales.....	68
ii)	Le principe de proportionnalité : fil conducteur de l'analyse	69
iii)	Analyse coûts/bénéfices : la réglementation, remettant en cause la viabilité du câble, causera des effets pervers sur le développement des infrastructures.....	70
(1)	Les coûts	70
(2)	Les (prétendus) bénéfices.....	71
iv)	Absence de nécessité des mesures préconisées compte tenu de l'existence de remèdes de gros en amont ...	74
v)	Caractère inadéquat et discriminatoire des remèdes	76
vi)	La nécessité d'exclure le bénéfice des remèdes pour Belgacom.....	76

vii)	Problèmes liés à la mise en œuvre du contrôle tarifaire	78
viii)	Problèmes qualitatifs liés à la mise en oeuvre des remèdes.....	80
2.	<i>Accès à une offre de revente de l'offre de télévision analogique.....</i>	<i>81</i>

I. INTRODUCTION

1. Le 20 décembre 2010, les régulateurs belges (IBPT, CSA, VRM et Medienrat) ont lancé une procédure de consultation concernant un projet de décision visant à réguler le marché de la radiodiffusion télévisuelle dans leurs zones de compétence territoriale respectives.¹
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 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 avec Belgacom comme unique concurrent « nouvel entrant ». 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). L'objectif de la réglementation serait de permettre un développement accru de la concurrence au bénéfice du consommateur.
3. AIESH comprend l'effort de coordination effectué par les régulateurs dans la mesure où le marché des communications électroniques est manifestement un marché national. Cependant les régulateurs ont été obnubilés par une volonté de mimétisme et ce, au détriment des principes fondamentaux du cadre réglementaire et de la réalité économique dans laquelle opèrent les câblo-opérateurs. La régulation d'AIESH semble en définitive être un dommage « collatéral » de la volonté affichée de réguler l'opérateur Telenet en Flandre.
4. La Belgique est actuellement un des seuls pays dans lesquels les régulateurs proposent de réguler le marché de la radiodiffusion télévisuelle. Ce marché n'est pas repris par la Commission européenne dans la recommandation relative aux marchés pertinents,² qui vise à déréguler progressivement les marchés des communications électroniques³. La Commission a conclu que le marché des services télévisuels connaît un dynamisme qui a pour conséquence que le « *test des trois critères* » n'est plus satisfait⁴.

¹ Nous nous référons ci-dessous au 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 ») dans la mesure où la présente soumission vise à répondre à la consultation du CSA.

² 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, JOCE L 344 du 28 décembre 2007, p. 65.

³ 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, § 276 au considérant 81 : « *le but de la révision est de réduire progressivement la réglementation sectorielle ex ante à fur et à mesure* ».

⁴ 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.

5. La réglementation préconisée est encore plus étonnante étant donné que la Belgique connaît déjà une concurrence aiguë entre plateformes (à savoir le câble, le réseau DSL, le satellite et la TNT). Belgacom a été 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 n'a pas manqué de se féliciter 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).
7. Plus fondamentalement, l'analyse contenue dans le projet de décision appelle une série de critiques.
8. La réglementation a pour clé de voûte une définition de marché du produit 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. AIESH démontrera ci-dessous qu'il convient d'inclure ces services dans la définition du marché pertinent. Le dossier administratif lui-même contredit leur exclusion.
 - Le Projet de Décision reconnaît l'importance que revêtent les offres « *multiple play* » sur le marché, (ce qui est aussi reconnu dans le Projet de Décision). L'analyse de marché semble cependant entièrement faire abstraction de cette réalité en examinant les conditions de concurrence pour les services de télévision de manière isolée.
9. La définition géographique du marché proposée ne résiste pas non plus à l'analyse.
 - L'homogénéité des prix, l'existence de plateformes nationales, la pression concurrentielle que les opérateurs exercent les uns sur les autres (peu importe la couverture géographique de leur réseau respectif), 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 régulateurs tentent cependant d'éviter un débat contradictoire sur les calculs sous-tendant cette analyse et ce, en violation patente de la jurisprudence relative aux droits de la défense et à la transparence administrative. Sur base des informations partielles communiquées à ce jour, l'analyse semble en tout cas erronée et les calculs fournis en réponse à la consultation démontrent l'existence d'une concurrence en chaîne.

10. L'analyse de marché et l'appréciation des remèdes négligent aussi d'effectuer une analyse « *greenfield* modifiée ». L'analyse de l'ARN doit tenir compte des remèdes imposés dans le cadre des marchés en amont et de la réglementation tarifaire existante pour les services de télédistribution. L'IBPT a déjà été sanctionné pour une erreur d'analyse de ce type dans le cadre des marchés 11 et 12 par la Cour d'appel et il est regrettable que les régulateurs fassent fi de cette jurisprudence. .
11. 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 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. Rappelons que l'AIESH ne bénéficie pas d'un accès régulé à la clientèle ou aux réseaux des opérateurs mobiles alors que des pratiques d'exclusion avérées ont été constatées.⁵
12. Enfin, les remèdes préconisés affaibliront gravement la capacité pour l'AIESH de concurrencer Belgacom, l'opérateur dominant et verticalement intégré, sur le marché belge.
13. A ce stade, il apparaît que la mise en œuvre des remèdes nécessitera des adaptations opérationnelles majeures, complètement ignorées dans l'analyse. L'insuccès de l'imposition de la revente de l'abonnement téléphonique démontre pourtant l'importance d'apprécier correctement l'impact de la mise en œuvre d'une obligation avant de l'imposer dans le cadre d'une analyse de marché. Le coût lié à l'implémentation des remèdes est significatif, compte tenu des revenus limités que l'AIESH tire de son activité de télédistribution analogique, à savoir, 1 million d'euros. Cette estimation présume la faisabilité technique de l'accès imposé, ce que l'AIESH n'est pas en mesure de confirmer. La réglementation risque donc bien d'augmenter les prix au lieu de les faire baisser.
14. Le remède de contrôle tarifaire de « *retail minus* » constituera aussi un handicap concurrentiel grave pour les câblo-opérateurs. Il anéantira leur capacité de répondre de manière adéquate à la concurrence sur les prix. Une modification des tarifs de détails aura en effet une répercussion sur les tarifs de gros qui doivent, eux, être approuvés au préalable par l'ensemble des régulateurs compétents. Ce système a aussi pour conséquence que les concurrents seront systématiquement alertés d'une baisse des tarifs, ce qui constituera un frein au développement de la concurrence.
15. L'imposition de la réglementation préconisée hypothéquera donc 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 en infrastructure qui est encore fragile. La jurisprudence de la Cour d'appel confirme pourtant bien que « *le développement de la*

⁵ Voy. Décision du Conseil de la concurrence, Affaire CONC-P/K-05/0065, Belgacom Mobile/Base, 26 mai 2009.

concurrence par les infrastructures ne doit être sacrifié au profit de la concurrence par les services »⁶.

16. Enfin, du point de vue procédural, l'AIESH regrette l'accès insuffisant au dossier administratif qui lui a été conféré pendant la procédure administrative. Elle réserve tous ses droits à cet égard. Elle souligne, par ailleurs, qu'elle a concentré ses observations sur les principaux arguments, compte tenu de ses moyens limités.

II. QUESTIONS DE COMPÉTENCE ET D'EXCES DE POUVOIR

17. Le projet de décision du CSA est entaché d'un excès de pouvoir. Il vise à imposer une obligation de revente de l'offre de télévision analogique en l'absence d'habilitation législative pour ce faire.

PORTÉE LIMITÉE DE L'ARTICLE 96 DU DÉCRET

18. Le projet de décision du CSA prévoit l'imposition d'obligation d'accès à une offre de revente de l'offre de télévision analogique, à un tarif de gros fixé sur base de la méthodologie « retail minus »⁷. Le CSA motive son projet par la lecture qu'il fait de l'article 96 du Décret coordonné sur les services de médias audiovisuels, qui lui permettrait d'imposer l'obligation de satisfaire aux demandes raisonnables d'accès à des éléments de réseau et des ressources associées spécifiées par le CSA.
19. Comme elle le montrera ci-dessous, AIESH considère que le CSA fait une lecture erronée de l'article 96 précité et des pouvoirs qu'il tente d'en tirer.
20. Il est certain que le CSA ne peut imposer à AIESH que les obligations figurant au catalogue d'obligations visées à l'article 96 du Décret coordonné sur les services de médias audiovisuels. Telle est la conséquence (i) du principe de la libre prestation des services de communications électroniques qui fait de l'imposition d'obligations l'exception; (ii) du texte du décret (voir en ce sens les articles 90, 91 et 93 du Décret coordonné sur les services de médias audiovisuels qui font tous une référence expresse aux obligations prévues à l'article 96 dudit décret) et (iii) des propres velléités du CSA de justifier son projet de décision par une application de l'article 96.
21. Or, le catalogue d'obligations visées à l'article 96 est limité, dans la mesure où il ne couvre que les obligations suivantes:
- Possibilité d'imposer aux opérateurs puissants une obligation de négocier de bonne foi avec tout distributeur de services déclarés;

⁶ Bruxelles, 7 mai 2009, R.G. 2008/AR/787, §276.

⁷ Voir en ce sens pages 142 et suivantes du Projet de Décision.

- Possibilité, dans le cadre de ces négociations, d'imposer aux opérateurs puissants des obligations qui empêchent d'imposer des conditions déraisonnables ou discriminatoires.
 - Possibilité d'imposer aux opérateurs puissants une obligation de veiller à ce que tout refus d'accès soit notifié au plus tard dans les trois mois qui suivent la date de la demande d'accès.
 - Possibilité d'imposer aux opérateurs puissants une obligation de publication d'informations bien définies.
22. Aucune de ces obligations ne prévoit la possibilité de donner accès à des éléments de réseau et à des ressources associées.
23. L'absence de toute obligation d'accès contraste avec l'article 61 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques qui prévoit la possibilité pour l'IBPT « *d'accorder à des tiers l'accès à certains éléments et/ou ressources de réseau.* » ainsi que « *d'offrir des services en gros spécifiés en vue de la revente à des tiers.* ». Force est donc de constater qu'à la différence de l'IBPT, le CSA n'a pas reçu d'habilitation législative pour imposer aux opérateurs puissants une quelconque obligation d'accès.
24. En l'absence d'habilitation législative spécifique, le CSA ne peut donc imposer une obligation d'accès à une offre de revente de l'offre de télévision analogique. Toute décision visant à imposer cette obligation serait, donc, constitutive d'un excès de pouvoir.

III. SUR LE FOND

25. Les commentaires de fond ont été structurés ci-dessous conformément à l'analyse contenue dans le Projet de Décision. AIESH 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 PSM ») ; et
 - L'analyse des remèdes.

A. DÉFINITION DES MARCHÉS PERTINENTS

26. 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 produits et le marché géographique, sont examinées à cet effet. Le

marché de produits est défini comme le marché de la fourniture de signaux de télévision, y compris les signaux analogiques et numériques, par le câble (CATV) et le DSL (IPTV). Le marché géographique est défini comme le marché correspondant à la zone de couverture de chaque réseau câblé.

27. Nous examinerons ci-dessous :
- l'absence d'analyse du marché de gros ;
 - les erreurs dans l'analyse du marché de produits ;
 - les erreurs dans l'analyse du marché géographique.

1. Pas d'examen du marché de gros

28. Avant d'examiner cette analyse de manière plus détaillée, il convient de constater que le Projet de Décision n'examine pas les conditions qui prévalent sur les marchés de gros correspondants aux marchés de détails. Ceci est d'autant plus étonnant que les remèdes imposés sont de 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. Cette présupposition reste cependant implicite et n'est motivée nulle part.⁸ Ni le Projet de Décision, ni le dossier ne suggèrent que cette analyse aurait été effectuée.
29. Au niveau de son analyse des conditions d'accès sur le marché de gros, le régulateur ne pouvait assumer que l'autofourniture des câblo-opérateurs peut être considérée comme faisant partie intégrale de ce marché fictif de gros et constitue, pour cette raison, une image à miroir du marché 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.⁹ Contrairement à Belgacom, aucun câblo-opérateur ne peut offrir un produit d'accès à l'échelle nationale. Seul Belgacom dispose d'un réseau à couverture nationale. Le 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). Notons à cet égard que l'IBPT propose parallèlement, dans un projet de décision du 20 décembre concernant l'analyse des marchés de la large

⁸ Notons à titre de comparaison que dans sa décision concernant les marchés audiovisuels, le régulateur néerlandais OPTA a consacré des chapitres distincts à la définition des marchés de détail et de gros.

⁹ Note explicative de la Commission européenne à la recommandation concernant la définition des marchés, 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.* »

bande, d'obliger Belgacom à offrir de manière non discriminatoire un accès *bitstream* comprenant la fonctionnalité *multicast*,¹⁰ ce qui permettrait aux opérateurs alternatifs de réaliser sur la base de la plateforme DSL 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 de télévision numérique des câblo-opérateurs.

30. Mis à part cette absence d'examen du marché de gros, qui constitue déjà en soi un manquement grave dans l'analyse, nous démontrerons ci-dessous que les définitions des marchés de produits et géographique sont erronées.

2. Les erreurs dans l'analyse du marché de produits

31. Le Projet de Décision définit le marché de produits 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).
32. A titre préliminaire, AIESH souligne que la définition de marché retenue dans le cadre de la présente consultation est diamétralement 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.
33. AIESH démontrera ci-dessous que la définition du marché de produits est entachée d'une série d'erreurs qui affectent l'analyse concurrentielle dans son entièreté. Le marché de produits 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 ne pouvant être ignorées. Ainsi, nous démontrerons ci-dessous que la définition du marché de produits 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 manque de considérer l'impact lié aux offres « *multiple play* ».

¹⁰ Projet de décision du 20 décembre, § 999 et svv.

i) La concurrence du satellite

(1) Substituabilité du côté de la demande

34. La substituabilité de la demande constitue le critère principal pour déterminer la définition du marché. Le marché pertinent de produits comprend en effet tous les produits qui sont suffisamment interchangeables ou substituables d'un point de vue des utilisateurs. 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.

(a) Caractéristiques des services

35. Pour déterminer si des produits 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.* »¹¹

36. 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 contenu¹². Le régulateur considère néanmoins que la TV par satellite n'est pas substituable à la TV numérique par le câble en raison des « *inconconvénients fonctionnels du satellite* ».

37. 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*

¹¹ 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.

¹² « *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

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. » Par ailleurs, l'offre de Mobistar peut être offerte sur d'autres types d'écrans, comme les tablettes ou smartphones : « *Comme Telenet et Belgacom, Mobistar parie également sur le « multi-screen », c'est-à-dire la possibilité de regarder la télévision sur tous les terminaux : écran télé, ordinateur, smartphone, tablette.* »¹³

- 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.¹⁴ Moins de 2% des utilisateurs au niveau national et 0% des utilisateurs en zone AIESH ont répondu que l'absence d'interactivité constitue la raison principale pour laquelle ils n'utilisent pas encore la TV par satellite !¹⁵
 - 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.¹⁶ Mobistar a récemment indiqué avoir été surpris par le succès de son offre télévisuelle au point qu'il a été, pour un temps, en rupture de stock pour ses décodeurs.
 - 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).
38. La télévision numérique par satellite et la télévision numérique par câble sont donc des services équivalents sur le plan fonctionnel : elles sont toutes deux aptes à satisfaire les mêmes besoins.
39. 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*

¹³ La Libre, « *Succès surprise pour Mobistar TV* », 21 janvier 2010.

¹⁴ Voir question 12 (4).

¹⁵ Enquête de l'IBPT, question 12(4).

¹⁶ La Libre, « *Succès surprise pour Mobistar TV* », 21 janvier 2010, De Tijd, « *TV aanbod van Mobistar slaat beter aan dan verwacht* », 25 janvier 2011.

Bruxelles où les câblo-opérateurs offrent des produits orientés sur les deux groupes linguistiques ». ¹⁷ 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.
 - 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.¹⁸
 - 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 multiethnique de la population. Le fait que l'offre de base du câblo-opérateur bruxellois Numéricable comporte un nombre sensiblement plus élevé de chaînes que 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 ou étrangère.
40. 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.
41. 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 « *inconvenient* » 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.¹⁹ 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.
42. Contrairement à ce que suggère le Projet de Décision, les antennes paraboliques sont peu coûteuses et relativement faciles à installer.

¹⁷ Projet de décision, §108.3.

¹⁸ 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>).

¹⁹ Projet de décision, §91.

43. 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 pour des fins non seulement professionnelles mais également domestiques.* »²⁰
44. 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, démontre 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.
45. 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.²¹ 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.
46. 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 €50,²² 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.
47. 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 2008²³ dispose que les antennes paraboliques installées en toiture ou en façade ayant la même couleur que le toit ou la façade ou sont

²⁰ 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..

²¹ Estimation pour la 1^e moitié de 2010. Astra Research Europe 2010, p. 11.

²² 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).

²³ 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.

transparentes et qui ont une superficie inférieure à 40 dm² 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 m² ; 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* ».
 - En Région flamande, l'article 3, 15° e-g de l'Arrêté du Gouvernement flamand du 14 avril 2000²⁴ 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. 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.
48. 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 circulation des services dans le marché commun, contraire à l'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).²⁵
 - 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'un droit administratif. 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

²⁴ 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.

²⁵ 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.

procédure administrative préalable n'est donc justifiée que dans des circonstances exceptionnelles, qui doivent être dûment motivées.²⁶

- 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 ne se justifient que dans des circonstances exceptionnelles, en particulier en ce qui concerne les installations sur les bâtiments classés ou protégés.²⁷

49. La pénétration élevée du satellite dans la partie germanophone du pays démontre bien que le satellite constitue une alternative en Belgique. 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 satellite²⁸. 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 requerrait, par conséquent, une intervention rapide* »²⁹.
50. 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 entre 20.000 et 50.000 abonnés depuis son lancement en septembre 2010.³⁰ Le fait que cette offre soit basée sur le satellite n'a manifestement pas été un handicap important. L'introduction de la télévision de rattrapage et de la vidéo sur demande sur la

²⁶ 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.

²⁷ *Ibidem*, pp. 15-16.

²⁸ Conseil de la concurrence, 4 septembre 1995, Interest et Interrosane c. Sabam et Agicoa, *Auteurs & Media* 1996, p. 47.

²⁹ Cour d'appel de Bruxelles, 9^{ème} 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.

³⁰ « 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.

plateforme Mobistar et l'acquisition potentielle des droits de diffusion du football devraient encore renforcer l'offre de Mobistar.³¹ Son succès démontre bien l'absence d'obstacles pour la pénétration du satellite. 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.

51. 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.³²

(b) Examen des conditions tarifaires

52. 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.
53. Il est étonnant de constater que le régulateur ne procède pas à une comparaison détaillée entre les prix des abonnements satellite et câble. 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 par exemple). 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,³³ ou €3,95/mois pour le kit avec le décodeur sans enregistreur et une tête monobloc single³⁴) 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.³⁵ L'AIESH note une fois de plus qu'en toute hypothèse, ces développements du projet de décision du CSA ne

³¹ « Mobistar intéressé par les droits télé du foot », *L'Echo* 21 septembre 2010.

³² 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.

³³ <http://www.telesat.be/index.aspx?id=210>.

³⁴ <http://www.telesat.be/index.aspx?id=208>.

³⁵ Trois ans étant la période d'amortissement normale pour des investissements en équipements.

contiennent aucune référence à ses propres activités, compte tenu de la nature très limitée de son offre actuelle.

54. Le Projet de Décision indique aussi que la TV par satellite nécessite « *un investissement initial conséquent [...] pour acheter tous les périphériques requis (décodeur + antenne)*. »³⁶ Remarquons cependant que cette affirmation compare des équipements totalement différents, à savoir, le prix d'un décodeur/enregistreur + antenne parabolique³⁷ avec le prix d'un décodeur sans capacité d'enregistrement.³⁸ Le prix des décodeurs vendus séparément par les fournisseurs de TV par satellite est nettement moins élevé,³⁹ 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.
55. 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,⁴⁰ 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* »).
56. Il est aussi piquant de constater 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.⁴¹ 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, par exemple, d'un abonnement Tecteo/Bruté à €18,5. Notons, une fois encore, que l'analyse du CSA sur ce point ne fait état d'aucune donnée propre à l'AIESH compte tenu de son offre de télédistribution limitée.

³⁶ Projet de Décision, §111.

³⁷ <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.

³⁸ 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.

³⁹ € 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>).

⁴⁰ 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>.

⁴¹ Projet de Décision, §88 et suivants.

57. 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.

(2) Substituabilité du côté de l'offre

58. Le Projet de Décision exclut la substitution au niveau de l'offre au motif qu' « *il n'est pas possible pour un opérateur satellite d'adapter, rapidement et sans augmenter les coûts de manière substantielle, sa capacité de production de manière à proposer les mêmes fonctionnalités (interactivité, services à la demande) qu'une offre de télévision par le câble.* » et ajoute que « *de plus, aucune offre de gros existante ne permet à un opérateur satellite de proposer des offres de télévision via une autre plateforme* ». ⁴²
59. Dans la mesure où le régulateur se base ici essentiellement sur l'absence d'interactivité, il suffit de se référer aux considérations reprises ci-dessus, qui démontrent que ceci ne suffit pas pour exclure le satellite du marché compte tenu de son importance marginale aux yeux du consommateur, de l'existence d'alternatives techniques et de l'inclusion de la télévision analogique dans le marché.
60. Notons enfin que l'imposition à Belgacom d'une offre bitstream multicast lève tous les obstacles à l'entrée d'un opérateur satellitaire sur l'IPTV dès lors que cet opérateur dispose déjà des droits de propriété intellectuelle nécessaires au lancement d'une offre télévisuelle.

(3) Conclusion

61. L'exclusion de la télévision par satellite du marché de produits 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 non plus 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) indiquent clairement que le satellite et le câble sont en concurrence.
62. 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.
63. Il convient donc d'inclure le satellite dans le marché de produits pertinent, ce qui aurait d'ailleurs été conforme à la pratique décisionnelle de la Commission européenne concernant la télévision à péage (« pay TV »). ⁴³ Notons à titre de

⁴² Projet de Décision, §115.

⁴³ 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

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.⁴⁴ Cette définition du marché de produits a été confirmée en appel par le *College van Beroep voor het Bedrijfsleven*.⁴⁵ Nous reviendrons sur cette décision dans la section suivante.

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

64. 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 ».⁴⁶ Dans une telle approche prospective, les ARN doivent notamment tenir compte de la convergence croissante des technologies.⁴⁷ Le secteur des communications électroniques est en effet un « un secteur dynamique, caractérisé par un processus constant d'évolution et d'innovation technologiques. »⁴⁸
65. En excluant la TV mobile, la TNT et la WebTV du marché de produits pertinent, le Projet de Décision méconnaît la convergence croissante des plateformes, que l'on peut déjà observer, et contredit les projections de la plupart des analystes concernant le développement des technologies dans la période de régulation.
66. 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.).
67. On constate aussi la disponibilité croissante de matériel permettant d'accéder à plusieurs types de services (téléphonie, internet, contenu audiovisuel) sur un seul

(continued...)

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.

⁴⁴ OPTA, Marktanalyse omroep, 5 maart 2009, section 6.2.6.

⁴⁵ 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 (LJN : BN4243).

⁴⁶ Lignes directrices, §35.

⁴⁷ « 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.

⁴⁸ Lignes directrices, §33.

appareil (« smartphones », « tablettes », téléviseurs avec connexion internet etc.). Ces évolutions technologiques se traduisent aussi 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 » (cf. Yelo de Telenet, offre TV sur ordinateur de Belgacom, offre TV sur iPhone et iPad de Mobistar).⁴⁹

68. En ce qui concerne la télévision par 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,⁵⁰ celle de Mobistar 25 chaînes.⁵¹ 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).⁵² L'IBPT lui-même prévoit que les services « mobile data » connaîtront un « boom » énorme dans les années à venir.⁵³ Or, selon une projection 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 2014.⁵⁴
69. 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%).⁵⁵ Le potentiel commercial de la WebTV n'a d'ailleurs pas échappé aux opérateurs belges. En décembre 2010, Telenet a été le premier opérateur belge à lancer un service WebTV avec 11 chaînes.⁵⁶ Ce service, baptisé « Yelo », permet également de regarder la télévision sur iPhone et iPad via un réseau WiFi. Initialement, le service Yelo offre uniquement du contenu sur demande, mais la télévision en direct sera introduite graduellement au cours de 2011. Telenet est aussi en négociation avec VMMa et SBS

⁴⁹ « Telenet lanceert tv op pc, iPhone en iPad », *De Standaard* 18 décembre 2010 ; « Succès surprise pour Mobistar TV », *La Libre* 21 janvier 2010.

⁵⁰ http://support.fr.proximus.be/app/answers/detail/a_id/14179/kw/t%C3%A9l%C3%A9vision

⁵¹ <http://offer.mobistar.be/fr/offre/options-services/options/p/detail/mobiletv>

⁵² <http://offer.mobistar.be/fr/offre/options-services/options/p/detail/mobiletv>

⁵³ 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.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ Nielsen, Global Video Consumption – August 2010.

⁵⁶ « Telenet lanceert tv op pc, iPhone en iPad », *De Standaard* 18 décembre 2010.

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.⁵⁷ Actuellement, les abonnés Belgacom TV peuvent déjà regarder les matches de football de la Jupiler League sur ordinateur via le service « Belgacom TV 11 ».

70. Les émetteurs ont également découvert les possibilités de l'internet à large bande et offrent de plus en plus de contenu en ligne.⁵⁸ 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 »).⁵⁹ En Belgique, la VRT compte développer une plateforme similaire en collaboration avec VMMA et SBS. Par ailleurs, les producteurs de contenu (« Hollywood ») et les géants du net (comme Google et Amazon) investissent aussi massivement dans la télévision en ligne (cf. Google TV, Hulu). On peut donc prévoir, à l'horizon de la période d'analyse, une substitution croissante entre la télévision classique et la WebTV.
71. Le Projet de Décision exclut également la TNT du marché de produits pertinent, principalement à cause de la capacité limitée des émetteurs et du nombre limité de chaînes disponibles sur cette plateforme. AIESH considère néanmoins que cette analyse sous-estime la pression concurrentielle qui émane de la TNT, pour les raisons suivantes :
- 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* ». ⁶⁰ 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 ;
 - 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.⁶¹ 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

⁵⁷ Communiqué de presse de Belgacom du 10 septembre 2010.

⁵⁸ Cf. deredactie.be, iwatch.be, rtbf.be et rtl.be.

⁵⁹ <http://www.youview.com/>

⁶⁰ Lignes directrices, §46.

⁶¹ <http://www.norkring.be/index2.php?page=faq>

sorte que les fournisseurs TNT sont à-même de lancer des offres très avantageuses.

- Dans une partie 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 de chaînes,⁶² dont les chaînes publiques des deux communautés linguistiques. A noter aussi que les récepteurs TNT permettent également de recevoir 16 chaînes de radio en qualité numérique (DAB).⁶³
- 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.
- En Flandre, la couverture « outdoor » de la TNT dépasse les 95% et la couverture « indoor » atteint déjà les 80%.
- 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.
- Le succès de la TNT dans d'autres pays européens (notamment en Allemagne) démontre qu'il est possible de développer une offre concurrentielle sur la base de cette plateforme.
- 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 produit. Plus de 80% des personnes interrogées ont en effet répondu ne pas connaître l'offre TNT. Ceci constitue bien évidemment un obstacle facile à surpasser puisqu'il suffit à un opérateur avec une 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.

72. 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 celles-ci ne justifient pas pour autant leur exclusion du marché de produits. Au contraire, ces différences peuvent même créer un dynamisme différent en permettant aux acteurs de déployer des business modèles différents en lançant des produits novateurs. Comme nous venons de le rappeler, les Lignes directrices

⁶² La Une, La Deux, La Trois, Euronews, Télé Bruxelles, TV Brussel, één, Canvas/Ketnet, één+ et Canvas+.

⁶³ Toutes les chaînes radio des organismes de radiodiffusion publiques sont disponibles en DAB (10 chaînes VRT, 5 chaînes RTBF et BRFI).

n'exigent pas que les services soient parfaitement substituables, mais uniquement qu'ils soient *suffisamment* substituables.

73. Rappelons aussi que l'OPTA a inclus la TNT, la fibre et le satellite dans le même marché de produits, 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 résulter dans la 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.⁶⁴ Cette définition large du marché de produits a été confirmée en appel par le College van Beroep voor het Bedrijfsleven, notant la substituabilité croissante des plateformes alternatives et l'absence d'obstacles significatifs à la migration.⁶⁵

iii) La concurrence des offres groupées

74. 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'.* »⁶⁶ 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.⁶⁷ 77% des participants renseignent en outre qu'ils achètent la télévision et au moins un autre service de télécommunication auprès du même opérateur.⁶⁸ Enfin, pour 18% des participants, la disponibilité d'une offre

⁶⁴ 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.

⁶⁵ 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 (LJN : BN4243).

⁶⁶ Projet de Décision, §56.

⁶⁷ Cf. questions 39, 40 et 41.

⁶⁸ Question 38 : 02 + 04 + 05 + 07 + 09 + 10 + 11.

groupée est la raison principale pour laquelle ils ont choisi leur fournisseur de télévision.⁶⁹

75. 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 en isolation.
76. La note explicative accompagnant la Recommandation de la Commission concernant les marchés pertinents reconnaît aussi explicitement l'importance des offres groupées pour la définition des marchés.⁷⁰ 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.* »⁷¹ Or, notons que 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. En outre, les offres groupées permettent aux consommateurs de réduire leurs 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 significative du prix des abonnements de télévision, il y aurait un effet de substitution inverse avec les offres groupées comprenant la télévision. Ce manque de prise en compte des offres groupées met en doute la validité tant de la définition du marché de produits que de la définition du marché géographique (voir plus loin).
77. 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.⁷² 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 :
- 1) Des marchés distincts pour chaque service individuel et un marché séparé pour l'offre groupée ;

⁶⁹ Question 6.

⁷⁰ Explanatory note, section 3.2.

⁷¹ Explanatory note, p. 16.

⁷² BEREC report on impact of bundled offers in retail and wholesale market definition, BoR (10) 64, décembre 2010.

- 2) Des marchés distincts pour chaque service individuel, l'offre groupée faisant partie de chacun de ces marchés ;
 - 3) Un seul marché pour les offres groupées, et pas de marchés distincts pour les services individuels ;
 - 4) Un seul marché comprenant l'offre groupée et ses éléments constitutifs.
78. 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 inclu les offres combinées accès voix + internet dans sa définition du marché. L'IBPT 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 produits⁷³ Dans son avis sur le premier projet de décision, le Conseil de la concurrence 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.⁷⁴
79. 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. AIESH ne possède évidemment pas de position PMS sur les marchés de la téléphonie fixe ou de l'internet à large bande, et elle ne bénéficie pas non plus d'une position privilégiée en ce qui concerne sa capacité de commercialiser des « packs », laquelle est, à l'horizon de la présente analyse, inexistante puisque le réseau de diffusion de l'AIESH ne lui permet de fournir que des services de radiodiffusion.

⁷³ « 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.

⁷⁴ 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.* »

3. Définition du marché géographique

80. 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* ». ⁷⁵
81. 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 ».
82. Le Projet de Décision retient une segmentation géographique par zones de couverture des réseaux câblés principalement pour deux raisons :
- 1) l'absence de substitution des offres de radiodiffusion des réseaux câblés du côté de la demande ou de l'offre ;
 - 2) l'absence d'effet de substitution en chaîne démontrée entre des réseaux câblés, situés dans différentes zones de couverture géographique.

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.

En ce qui concerne les prix, le Projet de Décision reconnaît lui-même qu'il existe une certaine homogénéité sur tout le territoire national.

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

83. 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. 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

⁷⁵ Lignes directrices, §56. Nous soulignons.

pression concurrentielle uniforme émanant des offres d'autres opérateurs actifs à l'échelle nationale comme Belgacom, Mobistar, ou autres (voir la section suivante sur la substituabilité en chaîne).

84. Le Projet de Décision ne tient pas non plus compte de la possibilité pour les câblo-opérateurs de déployer leurs services au-delà de leur zone de couverture sur base d'un accès dégroupé ou *bitstream* sur le réseau de Belgacom, ou encore sur base d'autres plateformes satellite. L'inclusion de la fonctionnalité « *multicast* » dans l'offre BROBA de Belgacom, prévue par le projet de décision de l'IBPT concernant l'analyse des marchés 4 et 5, devrait sensiblement faciliter l'accès d'opérateurs alternatifs à la plateforme IPTV.
85. Enfin, l'analyse du marché géographique manque de tenir compte de l'impact lié à la dynamique des offres mutliplay 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, etc.). 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. L'homogénéité des prix pour les packs démontre bien la dimension nationale que revêt la concurrence pour ces services.

ii) Effet de substitution en chaîne

86. 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. »⁷⁶ 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. »⁷⁷
87. En Belgique, tant Belgacom que Mobistar sont présents sur à peu près tout le territoire national et pratiquent une stratégie de prix national. Le Projet de Décision reconnaît d'ailleurs que Belgacom « applique un prix uniforme et national. »⁷⁸
88. 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

⁷⁶ Lignes directrices, §62.

⁷⁷ Projet de Décision, §157.

⁷⁸ Projet de Décision, §158.

couverture des câblo-opérateurs.⁷⁹ 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.

89. Le Projet de Décision confirme que les offres IPTV de Belgacom et les offres de TV numérique des différents câblo-opérateurs ont des prix similaires.⁸⁰
- Les prix des abonnements de télévision numérique se situent entre € 12,5 (Belgacom TV et VOO) et € 15,5 (Numéricable), 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), à l'exclusion des 27,50 € 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. Le prix d'un pack « triple play » comprenant la téléphonie fixe, l'internet à large bande et la télévision numérique (location du décodeur incluse) se situe entre € 45 et € 52 chez tous les opérateurs : € 44,9 chez Numéricable,⁸¹ € 45 chez Telenet,⁸² € 49,98 chez Billi,⁸³ € 50 chez Scarlet, € 51 chez VOO,⁸⁴ € 51,92 chez Belgacom.⁸⁵ Ici encore, on remarque la proximité entre les tarifs de VOO et de Belgacom. Le « Star Pack » (quadruple play TV + téléphone + internet + mobile) de Mobistar est disponible à € 55 par mois tout inclus. []
90. 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*

⁷⁹ 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.

⁸⁰ Projet de décision, §98 et 170.

⁸¹ Pack Triple Play.

⁸² Pack Telenet Basicnet XL.

⁸³ Pack Net + Tel + TV (location du décodeur et du modem inclus) pour les clients qui n'ont pas de ligne téléphonique active.

⁸⁴ Voo Trio Beaucoup.

⁸⁵ Pack avec Belgacom TV Comfort.

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. »⁸⁶ 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 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 (Tecteo/Brutélé).

91. 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.* »⁸⁷ Or, la tarification uniforme de Belgacom relève bien d'une stratégie volontaire et non d'obligations imposées par l'IBPT.
92. Les exemples d'application de la théorie de substitution 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 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.* »⁸⁸

⁸⁶ ERG (08) 20 final, pp. 14-15.

⁸⁷ ERG (08) 20 final, p. 15.

⁸⁸ OFT, décision du 30 janvier 2005, BSKyB Broadband Services Ltd/Easynet Group PLC, §13.

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.⁸⁹ 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.⁹⁰ 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,⁹¹ sans doute le plus souvent sous forme d'une offre groupée.

93. 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 géographique⁹². 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.⁹³

⁸⁹ 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 (althoewel in mindere mate) voor een gemeenschappelijke prijsbeperking. Zo overlapt het dekkinggebied van alternatieve DSL-aanbieders ten dele met het dekkinggebied 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 dekkinggebied 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.* »

⁹⁰ 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 dekkinggebieden van kabeloperatoren elkaar overlappen, toch kan de vaststelling van OPTA voor het overige mutatis mutandis ook opgaan voor de Belgische markt.* »

⁹¹ Question 38 : 02 + 07 + 08 + 09 + 11.

⁹² 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).

⁹³ « *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.

94. Comme nous l'avons déjà remarqué ci-dessus dans le contexte de la définition du marché de produits, l'absence de prise en compte des offres groupées est également susceptible de fausser la définition de marché géographique. En effet, dans la mesure où le marché de produits comprend non seulement une plateforme de télédistribution nationale – la plateforme DSL – mais également les offres groupées combinant la télévision numérique avec des services dont il n'est pas contesté qu'ils appartiennent à des marchés nationaux (téléphonie fixe, téléphonie mobile, internet large bande), la présomption en faveur d'un marché national se trouve renforcée. L'uniformité de prix au niveau des offres « triple play » observée ci-dessus confirme cette analyse.
95. 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.
96. L'AIESH ne dispose pas à ce stade des données chiffrées que le CSA a utilisées pour son analyse. Le régulateur a uniquement communiqué la formule de calcul, sans fournir les données précises. A ce stade, il est donc impossible pour l'AIESH d'utilement faire valoir son point de vue. En tout cas, 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 pose par rapport à la méthodologie, comme par exemple le type de produits considéré, la date à laquelle les données se rapportent, les zones pour lesquelles les calculs ont été effectués, etc.

iii) Diversité des offres

97. 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 en support de la segmentation géographique du marché.
98. 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.
99. De prime abord, nous constatons que l'offre analogique de tous les câblo-opérateurs comprend entre 24 et 31 chaînes.⁹⁴ Les offres numériques (câble + DSL) comprennent généralement autour de 70 chaînes,⁹⁵ avec Numéricable (120 chaînes)

⁹⁴ Projet de décision, annexe 1.

⁹⁵ *Ibidem*.

comme seule exception.⁹⁶ Il n'y a donc pas de variations importantes en ce qui concerne le nombre de chaînes.

100. 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.

Or, 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,⁹⁷ 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 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.

101. Quoiqu'il en soit, on voit mal comment le constat de l'absence du câble en Wallonie de 5 chaînes commerciales néerlandophones (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. Certes, les téléspectateurs au nord et au sud du pays regardent principalement des chaînes dans leur propre langue. Les zones de couverture des câblo-opérateurs ne coïncident cependant pas avec les régions linguistiques. Dans plus d'un cas, ces zones chevauchent les frontières linguistiques. Par conséquent, les différences linguistiques et culturelles ne sont pas pertinentes pour la définition du marché géographique, à moins de subdiviser les zones de couverture des câblo-opérateurs selon la région linguistique, ce qui conduirait à l'identification de marchés manifestement trop étroits (se réduisant, dans certains cas, à une seule commune !).

102. Définir le marché géographique sur base de la zone de couverture du réseau du câblo-opérateur conduirait à ce que les produits de la seule et unique marque VOO seraient

⁹⁶ 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.

⁹⁷ VTM est disponible chez VOO en Communauté germanophone.

soumis à quatre régimes de remèdes différents, sur un territoire aussi réduit que moins de la moitié de la Belgique, ce qui ne peut être envisageable. Il est en effet impossible pour un opérateur de mettre en place des conditions techniques différentes sur base des communes et tout à fait ingérable d'un point de vue commercial et marketing. Ces conséquences obligeraient probablement les opérateurs concernés à devoir se débarrasser d'une partie de leur réseau, ce qui profiterait à Belgacom lequel est soumis à des remèdes fixés au niveau national. Ces conséquences sont la preuve qu'il n'est pas raisonnable de définir le marché au niveau de la couverture des câblo-opérateurs.

iv) *Différences de législation*

103. 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 câbles* »⁹⁸. Le Projet de Décision cite à titre d'exemples :

- 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).

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.

104. En outre, tous les câblo-opérateurs (sauf l'AIESH) sont présents dans au moins deux régions linguistiques.⁹⁹ 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 en l'occurrence un critère pertinent pour la définition du marché géographique.

⁹⁸ Références : Projet de Décision, §171.

⁹⁹ Tecteo et Telenet couvrent trois régions linguistiques, Brutélé et Numéricable deux. Cf. Projet de Décision §38.

105. 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 terme de contenu.
106. 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.
107. 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* ». ¹⁰⁰ 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

108. 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 :
- 1) La présence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée, qu'elles soient de nature structurelle, légale ou réglementaire ;
 - 2) Une structure de marché qui ne présage pas d'évolution vers une situation de concurrence effective ;
 - 3) L'incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul à la ou aux défaillance(s) concernée(s) du marché. ¹⁰¹

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.

109. 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 three-criteria test, one or more operators are found to have significant market power.* » ¹⁰²

¹⁰⁰ Projet de Décision, §182.

¹⁰¹ Recommandation, §5.

¹⁰² ERG Report on guidance on the application of the three criteria test, June 2008, ERG (08) 21, p. 11.

Si même un seul des trois critères n'est pas rempli, le marché n'entre pas en ligne de compte pour une réglementation *ex ante* et il n'y a donc pas lieu de procéder à une analyse PMS.

110. Force est de constater que le régulateur a appliqué le test des trois critères *après* l'analyse PMS, en ordre subsidiaire à celle-ci. En effet, l'analyse des trois critères ne constitue pas une étape indépendante dans le cheminement intellectuel du régulateur, mais se borne simplement 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.
111. 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*.¹⁰³ 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* ». ¹⁰⁴
112. Le marché pertinent identifié par le régulateur est le marché de la fourniture de signaux de télévision numériques et analogiques aux utilisateurs finaux. Notons 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 compte tenu des effets pervers que peut avoir la réglementation. Il sera démontré que cette réticence est de mise en l'espèce.
113. 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.¹⁰⁵ 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 qu'il n'y avait donc pas lieu d'imposer de remèdes *ex ante*.¹⁰⁶ L'exclusion d'un

¹⁰³ ERG (08) 21, p. 6.

¹⁰⁴ ERG (08) 21, p. 5 et 17.

¹⁰⁵ Note explicative, p. 49. La Commission a notamment conclu que le deuxième critère n'était généralement pas rempli.

¹⁰⁶ 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

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 néanmoins une intervention régulatrice de réfuter cette présomption au moyen d'éléments suffisamment probants.

114. 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 par contre 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 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

115. La Recommandation de la Commission identifie deux catégories de barrières à l'entrée :

- 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 ». ¹⁰⁷ 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 massives, l'accès privilégié des « incumbents » aux marchés

(continued...)

(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 l'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.

¹⁰⁷ Recommandation, §9.

financiers ou leur supériorité technologique, l'intégration verticale des opérateurs etc.

- 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.* »¹⁰⁸

Le Projet de Décision n'identifie pas de barrières du deuxième type, mais uniquement des barrières structurelles, notamment : (i) le fait que les « incumbents » 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

116. Le régulateur relève tout d'abord que « *le réseau d'AIESH est caractérisé par un grand degré de coûts irrécupérables. En effet, pour dupliquer ce réseau, un nouvel entrant sur le marché devrait effectuer des travaux techniques et urbanistiques considérables (ex : ouverture de rues), ce qui n'est pas rentable d'un point de vue économique. Cet aspect rend la duplicabilité du réseau de l'AIESH peu probable.* »¹⁰⁹
117. L'analyse des barrières à l'entrée liées à la duplication du réseau doit bien évidemment 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 au niveau économique que leurs principaux concurrents ne seraient en mesure de dupliquer. Les concurrents de l'AIESH sont au contraire des opérateurs qui disposent d'une force de frappe financière nettement supérieure à celle d'AIESH. Entre 2005 et 2010, Mobistar a investi ± €1 milliard en infrastructure, Telenet 1,3 milliard et Belgacom 4 milliards. Cela prouve que les opérateurs ont tout à fait la possibilité d'investir dans des plateformes alternatives.
118. 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.
119. 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 déficiente dans la mesure où elle ne prend pas en ligne de compte l'existence de produits d'accès de gros au niveau des marchés 4 (dégroupage

¹⁰⁸ Recommandation, §10.

¹⁰⁹ Projet de Décision, §370.

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 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.vi) ci-dessous.

120. L'approche « greenfield modifiée » implique aussi une préférence pour l'imposition de remèdes sur les marchés les plus en amont : « *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). [...] 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)* ». ¹¹⁰ C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la Recommandation de 2007 n'identifie plus qu'un seul marché de détail comme susceptible d'être soumis à une réglementation ex ante. ¹¹¹ En l'occurrence, le régulateur n'a pas suivi la méthodologie préconisée par la Commission et n'a pas examiné si la disponibilité d'un accès de gros du type « *bitstream* » incluant la fonctionnalité « *multicast* » à des prix orientés sur les coûts serait suffisant ou non pour permettre à un nouvel entrant de dupliquer au niveau économique l'offre des opérateurs déjà présents sur le marché. La motivation du Projet de Décision concernant les barrières à l'entrée est donc inadéquate.
121. Le Projet de Décision relève encore que les entrants potentiels ne peuvent pas dupliquer la fonctionnalité analogique d'AIESH. Comme il sera démontré ci-dessous dans la section C.3.vii), 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* » ¹¹² (« *up-selling* »), l'AIESH en Wallonie se trouve dans une situation clairement incomparable et dès lors nettement moins avantageuse que Telenet en Flandre, étant donné l'absence de numérisation 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 que son réseau n'est pas bidirectionnel. Or, le Projet de Décision néglige de prendre en compte ces différences matérielles et se contente de faire un « *copiage-collage* » des mêmes arguments pour tous les marchés géographiques.

¹¹⁰ Explanatory note, p. 13. Nous soulignons.

¹¹¹ Cf. Recommandation, §15.

¹¹² Projet de décision, p. 107.

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

122. Le Projet de Décision indique qu' «*en raison de sa clientèle limitée de [20.000-50.000] ménages, AIESH ne possède pas d'économies d'échelle notables.* »¹¹³. Ceci démontre bien qu'AIESH ne dispose d'aucun avantage significatif par rapport à Billi et aux entrants potentiels sur le marché. *A contrario*, ces derniers occupent une position plus favorable que celle d'AIESH. Cette conclusion est d'autant plus vraie que le nombre de ses clients est de l'ordre de [REDACTED], soit moins que les chiffres cités dans le Projet de Décision.
123. De même, AIESH ne possède aucun avantage par rapport à Belgacom, Mobistar ou KPN Group Belgium puisqu'en tout état de cause, son réseau ne permet la fourniture que des seuls services de radiodiffusion. AIESH se voit donc dans l'impossibilité de proposer des offres multi play et ainsi exercer une quelconque réduction de concurrence face aux opérateurs proposant des pratiques de « *cross-selling* » entre différents produits.
124. Toutefois, le Projet de Décision se réfère au statut de fournisseur principal d'électricité sur sa zone de couverture pour considérer qu'AIESH «*a la possibilité d'utiliser sa notoriété en tant que fournisseur d'électricité pour la fourniture de services de radiodiffusion.* »¹¹⁴. Il en découlerait alors, par une sorte d'effet de levier, des économies de gamme pour AIESH.
125. Cette relation causale ne peut cependant être légitimement acceptée. Le Projet de Décision lui-même prend soin de relever le fait qu'AIESH ne commercialise de facto aucune offre groupée de ses services d'électricité et de radiodiffusion et de conclure que la présence d'économies de gamme dans le chef d'AIESH est limitée.
126. Remarquons enfin que la taille globale d'AIESH n'est absolument 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.¹¹⁵ Ces autres opérateurs disposent donc d'une assise financière et d'une machine commerciale beaucoup plus puissantes que celles d'AIESH, ce qui permet de relativiser les avantages liés au fait de disposer d'économies de gamme.

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

127. 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 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*

¹¹³ Projet de Décision, §379.

¹¹⁴ Projet de Décision, §383.

¹¹⁵ Cf. ci-dessous, section III.C3.x).

situation de la concurrence au-delà des barrières à l'entrée ». ¹¹⁶ 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. » ¹¹⁷ 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 ». ¹¹⁸

128. 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 fulgurant depuis son lancement en septembre 2010. ¹¹⁹ Ceci démontre bien comment une définition artificiellement étroite du marché de produits, 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. Le cas 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. Vu le succès de l'offre « quadruple play » de Mobistar, nous pouvons également anticiper que l'entrée de Mobistar sera « persistante ». Comme nous l'avons déjà mentionné ci-dessus, Mobistar utilise des décodeurs hybrides qui disposent déjà d'une connexion à large bande. Ceci permettra à Mobistar de faire migrer ses abonnés télévision de la plateforme satellite numérique vers la plateforme IPTV sur DSL dans un stade ultérieur. Le lancement imminent de services interactifs (télévision de rattrapage et vidéo sur demande), fournis en utilisant une connexion VDSL comme canal de retour, sera déjà un premier pas dans cette direction. Rappelons que Mobistar fournit déjà l'accès internet à large bande et la téléphonie vocale (VoIP) sur la base des produits de gros BRUO et BROBA de Belgacom, et a par ailleurs massivement investi dans le dégroupage de la boucle locale. Le scénario idéal pour Mobistar serait donc de pouvoir fournir l'accès internet, la téléphonie et la télévision sur la base d'une plateforme unique, à savoir la plateforme DSL sur laquelle il est déjà présent et qui est par ailleurs la seule à offrir l'ubiquité requise (voir plus haut). Il n'y a donc pas de réel besoin, dans le chef de Mobistar, d'avoir accès au câble, surtout pas si l'offre BROBA est complétée avec la fonctionnalité « multicast ». ¹²⁰
129. D'ailleurs, même si l'on accepte la définition étroite du marché de produits retenue par le régulateur, celle-ci ne justifie toujours pas le manque de prise en compte de la nouvelle offre de Mobistar. En effet, la Recommandation indique que « [m]ême

¹¹⁶ Recommandation, §5. Nous soulignons.

¹¹⁷ Recommandation, §11.

¹¹⁸ Recommandation, §11.

¹¹⁹ « Succès surprise pour Mobistar TV », *La Libre* 21 janvier 2010.

¹²⁰ A propos de l'offre « quadruple play » de Mobistar.

*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 convergence de produits et de marchés, qui peut donner lieu à des pressions concurrentielles entre opérateurs actifs sur des marchés de produits distincts.*¹²¹ 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.

130. Notons en outre que la Commission a supprimé l'ancien marché 18 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. Dans la note explicative accompagnant la Recommandation de 2007, la Commission indique que l'émergence de la télévision numérique a augmenté la concurrence entre plateformes et a diminué les contraintes de capacité sur celles-ci. La Commission a considéré que, dans une approche prospective, ces tendances justifiaient la suppression du marché 18 de la liste des marchés pertinents susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante : *« 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. »*¹²² Le régulateur va donc à l'encontre de l'appréciation de la Commission en considérant que la migration de la télévision analogique à la télévision numérique aura pour effet de consolider la position concurrentielle des câblo-opérateurs. Notons par ailleurs que ce passage indique bien que dans l'esprit de la Commission, le satellite et la TNT font en principe partie du même marché de produits que la télévision par le câble et l'IPTV par les réseaux DSL.
131. Rappelons enfin qu'à deux exceptions près, toutes les ARN qui ont examiné le marché 18 ont conclu que ce marché ne remplissait pas au moins un des trois critères cumulatifs, et qu'aucune ARN n'a pu effectivement imposer des remèdes ex ante à ce marché.¹²³
132. Le Projet de Décision considère que le marché pertinent ne tend pas vers une concurrence effective pour les raisons suivantes :

¹²¹ Recommandation, §12. Nous soulignons.

¹²² Explanatory note, p. 49.

¹²³ Voir *supra*.

- la TV analogique resterait un produit important répondant à un besoin élevé des utilisateurs finals, et en particulier des ménages ayant plusieurs postes de TV ;
- les parts de marché de l'AIESH ne diminueraient que lentement ;
- même après l'entrée sur le marché de Belgacom en 2005, l'AIESH aurait augmenté ses tarifs ;

i) Importance de la télévision analogique

133. En ce qui concerne le premier argument invoqué par le régulateur, réitérons que le régulateur surestime l'importance de la télévision analogique, pour les raisons exposées ci-dessous dans la section C.3.vii).

ii) Évolution des parts de marché d'AIESH

134. Selon le Projet de Décision, les parts de marché d'AIESH restent très élevées (80-90%) et ne diminuent que lentement.
135. Notons d'emblée que le Projet de Décision ne justifie pas la manière dont les parts de marché ont été calculées.¹²⁴ Par ailleurs, la part de marché évoquée semble en contradiction avec les résultats de l'enquête de marché de l'IBPT,¹²⁵ 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 d'AIESH n'a pas été calculée correctement.
136. 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* ». ¹²⁶ Qualifier le succès commercial de Belgacom comme étant « non-négligeable » démontre cependant bien l'interprétation tendancieuse de l'analyse. Mr Bellens ne la partage en tout cas pas. Celui-ci n'est pas peu fier des prestations de Belgacom et les qualifie de véritable « success-story » ¹²⁷. 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 clients au niveau national. Dans le deuxième trimestre de 2010, 56% de la clientèle internet à large bande de Belgacom achetaient aussi le service Belgacom TV. 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, ¹²⁸ ce qui montre le succès de la stratégie de « *cross-selling* » de Belgacom. Rappelons qu'AIESH, qui ne dispose pas d'un réseau

¹²⁴ Voir aussi plus loin, section III.C.3.v).

¹²⁵ En effet, selon cette enquête, l'AIESH aurait une part de marché de seulement 33% dans sa zone de couverture, contre 51% pour Belgacom (!).

¹²⁶ Projet de décision, §307.

¹²⁷ Rapport trimestriel de Belgacom, Q3 2010, p.4.

¹²⁸ Morgan Stanley, Telecommunications Services : IPTV day, 29 juin 2010.

bidirectionnel, n'a aucune part de marché dans le marché de l'internet large bande et que les clients de l'internet à large bande de Belgacom sont peu enclins à changer d'opérateur si ils veulent conserver leur adresse e-mail @skynet.be, encore largement diffusée en Belgique compte tenu de la part de marché de Belgacom.

137. 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 AIESH que dans toutes les autres zones. Force est de constater que le Projet de Décision n'a pas pris en compte ces différences significatives entre les zones de couverture des câblo-opérateurs, se bornant à « copier-coller » la même motivation pour chaque marché géographique retenu.

iii) Évolution des tarifs d'AIESH

138. L'évolution des tarifs calculée dans le Projet de Décision est erronée. Nous y reviendrons plus en détail ci-dessous dans la section C.3.viii). L'AIESH 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 sous considération, comme par exemple la législation en matière de contrôle de prix. Or, le prix des offres TV de base est soumis à une procédure de demande d'augmentation de prix auprès du Ministre qui a les affaires économiques dans ses attributions.¹²⁹ 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.
139. En outre, les tarifs d'AIESH 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. .

4. Troisième critère : Insuffisance du droit de la concurrence

140. 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 ;
 - Il serait difficile de démontrer une « facilité essentielle » selon les critères très restrictifs définis par la jurisprudence de la Cour de justice en la matière.

¹²⁹ Article 3 de l'Arrêté ministériel du 20 avril 1993 portant dispositions particulières en matière de prix.

- Même si une « facilité essentielle » serait 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.¹³⁰
141. Rappelons tout d'abord que les trois critères prévus par la Recommandation de la Commission sont cumulatifs. Il suffit donc qu'un seul critère ne soit pas rempli pour qu'il ne soit pas satisfait au test des trois critères. La plupart des ARN qui ont effectué une analyse du marché 18 ont considéré que le deuxième critère n'était pas rempli et n'ont donc pas procédé à une analyse du troisième critère. Notons cependant que les analyses des régulateurs allemand¹³¹ et français¹³² confirment 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. Or, si l'ancien marché 18 (marché de gros de la radiodiffusion) ne remplit pas le deuxième et/ou troisième critère du test, l'on est en droit de se demander pourquoi le marché de détail correspondant, qui n'a même jamais fait partie de la liste des marchés pertinents de la Commission, lui, entrerait en ligne de compte pour une réglementation *ex ante*.
142. Il ressort aussi des arguments avancés dans le Projet de Décision que le régulateur considère que le problème principal auquel devrait remédier le droit de la concurrence est un problème d'accès au niveau des marchés de gros. Or, justement, il n'y a 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 produits 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.
143. 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 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 leur 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 également bien équipées pour censurer des contrats d'exclusivité pour le contenu, si ceux-ci risquent d'avoir un effet d'éviction.

¹³⁰ Projet de décision, § 259.

¹³¹ Commission européenne, lettre au BNetzA du 30 septembre 2010, DE/2010/1126, pp. 4-5.

¹³² Commission européenne, lettre au BNetzA du 24 février 2006, FR/2006/0335, p. 3 et note infrapaginale 10.

144. 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. Les prix des abonnements de télévision en Belgique sont au demeurant parmi les plus bas en Europe.

C. IDENTIFICATION DES ENTREPRISES PUISSANTES SUR LE MARCHÉ

1. Rappel des principes

145. 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 revient par conséquent aux ARN de déterminer si le marché en question est effectivement concurrentiel¹³³.
146. 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 »)¹³⁴. 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. »¹³⁵

147. 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. »

148. 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

¹³³ 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.

¹³⁴ 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 »).

¹³⁵ Lignes Directrices, § 20.

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 marché¹³⁶. Ainsi que l'indique le paragraphe 78 des Lignes Directrices, « *les ARN doivent procéder à une analyse approfondie et exhaustive des caractéristiques économiques du marché pertinent avant de conclure à l'existence d'une puissance sur le marché.* » Les Lignes Directrices énumèrent une série de critères auxquels les ARN peuvent se référer à cet égard¹³⁷.

149. 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. »*¹³⁸

2. L'analyse de marché effectuée dans le Projet de Décision

150. Le CSA conclut de son analyse de marché qu'AIESH 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 la zone de couverture d'AIESH¹³⁹. Cette conclusion repose essentiellement sur les motifs suivants :

- AIESH dispose d'une part de marché comprise entre 80 et 90% dans sa zone de couverture, tandis que Belgacom TV a une part de marché comprise entre 10 et 20%.

¹³⁶ 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.

¹³⁷ 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.

¹³⁸ Bruxelles, 30 juin 2009, R.G. 2006/AR/2332 et al., p. 43.

¹³⁹ Projet de Décision, § 394.

- L'évolution des prix des offres TV montre qu'AIESH détermine ses prix indépendamment de son principal concurrent Belgacom TV. Selon le CSA, ceci ressort en particulier de ce que :
- le prix de l'offre de TV analogique d'AIESH a augmenté en dépit de l'entrée de Belgacom sur le marché ;
- AIESH dispose d'un réseau qu'il n'est pas facile de dupliquer et caractérisé par un grand degré de coûts irrécupérables. AIESH a la possibilité de fournir des signaux de télévision analogiques, une fonctionnalité utilisée par plus de 80-90% des clients TV dans la zone de couverture d'AIESH, et qui est très difficile à dupliquer pour Belgacom et des nouveaux entrants potentiels.
- Il y a deux grandes barrières au changement susceptibles d'empêcher les clients de passer d'AIESH à un concurrent :
- AIESH bénéficie d'économies de gamme limitées liées à la fourniture d'électricité.
- Le contre-pouvoir des acheteurs (essentiellement des ménages individuels) est limité.
- AIESH est une entreprise verticalement intégrées sur le marché de la radiodiffusion.

3. Commentaires d'AIESH sur l'analyse de marché effectuée dans le Projet de Décision

151. Ainsi qu'il sera détaillé ci-après, AIESH estime que l'analyse de marché effectuée dans le Projet de Décision :

- contraste avec l'analyse de marché réalisée par le CSA dans le cadre de son Projet de Décision relative au marché 18 du 17 janvier 2007¹⁴⁰, sans qu'aucune modification de circonstances significative ne justifie la différence de solutions ;
- ne résiste pas aux doutes sérieux émis par la Commission européenne quant à la compatibilité de cette analyse avec le droit communautaire ¹⁴¹ ;
- est incorrecte dans la mesure où le Projet de Décision applique les mêmes solutions à l'ensemble des câblo-opérateurs sans prise en compte suffisante de leurs spécificités ;

¹⁴⁰ Projet de Décision du 17 janvier 2007 du collège d'autorisation et de contrôle du CSA relative au marché de gros de la livraison audiovisuelle en ligne par câble coaxial de couverture locale.

¹⁴¹ Commentaires de la Commission européenne, Case BE/2007/0578 : Broadcasting transmission services, 19 mars 2007.

- manque de prendre en compte la faible part de marché d’AIESH sur les marchés connexes au marché pertinent retenu par le CSA ;
- ne justifie pas la manière dont sont calculées les parts de marché d’AIESH;
- 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 qu’AIESH est un opérateurs marginal comparé à ses concurrents.

i) *L’analyse de marché contraste avec l’analyse réalisée par le CSA en 2007*

152. L’AIESH constate que l’analyse de marché effectuée dans le Projet de Décision s’inscrit en porte à faux avec celle précédemment réalisée par le CSA dans le cadre de son Projet de Décision d’analyse de marché concernant le marché de gros des services de diffusion audiovisuelle en Région wallonne et en partie dans la Région de Bruxelles .
153. Comme déjà évoqué à plusieurs reprises, le marché de gros des services de diffusion audiovisuelle correspond à l’ancien “marché 18”, aujourd’hui absent de la liste des marchés pertinents de la Recommandation de 2007. Indépendamment de la portée significative de ce retrait, qui témoigne de la volonté de la Commission de ne pas réguler le marché de gros des services de diffusion audiovisuelle, AIESH soutient que les conclusions retirées par le CSA dans son précédent projet sont transposables à l’actuel Projet de Décision.
154. Lors de sa tentative antérieure d’analyse de marché, le CSA avait identifié 12 marchés de gros locaux pour les services de radiodiffusion par câble, correspondants à des zones géographiques distinctes dans lesquelles chacun des opérateurs exerçait seul la prestation de services de “télédistribution”. Une distinction entre les différents opérateurs fut cette fois véritablement opérée.
155. En premier lieu, seuls 3 opérateurs furent identifiés comme opérateurs PSM, à savoir ALE-Télédis, Brutélé et Idéa(tel).
156. De plus, notons que, bien qu’ayant abouti à un constat de puissance significative sur le marché dans le chef d’ALE-Télédis, Brutélé et Idéa(tel), le précédent projet soulignait déjà qu’une dynamique concurrentielle était à l’oeuvre (engendrée par l’essor prévisible et croissant de la télévision sur xDSL et le potentiel développement de la TNT), qui risquerait de dénier toute indépendance future dans la fixation des prix par les opérateurs PSM. Le projet disposait d’ailleurs dans cette logique que “*Le Collège pourrait conclure à l’absence d’une puissance sur le marché suffisante pour*

être la source de sérieux problèmes concurrentiels et donc à la non-nécessité d'imposer des remèdes."¹⁴² .

157. Par contre, les neuf autres câblo-opérateurs (AIESH, Igeho, Inatel, Interest, Interrosane, Séditel, Simogel, Télélux et Télénet) furent considérés comme ne détenant pas une puissance significative, en raison principalement de la présence d'un contre-pouvoir d'acheteur important des fournisseurs de contenu et de leur taille médiocre.
158. L'AIESH souligne qu'elle ne faisait dès lors pas partie de la "catégorie" d'opérateurs identifiés comme PSM dans le projet de 2007, lequel consacrait en outre une section distincte à la seule analyse de la position de marché de l'AIESH. En effet, le précédent projet avait reconnu la position singulière de l'AIESH, la qualifiant de "*petite intercommunale desservant une petite zone géographique constituée de sept communes et disposant au total d'un petit nombre d'abonnés.*"¹⁴³. Cette spécificité avait pour conséquence que les considérations ayant déjà abouti au rejet d'une puissance significative dans le chef de huit des câblo-opérateurs s'appliquaient, a fortiori, à l'AIESH.
159. L'analyse de marché proposée par le CSA en 2007 avait abouti à la conclusion que, bien que tous les câblo-opérateurs disposaient de parts de marché de 100% dans leurs zones de couverture respectives, neuf d'entre eux ne pouvaient être identifiés comme opérateurs PSM dans la mesure où deux indices déterminants renversaient la présomption de dominance déduite de parts de marchés élevées. Ainsi, la présence d'un contre-pouvoir important des fournisseurs de contenu cumulée avec la mise en place d'une dynamique concurrentielle empêchaient ces opérateurs d'agir de manière indépendante. D'autres critères tels que la taille, la diversification des produits/services, les économies d'échelle et de gamme, les barrières à l'entrée et à l'expansion, venaient à l'appui de ce constat. En particulier, la dimension modeste d'AIESH le renforçait.
160. AIESH soutient que ce bilan n'a pas changé entre la période d'analyse retenue par le précédent projet et celle retenue par le Projet de Décision.
161. En effet, aucune modification susceptible de contredire le constat dressé en 2007 n'est intervenue:
- la zone de couverture d'AIESH est demeurée identique, de sorte que les considérations relatives à sa dimension ayant abouti au rejet d'une position significative restent d'application ;
 - il n'apparaît pas que le pouvoir des fournisseurs de contenu ait diminué durant la période d'analyse, de sorte que la présence d'un contre-pouvoir d'acheteur

¹⁴² Projet de décision du 17 janvier 2007 du collège d'autorisation et de contrôle du CSA relative au marché de gros de la livraison audiovisuelle en ligne par câble coaxial de couverture locale, p.71.

¹⁴³ *Ibidem*, p.75.

fort dans leur chef reste établie et empêche l'exercice d'une puissance significative par les câblo-opérateurs ;

- au contraire, le Projet de Décision renseigne que les parts de marché d'AIESH ont diminué à partir de 2006 (en raison de l'entrée sur le marché de Belgacom TV, dont la part de marché ne cesse de croître), ce qui démontre qu'AIESH est un câblo-opérateur modeste subissant la pression concurrentielle de Belgacom TV, son principal concurrent. Au surplus, l'AIESH ne dispose pas d'un réseau numérisé ni bidirectionnel. Ceci renforce son statut particulier et mineur, en contraste avec la position occupée par des opérateurs puissants ayant totalement développé leur réseau ;
- enfin, l'émergence d'une dynamique concurrentielle s'est vérifiée dans la présente période d'analyse, ce que relève le Projet de Décision à de multiples reprises.

162. En tout état de cause, AIESH considère que la situation prévalant en 2007 est rigoureusement identique à la situation analysée dans le Projet de Décision. Par conséquent, aucune justification ne permet de s'éloigner de la solution précédemment retenue, ce qui empêche toute qualification d'AIESH en tant qu'opérateur PSM.

ii) L'analyse de marché ne résiste pas aux doutes sérieux émis par la Commission européenne quant à la compatibilité avec le droit communautaire

163. L'AIESH constate que l'analyse de marché proposée par le Projet de Décision de 2007 n'avait pas franchi l'étape communautaire d'avis de la Commission européenne. L'AIESH ne voit dès lors pas pourquoi, à situation comparable, la réponse de la Commission européenne serait différente aujourd'hui. L'AIESH invoque donc l'incompatibilité avec le droit européen des analyses contenues dans le Projet de Décision.

164. Conformément à la procédure dite "article 7", le CSA avait notifié son Projet de Décision d'analyse de marché concernant le marché de gros des services de diffusion audiovisuelle en Région wallonne et en partie dans la Région de Bruxelles à la Commission européenne.

165. Les commentaires de cette dernière furent sans appel :

"The Commission has serious doubts as to the compatibility of the draft measures with Community law and in particular with the requirements referred to in Articles 8 and 14 to 16 of the Framework Directive read in conjunction with Articles 10 and 82 of the EC Treaty."

"On the basis of the notification and additional information provided by CSA, the Commission has serious doubts as to whether it can be reliably concluded in accordance with the requirements in Articles 8 and 14-16 of the Framework Directive, read in conjunction with Articles 10 and 82 of the EC Treaty, that : a) the cable operators Ale-Télédis ; Brutele ; and Idea(tel) hold a position of SMP on the

corresponding wholesale markets for broadcasting transmission services via cable (...).»¹⁴⁴ .

166. En substance, la Commission européenne a considéré que même si les câblo-opérateurs s'associent en général pour conclure de manière collective les contrats de fourniture auprès des fournisseurs de contenu, ces derniers occupent indéniablement une position de force dans la négociation. Ils disposent en effet d'une puissance d'achat compensatrice et un équilibre de pouvoir de négociation s'opère.
167. En outre, la Commission européenne a souligné que l'analyse se devait de tenir compte de la réglementation pesant sur les câblo-opérateurs, dont l'obligation de "must carry" (obligation de diffusion empêchant le refus d'accès au réseau câblé par un câblo-opérateur à un radiodiffuseur).
168. En conclusion, la Commission européenne a estimé que le projet d'analyse de marché qui lui avait été notifié par le CSA souffrait d'une insuffisance de preuves et d'arguments pour identifier Ale-Télédis, Brutélé et Idea(tel) en tant qu'opérateurs PSM. Le 18 avril 2007, le projet était retiré par le Collège d'autorisation et de contrôle du CSA.
169. L'AIESH estime que le présent Projet de Décision devrait en toute logique subir le même sort si pas pour la totalité des câblo-opérateurs, à tout le moins pour ses activités à elle.

iii) L'analyse de marché est incorrecte dans la mesure où le Projet de Décision applique les mêmes solutions à l'ensemble des câblo-opérateurs sans prise en compte suffisante de leurs spécificités

170. L'AIESH estime que le Projet de Décision manque de discernement dans la mesure où il méconnaît les spécificités de l'AIESH. Celles-ci sont pourtant essentielles et exigent de réserver à AIESH un traitement différent de celui adopté pour les autres câblo-opérateurs.
171. Il a déjà été souligné qu'AIESH se distingue des autres câblo-opérateurs pour les raisons suivantes:
- la petite taille de l'AIESH, qui ne dispose que de [REDACTED] utilisateurs (en comparaison par exemple avec un autre câblo-opérateur comme Tecteo, qui compte [REDACTED] fois plus d'utilisateurs, ou en comparaison avec Belgacom TV, principal concurrent d'AIESH dans sa zone de couverture, qui compte [REDACTED] fois plus de clients). Le Projet de Décision retient à cet effet le qualificatif "rural" pour désigner le réseau d'AIESH ;

¹⁴⁴ Commentaires de la Commission européenne, Case BE/2007/0578 : Broadcasting transmission services, 19 mars 2007.

- l'absence de réseau numérisé et bidirectionnalisé, ce qui relègue l'AIESH au rang du seul câblo-opérateur belge analysé dans le Projet de Décision comme disposant d'un réseau uniquement analogique ;
 - l'identification de seulement deux barrières au changement susceptibles d'empêcher les clients de passer d'AIESH à un autre concurrent ou entrant potentiel sur le marché (alors que le Projet de Décision retient systématiquement trois barrières au changement dont bénéficieraient les autres câblo-opérateurs, de nature différente à celle des barrières au changement dénoncées à l'égard d'AIESH) ;
 - l'absence d'économies d'échelle notables, par contraste avec les autres câblo-opérateurs ;
 - des économies de gamme limitées, également par contraste avec les autres câblo-opérateurs ;
 - l'absence d'accès privilégié aux marchés de capitaux, alors que le Projet de Décision avait avancé que la grande taille de Telenet, par exemple, lui permettait de se targuer d'un certain degré d'accès privilégié aux marchés de capitaux par rapport aux nouveaux entrants ;
 - l'absence d'un réseau de vente étendu d'AIESH, contrairement à son principal concurrent, Belgacom TV.
172. Le Projet de Décision se ménage toutefois une porte de sortie en prévoyant que *“Le CSA estime que le fait qu'AIESH ne dispose pas d'un réseau numérisé, l'empêchant d'offrir des services numériques avancés et n'est pas actif sur le marché des produits multi play, peut avoir pour conséquence que sa position dominante, qui peut être supposée sur sa part de marché, sera minée à moyen terme.”*¹⁴⁵. Cette précaution, à défaut d'y voir un aveu dans le chef du CSA, démontre bien le caractère artificiel de la prétendue dominance d'AIESH.
173. L'ensemble de ces spécificités étant renseigné dans le Projet de Décision, AIESH ne voit pas pourquoi, alors que le Projet de Décision témoigne de sa position particulière, celui-ci lui applique pourtant un traitement homogène à celui réservé aux autres câblo-opérateurs.
174. En définitive, il ressort de la lecture du Projet de Décision que celui-ci se contente en réalité de reprendre, par une sorte de mimétisme, les thèses avancées au sujet des principaux câblo-opérateurs afin de les appliquer sans distinction et de façon automatique à AIESH.
175. Ce faisant, le Projet de Décision opère une discrimination en traitant de manière identique des câblo-opérateurs aux qualités pourtant fondamentalement différentes.

¹⁴⁵ Projet de Décision, §.394.

iv) L'analyse de marché manque de prendre en compte la faible part de marché d'AIESH sur les marchés connexes

176. AIESH constate que l'analyse effectuée par le CSA 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 produits retenu dans le Projet de Décision.
177. Le caractère purement formel de l'appréciation effectuée par le CSA 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 marchés 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 pour justifier la segmentation géographique du marché mais est par contre ignorée au niveau de l'analyse PMS.
178. En outre, AIESH estime que c'est à tort que le Projet de Décision limite son analyse des conditions de concurrence pour les 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.
179. 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. »¹⁴⁶*
180. Bien qu'il s'agissait en l'espèce de l'examen d'une concentration, AIESH 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 et dans le cadre d'une analyse concurrentielle. A défaut, l'analyse de marché risque de conduire à des résultats

¹⁴⁶ 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.

artificiels, qui ignorent les véritables rapports de force auxquels sont confrontés les différents opérateurs.

181. 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 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. »¹⁴⁷

182. 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 CSA 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.* »¹⁴⁸ 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.

183. L'AIESH estime par conséquent que le CSA aurait dû prendre en compte dans son analyse de marché le fait qu'elle est absente des marchés connexes à la télévision, ce qui relativise considérablement les parts de marché que le Projet de Décision lui attribue sur le seul marché de la télévision.

184. 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 ainsi que :

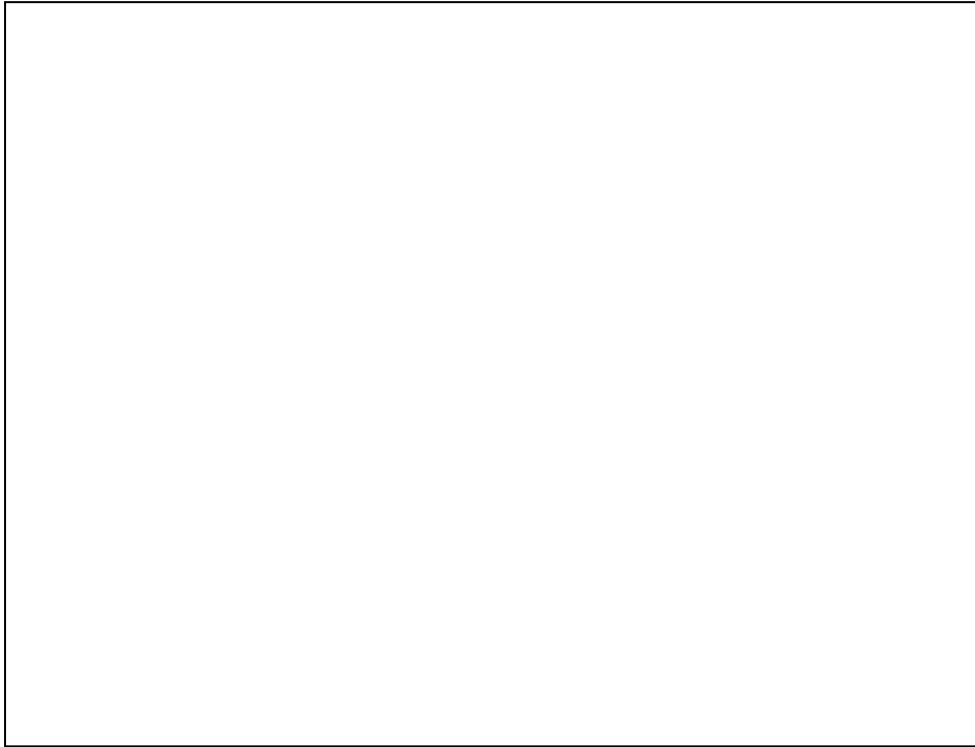
- Au cours du 1^{er} trimestre de 2010, plus de moitié de la clientèle totale de Telenet a acheté une offre groupée comprenant plus d'un produit. Un tiers de la clientèle totale de Telenet achète l'Internet, la TV numérique et la téléphonie fixe à la fois ;
- Pour Belgacom, 44% de la clientèle résidentielle de Belgacom est abonnée à plus d'un produit. Parmi ces packs, les offres comprenant la télévision

¹⁴⁷ 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.

¹⁴⁸ Projet de Décision, § 539.

numérique composent une très grande majorité de l'ensemble de la clientèle « multiplay ».

185. Le graphique suivant, extrait d'une étude de Morgan Stanley¹⁴⁹, 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.



v) *Le Projet de Décision ne justifie pas la manière dont sont calculées les parts de marché d'AIESH*

186. AIESH note que le Projet de Décision ne justifie aucunement la manière dont ont été calculées ses parts de marché. Le Projet de Décision se contente d'indiquer que « à la mi-2010 AIESH disposait d'une part de marché de [80-90]% dans sa zone de couverture »¹⁵⁰ ..
187. En outre, cette part de marché est en contradiction flagrante avec les résultats de l'enquête de marché de l'IBPT de 2010, à laquelle le régulateur fait par ailleurs référence à de multiples reprises dans son Projet de Décision. Il ressort en effet de cette enquête que dans la zone de couverture d'AIESH, seuls 33% des téléspectateurs ont une préférence pour AIESH, contre 51% pour Belgacom.

¹⁴⁹ Morgan Stanley, Telecommunications services, IPTV day, investing in growth, June 29, 2010.

¹⁵⁰ Projet de Décision, § 362.

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

188. AIESH constate que le Projet de Décision n'examine pas la concurrence potentielle des opérateurs alternatifs sur base de l'accès *bitstream*. Le Projet de Décision 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 d'AIESH. Le fait qu'AIESH couvre une zone relativement rurale fait que celle-ci est moins intéressante sur le plan économique pour le déploiement d'un réseau dégroupé. En conséquence, il est peu probable qu'un entrant potentiel dupliquera la portée du réseau d'AIESH par dégroupage. »¹⁵¹

189. L'AIESH 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 marché¹⁵². Cette approche implique que l'ARN prenne en compte la régulation *ex ante* imposée sur le(s) marché(s) en amont pour analyser la 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 récemment rappelé la pertinence de cette approche dans son arrêt du 7

¹⁵¹ Projet de Décision, §371.

¹⁵² 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). »*

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). »

190. Or, l'AIESH 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.
191. 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.
192. 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 d'AIESH d'une part, à savoir pour 2009, [REDACTED] clients (en régression constatée d'environ [REDACTED]% par an depuis le lancement de BelgacomTV), 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*.
193. 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.
194. 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 5¹⁵³, cette offre s'est rapidement révélée être un succès pour Mobistar. Un article de presse paru le 21 janvier 2011 sous le titre révélateur de « *la parabole, ça décolle* » 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. »¹⁵⁴

195. 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 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

¹⁵³ 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. »

¹⁵⁴ Article de la Libre Belgique du 21/01/2011, « Succès surprise pour Mobistar TV ».

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. »¹⁵⁵

196. 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 tel qu’AIESH (avec seulement [REDACTED] clients et une couverture géographique très limitée) 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.
197. Il découle de ce qui précède qu’il existe clairement une concurrence potentielle susceptible d’affecter sensiblement et à brève échéance la position d’AIESH 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 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. »¹⁵⁶

¹⁵⁵ « Mobistar tevreden over succes digitale tv », *De Tijd* 25 januari 2010.

¹⁵⁶ Bruxelles, 7 mai 2009, R.G. 2008/AR/787, §§ 243, 245 et 246 (nous soulignons).

vii) Le Projet de Décision surestime l'importance de la télévision analogique

198. Le Projet de Décision considère que la possibilité qu'a AIESH de fournir des signaux de télévision analogiques constitue « *un facteur important qui renforce la position dominante d'AIESH sur sa zone de couverture* »¹⁵⁷ 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, [80-90]% des téléspectateurs dans la zone de couverture d'AIESH regardent uniquement la télévision en analogique,
 - la possibilité de fournir des signaux de télévision analogiques sur plusieurs postes de TV, permettant à des ménages possédant plusieurs postes de TV de regarder la TV (analogique) sur chacun de ces postes, 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. L'AIESH estime toutefois que le Projet de Décision surestime l'avantage que pourrait lui procurer la possibilité de fournir des signaux de télévision analogiques. En effet, les opérateurs basés sur la technologie DSL peuvent offrir le même avantage à leurs clients vu que 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 ± 3 canaux « SD », donc 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 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. Belgacom n'a probablement pas offert ce type de décodeurs sur le marché, pour la simple raison qu'il n'existe pas vraiment de demande sur le marché pour avoir plusieurs postes de télévisions simultanément, comme le montre d'ailleurs l'enquête de l'IBPT.
199. 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.

¹⁵⁷ Projet de Décision, §373.

Sur ces marchés, l'évaluation du jeu de la concurrence devra se faire en suivant une approche prospective. »¹⁵⁸

200. 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* »¹⁵⁹.
201. 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. La télévision analogique est dès lors vouée à disparaître dans les prochaines années. 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 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.* »
202. Les régulateurs se devaient 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 qu'AIESH pourrait encore retirer de la fonctionnalité analogique.
203. AEISH note également que les avantages que les régulateurs prêtent à la possibilité pour AEISH de pouvoir fournir des signaux TV analogiques sont contredits par la propre enquête de marché 2010 de l'IBPT. En effet, cette enquête révèle que:

¹⁵⁸ Lignes Directrices SMP, § 80.

¹⁵⁹ Bruxelles, 7 mai 2009, R.G. 2008/AR/787, § 206. Voy. également les §§ 243, 245 et 246 précités.

- 100% des téléspectateurs qui disposent de la TV numérique et de la TV analogique regardent principalement la TV numérique¹⁶⁰.
 - seuls 4% 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 avantage¹⁶¹.
 - parmi les utilisateurs qui ont deux fournisseurs de télévision dans la zone de couverture d'AIESH (à savoir ■% des utilisateurs), ■% des abonnés d'AIESH ont également un abonnement chez Belgacom¹⁶² alors qu'aucun abonné de Belgacom n'a également un abonnement chez AIESH. On peut en déduire qu'aucun abonné à la télévision numérique chez Belgacom n'est intéressé à avoir en même temps la télévision analogique chez AIESH, ce qui montre encore une fois le désintérêt des téléspectateurs pour la télévision analogique.
204. En outre, comme le reconnaît le CSA 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 »¹⁶³ 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. »¹⁶⁴

205. 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 »¹⁶⁵ et figure « parmi le top trois des plateformes IPTV les

¹⁶⁰ Question 9/1.

¹⁶¹ Question 10/2.

¹⁶² Question 5/2.

¹⁶³ Ce service permet de regarder une chaîne et d'enregistrer 2 autres chaînes en même temps.

¹⁶⁴ Projet de décision du CSA, §85.

¹⁶⁵ Rapport trimestriel Q3 2010 de Belgacom, p. 4.

plus innovantes et à la croissance la plus rapide au monde »¹⁶⁶ en dépit de la concurrence du câble. Belgacom a d'ailleurs elle-même récemment confirmé 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. »¹⁶⁷

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

206. Le Projet de Décision considère que l'évolution des prix des offres TV montre qu'AIESH détermine ses prix indépendamment de son principal concurrent Belgacom TV. Selon l'IBPT, ceci ressort en particulier de ce que :
- le prix de l'offre de TV analogique d'AIESH a augmenté en dépit de l'entrée de Belgacom sur le marché ;
 - le prix de l'offre analogique d'AIESH est aligné sur le prix du pack de base de Belgacom TV et a même augmenté.
207. AIESH estime que cette analyse est erronée. Le montant de la redevance n'a pas augmenté et ce, malgré les investissements effectués.
208. L'évolution des tarifs démontre par conséquent qu'AIESH 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 qu'AIESH ne saurait être considérée 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.* »¹⁶⁸
209. Par ailleurs, le Projet de Décision néglige de prendre en compte le fait que le tarif de l'offre de télédistribution d'AIESH 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.
210. 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 :

¹⁶⁶ Résultats annuels 2009 de Belgacom, p. 6.

¹⁶⁷ 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.

¹⁶⁸ Lignes Directrices SMP, § 73.

« Au plan méthodologique, les obligations découlant de la réglementation existante, autre que la réglementation spécifique imposée en regard de la PSM 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 »¹⁶⁹.

211. Il est d'autant plus surprenant que l'IBPT 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 greenfield¹⁷⁰.

ix) Le Projet de Décision manque de prendre en compte le contre-pouvoir d'acheteur des fournisseurs de contenu

212. 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.
213. 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.
214. 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. 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.
215. 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

¹⁶⁹ 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-Greffe (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).

¹⁷⁰ 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.

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.

x) Le Projet de Décision ne tient pas compte de ce qu'AIESH est un opérateur marginal comparé à ses concurrents

216. 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 développé¹⁷¹.
217. Une analyse de ces critères révèle qu'AIESH est un opérateur éminemment 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.

Premièrement, il saute aux yeux que la taille globale d'AIESH est sans commune mesure avec celle de ses concurrents directs.

218. Deuxièmement, AIESH ne dispose pas d'un réseau aussi avancé sur le plan technologique que celui de ses concurrents. En effet, contrairement à Telenet Numericable, Brutélé (partiellement) ou Tecteo (partiellement), le réseau d'AIESH n'est pas bidirectionnel¹⁷², ce qui signifie qu'AIESH n'est pas en mesure d'offrir des services de télévision numérique interactive et d'accès à Internet à large bande sur l'ensemble de son réseau. Comme le reconnaît lui-même le CSA dans le Projet de Décision, « [c]ette situation a un impact sur les offres et la compétitivité [d'AIESH] par rapport à aux offres IPTV de Belgacom. »¹⁷³
219. Troisièmement, AIESH n'a pas d'accès spécifique et privilégié aux marchés des capitaux et ressources financières, ce que le CSA confirme d'ailleurs dans son Projet de Décision¹⁷⁴. A la différence de ses concurrents directs, AIESH 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

¹⁷¹ Lignes Directrices, § 78.

¹⁷² Le régulateur le constate d'ailleurs lui-même dans le Projet de Décision (§ 40.5). 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).

¹⁷³ Projet de Décision, § 165.

¹⁷⁴ Projet de Décision, § 384.

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 ressources importantes, voire équivalentes à celles de [Belgacom Mobile]. »¹⁷⁵

220. Quatrièmement, AIESH ne dispose pas d'un réseau de vente aussi étendu que celui de Belgacom, Mobistar ou KPN Group Belgium. Ceci est précisément reconnu dans le Projet de Décision (§ 388).
221. Cinquièmement, les revenus de l'AIESH pour son activité de télédistribution sont en baisse constante depuis plusieurs années. Pour ne prendre que les 3 années suivantes, celui-ci était de € [REDACTED] en 2007, est passé à € [REDACTED] en 2008 et n'était que de € [REDACTED] en 2009. Notons également que pendant la même période, l'AIESH a enregistré les pertes suivantes pour l'activité de télédistribution : € [REDACTED] en 2007, € [REDACTED] en 2008 et € [REDACTED] en 2009.
222. 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 d'AIESH. 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 *« [d]u 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. »¹⁷⁶*
223. 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 câblodistributeur :

¹⁷⁵ 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.

¹⁷⁶ 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.

- Belgacom occupe la 19^e 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^e 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. »¹⁷⁷

D. L'ANALYSE DES REMÈDES

1. Les remèdes

i) Observations générales

224. AIESH 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.
225. Avant d'examiner ces remèdes 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'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.

¹⁷⁷ 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.

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

226. Le critère de proportionnalité constitue la clé de voûte de toute analyse de remèdes. Ce principe constitue un principe général de droit communautaire¹⁷⁸ et est mentionné à plusieurs reprises dans les directives du cadre réglementaire¹⁷⁹. Le principe de 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 par l'IBPT 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. »*¹⁸⁰

227. 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

¹⁷⁸ 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.

¹⁷⁹ L'article 8, §1 de la Directive Cadre dispose ainsi que « *[l]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 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* ».

¹⁸⁰ Bruxelles, 30 juin 2009, R.G. 2006/AR/2332 et al., p. 48 et 49.

contraignants que possible ; autrement dit, ils doivent correspondre au minimum nécessaire pour atteindre ce but. »¹⁸¹

228. La proportionnalité des remèdes que l'IBPT 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 en question (le marché 18) a été retiré de la liste reprise dans la nouvelle version de la recommandation de la Commission.¹⁸² La réglementation va donc à contre-courant en imposant un remède de revente sur un marché de détail où il existe une concurrence entre plateformes. Il sera démontré ci-dessous que cette réglementation aura des effets pervers sur la concurrence entre plateformes alors que celle-ci constitue pourtant un objectif prioritaire du cadre réglementaire.
229. 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* ». ¹⁸³ 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.

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

230. En réponse à la consultation publique, AIESH s'est efforcée de fournir les éléments factuels qui permettront à l'IBPT de procéder à l'analyse coûts/bénéfices. Celle-ci démontre bien le caractère excessif des remèdes envisagés compte tenu de leur implication sur les opérations des câblo-opérateurs et sur le marché dans son ensemble.

(1) Les coûts

¹⁸¹ Lignes Directrices SMP, § 118.

¹⁸² 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 reduced* » ERG Report on Transition from sector-specific regulation to competition law, octobre 2009, ERG (09) 40, p.3.

¹⁸³ § 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* ».

231. La réglementation préconisée aura un impact significatif sur les opérations des câblo-opérateurs. Ceux-ci devront en effet procéder à des investissements significatifs afin de mettre en œuvre certains remèdes tels que l'accès à la plateforme numérique.
232. Il n'est pas inutile de rappeler dans ce contexte que le *wholesale line rental* imposé en vertu de la décision du 19 juin 2006 n'a jamais été appliqué en pratique en raison de contraintes techniques relatives à son système de facturation qui auraient requis des adaptations substantielles pour pouvoir offrir le service sur l'ensemble des lignes d'accès, rendant de ce fait ce produit de gros non attractif.¹⁸⁴ 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, créant en outre une situation d'insécurité juridique particulièrement néfaste.
233. L'impact du remède envisagé pour l'AIESH est d'autant plus préoccupant que son réseau n'a pas été upgradé et que donc la capacité totale dont elle dispose n'en est que plus réduite. A cette difficulté s'ajoute le fait que l'AIESH dispose d'un personnel en nombre limité affecté à sa double activité de distributeur de télévision et d'électricité. Le lancement d'une offre de gros ne fera qu'ajouter une contrainte supplémentaire à l'activité de télédistribution déjà déficitaire. Cela pourrait également affecter son activité de distribution d'électricité.

(2) Les (prétendus) bénéfices

234. 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.
235. 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. Au contraire, il a déjà été démontré ci-dessus que la Belgique figure parmi les pays ayant les tarifs les plus bas et une qualité de services significativement supérieure compte tenu de l'*upgrade* du réseau xDSL et du réseau câblé ainsi que du large éventail d'offres au niveau du contenu. 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. 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 surcroît de complexité qui en découle.
236. L'objectif de promotion de la concurrence constitue certes un des objectifs prioritaires du cadre réglementaire. Force est cependant de constater que la réglementation ne la favorisera pas. Au contraire, celle-ci aura des effets pervers sur le développement de

¹⁸⁴ 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.

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

237. Premièrement, il a été démontré ci-dessus que 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 qui dispose d'avantages commerciaux majeurs. Les remèdes permettront aussi 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.
238. Connaissant le handicap concurrentiel dont l'AIESH souffre par rapport à Belgacom dans sa zone de couverture, il est incompréhensible que le CSA justifie l'imposition de l'obligation de revente de l'accès analogique pour la nécessité d'encourager la concurrence.
239. En outre, permettre à Belgacom de bénéficier d'un accès sur le câble facilitera davantage la capacité de celle-ci à attirer les clients analogiques actuels des câblo-opérateurs, alors que son succès commercial pour l'attrait de la clientèle analogique existante des câblo-opérateurs ne permet pas de conclure au moindre handicap concurrentiel.¹⁸⁵ Belgacom souhaite simplement acquérir cette clientèle d'offre analogique en vue de lui fournir d'autres services (internet, mobile etc.) et de la convertir à terme vers l'IPTV, avec pour but ultime de réduire le nombre d'abonnés sur le câble et ainsi tuer la concurrence, selon une stratégie que Belgacom a déjà pratiquée à plusieurs reprises ces dernières années avec d'autres opérateurs dans le domaine des télécommunications. Un premier exemple est la société WIN dans lequel Belgacom était actionnaire dans le seul but de réduire la concurrence basée sur une autre plateforme et n'a jamais investi les moyens nécessaires pour assurer la performance de la société. Un deuxième exemple est l'opérateur Scarlet, qui n'a pas pu se frayer 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. Ce processus d'affaiblissement/d'éviction d'entreprises concurrentes devra être pris en compte par les régulateurs.
240. L'imposition des remèdes constitue un handicap supplémentaire significatif qui est imposé dans une période tout à fait cruciale de leur développement. La réglementation risque donc de tuer dans l'œuf une concurrence naissante et fragile pour favoriser le développement d'une concurrence hypothétique et temporaire.
241. Deuxièmement, les remèdes imposés vont aussi à l'encontre de l'échelle des investissements qui constitue pourtant la logique économique sur laquelle repose la

¹⁸⁵ 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.

réglementation sectorielle qui vise à créer une concurrence entre infrastructures¹⁸⁶. Il est en effet 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.¹⁸⁷ L'accès imposé dans le cadre du marché 18 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.

242. Troisièmement, les remèdes seront aussi 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'UE¹⁸⁸. En imposant un remède d'accès sur le réseau câblé, l'IBPT risque en quelque sorte 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.
243. La réglementation aura donc un effet pervers principalement au détriment des infrastructures alternatives en causant une distorsion dans l'échelle des investissements¹⁸⁹. L'importance particulière que revêt la concurrence au niveau des infrastructures a été reconnue à plusieurs reprises par les instances compétentes.
244. Ainsi, 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.¹⁹⁰
245. 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

¹⁸⁶ 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.

¹⁸⁷ Voy. les §§ 367-384 et 736-743 du projet de décision de l'IBPT relative aux marchés 4 et 5.

¹⁸⁸ Dans nombre de pays cette plateforme constitue même la première plateforme de transmission.

¹⁸⁹ 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.

¹⁹⁰ « 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.

*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.»*¹⁹¹ Dans le cadre de son avis du 25 mars 2006, le Conseil de la concurrence avait insisté sur la nécessité d'assurer une réglementation cohérente qui permettrait aux opérateurs alternatifs de déployer leurs réseaux, créant ainsi une « *concurrence soutenable, basée sur les infrastructures* ». ¹⁹² 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* ».

246. 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.* »¹⁹³

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

247. Dans le cadre de la discussion relative à l'analyse PMS, il a déjà été démontré que le régulateur n'a pas effectué d'analyse *greenfield* comme il était tenu de le faire. Ce défaut d'analyse affecte aussi la proportionnalité des remèdes. L'analyse des remèdes du régulateur 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.¹⁹⁴ La position commune de

¹⁹¹ 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.

¹⁹² § 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."

¹⁹³ Bruxelles, 1 juin 2007, Belgacom c. IBPT, aff. R.G.: 2006/AR/2154, § 39.

¹⁹⁴ Cette absence de motivation contraste étonnamment 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.

l'ERG relative à la répliquabilité des *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 principe imposées dans le cadre des marchés 4 et 5 (c'est-à-dire l'ULL et l'accès au débit binaire).¹⁹⁵

248. 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.¹⁹⁶ 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.¹⁹⁷ 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 ne peut donc être que disproportionné.
249. 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 marché 18. Le régulateur 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.

(continued...)

122). On ne retrouve malheureusement aucune trace de ces « inputs » sur la plateforme DSL dans l'appréciation des remèdes imposés dans le cadre du marché 18.

¹⁹⁵ « 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.

¹⁹⁶ 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.

¹⁹⁷ 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

250. AIESH constate aussi que l'imposition de l'accès à la plateforme numérique et la revente de l'offre analogique constituent des remèdes inadéquats et discriminatoires. Le Projet de Décision relatif à la révision du marché 1 (l'accès téléphonique) est particulièrement pertinent dans ce contexte. L'IBPT y propose en effet 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.¹⁹⁸
251. 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 ne prévoit pas de 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.
252. 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

253. Dans l'hypothèse où le régulateur ferait preuve de réserve dans son ambition de vouloir réguler les câblo-opérateurs suite à la présente consultation, 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 en effet un remède qui est manifestement contraire aux objectifs du cadre réglementaire et qui n'est justifié par aucune raison objective.
254. Il ne fait pas de doute que Belgacom est actuellement en mesure de concurrencer les câblo-opérateurs sur le marché de la radiodiffusion audiovisuelle. Le succès commercial incontestable de l'offre Belgacom TV en témoigne et a déjà été détaillé ci-dessus. 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. Ces services de télévision connaissent un succès

¹⁹⁸ Projet de Décision de l'IBPT relatif au marché de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée, § 270.

éclatant et Belgacom ne s'en cache d'ailleurs pas puisqu'ils constituent selon les dires de Mr Bellens « *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.* »¹⁹⁹ 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. Certes, Belgacom ne dispose pas d'un service analogique sur son réseau. Ceci ne constitue cependant aucunement un handicap commercial pour Belgacom vu que Belgacom a la possibilité technique d'offrir un service similaire (c.-à-d. plusieurs chaînes simultanées en « SD »), comme le montre le succès particulier de l'offre Belgacom TV sur le territoire des communes desservies par l'AIESH. Il a aussi déjà été démontré ci-dessus que les avantages que l'IBPT 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.

255. A cette absence de nécessité s'ajoute le fait que permettre à Belgacom de bénéficier des remèdes imposés dans le Projet de Décision est en contradiction frontale avec les objectifs de la réglementation et 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.
256. 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 qu'il avait imposés aux câblo-opérateurs. L'OPTA 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.²⁰⁰ 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*

¹⁹⁹ Propos de Mr Bellens repris au § 272 du Projet de Décision de l'IBPT relatif aux marchés 4 et 5.

²⁰⁰ « *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 Omroep, 5 mars 2009, § 775.

investir dans l'infrastructure, seul gage d'une concurrence soutenable. »²⁰¹ Cette 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 infrastructure²⁰². 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

257. Le Projet de Décision impose un contrôle tarifaire identique pour les trois remèdes, à savoir, un remède basé sur le principe du *retail minus*, en vertu duquel les tarifs seront fixés en fonction des tarifs de détail, dont il faudra déduire les coûts propres à la commercialisation des services.
258. AIESH 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.
259. 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 ne doivent pas 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 aient approuvé les tarifs. Il n'est pas clair à ce stade de savoir 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 (!)). Force est donc de constater que ce processus réglementaire risque de complètement paralyser la politique commerciale d'un câblo-opérateur qui ne sera pas en mesure de concurrencer sur le marché en répondant à des baisses de tarifs opérées par ses concurrents.²⁰³

²⁰¹ 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 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.

²⁰² 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.

²⁰³ 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.

260. 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 ainsi également 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.
261. 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.
262. 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 AIESH.
263. 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, pour les 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 ;
 - 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.* »²⁰⁴ Il ne fournit cependant aucune autre explication sur la manière dont ces coûts seront repartis sur les différents services ;

²⁰⁴ Projet de Décision, § 531. Cette même liste de coûts est aussi reprise pour le remède de revente de l'accès Internet à large bande (et ce au § 589).

- 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).
264. 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 CSA 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 »²⁰⁵ (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 oeuvre des remèdes

265. L'AIESH 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 CSA 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 aussi l'importance que revêtent ces aspects pratiques. L'IBPT n'a en effet pu constater le caractère disproportionné de la mesure qu'après avoir imposé le remède. En attendant, l'opérateur PSM 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.²⁰⁶
266. 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 :
- Quels sont les services d'installation que le câblo-opérateur devra 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

²⁰⁵ Projet de Décision, § 482.

²⁰⁶ Les opérateurs alternatifs ont en effet déjà entamé des actions en justice en se basant directement sur les obligations PMS imposées à Belgacom.

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 *reseller*), « par plateforme » (par exemple un client en analogique d'un *reseller* 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 seront gérées les obligations réglementaires liées à la téléphonie vocale (portabilité des numéros, communication des données à l'attention de la police et de la justice, services d'urgence, etc) par exemple dans le cas de migration et autres?
- 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.

2. Accès à une offre de revente de l'offre de télévision analogique

267. Le 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 PSM de reproduire l'offre analogique de l'opérateur PSM et de la commercialiser sous sa propre marque* »²⁰⁷.
268. 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 régulation²⁰⁸. 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 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

²⁰⁷ Projet de Décision -, § 488.

²⁰⁸ Projet de Décision -, § 85.

supérieur en termes qualitatifs²⁰⁹. Le succès commercial de Belgacom démontre qu'il n'est pas nécessaire de disposer de la TV analogique pour être concurrentiel. 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 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 VDSL par Belgacom qui couvre déjà plus de 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.
- AIESH 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. La motivation du Projet de Décision suggère aussi qu'aucune demande en ce sens n'a été formulée au régulateur.
- Le CSA invoque l'impossibilité technique de fournir un accès à la plateforme numérique sans revente de l'offre analogique.²¹⁰ Certes, scinder les signaux est techniquement impossible. Reste cependant à constater que le CSA 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.

269. En ce qui concerne la mise en œuvre de ce remède, Brutélé et Tecteo prennent acte du fait qu'il n'y a pas d'obligation d'accès pour les zones d'accès dans lesquelles Tecteo/Brutélé élimine l'offre analogique²¹¹. Le CSA 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

²⁰⁹ Projet de Décision du CSA, § 81.

²¹⁰ § 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. »

²¹¹ Ceci est confirmé au § 504.2 du Projet de Décision du CSA.

raison de considérer que ce service ne puisse être retiré au même moment que pour les utilisateurs finals.

270. Enfin, AIESH 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.