

**DECISION DE LA CONFÉRENCE DES RÉGULATEURS DU
SECTEUR DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES (CRC)**

DU 18 DECEMBRE 2014

**PORTANT RÉFECTION ET CORRECTION DE LA
DÉCISION DE LA CRC DU 1^{ER} JUILLET 2011
SUR L'ANALYSE DES MARCHÉS À LARGE BANDE**

VERSION PUBLIQUE

TABLE DES MATIÈRES

1	OBJET ET STRUCTURE DE LA DÉCISION	3
2	BASE LÉGALE	4
3	DESTINATAIRE DE LA DÉCISION	4
4	ANALYSE DE L'ARRÊT DE LA COUR D'APPEL	5
4.1	RAPPEL DU DISPOSITIF DE L'ARRÊT.....	5
4.2	RAISONNEMENT DE LA COUR ET ENSEIGNEMENTS TIRÉS PAR LA CRC.....	7
4.2.1	<i>Points validés par la Cour d'appel</i>	7
4.2.2	<i>Motivation insuffisante quant à l'impact de la régulation potentielle du câble</i>	8
4.2.3	<i>Imprecision relative à la portée du multicast</i>	9
5	COMPÉTENCE DE LA CRC ET RÉTROACTIVITÉ DE LA DÉCISION	11
5.1	COMPÉTENCE DE LA CRC.....	11
5.2	RÉTROACTIVITÉ DE LA DÉCISION.....	12
6	PROPORTIONNALITÉ DE LA RÉGULATION IMPOSÉE À BELGACOM	14
6.1	DÉFINITION ET ANALYSE D'UN MARCHÉ NOTIONNEL DE L'ACCÈS DÉGROUPE SUR LE CÂBLE.....	14
6.1.1	<i>Marché de produits</i>	14
6.1.2	<i>Impact potentiel sur la régulation imposée à Belgacom</i>	16
6.2	DÉFINITION ET ANALYSE D'UN MARCHÉ DE L'ACCÈS EN GROS À LA LARGE BANDE (BITSTREAM OU REVENTE) SUR LE CÂBLE.....	17
6.2.1	<i>Marché de produit</i>	17
6.2.2	<i>Marché géographique</i>	21
6.2.3	<i>Test des trois critères et analyse de marché</i>	22
6.2.4	<i>Imposition de mesures correctrices</i>	22
6.2.5	<i>Impact potentiel sur la régulation imposée à Belgacom</i>	23
7	CLARIFICATION QUANT À LA PORTÉE DU MULTICAST	25
8	DÉCISION	27
9	ENTRÉE EN VIGUEUR	28
10	VOIES DE RECOURS	28
11	SIGNATURES	28

1 OBJET ET STRUCTURE DE LA DÉCISION

1. La présente décision est adoptée par la Conférence des régulateurs du secteur des communications électroniques (ci-après dénommée la CRC) dans le cadre de et conformément à l'accord de coopération du 17 novembre 2006 entre l'Etat fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone concernant la consultation mutuelle lors de l'établissement de réglementation en matière de réseaux de communications électroniques, l'échange d'informations et l'exercice des compétences relatives aux réseaux de communications électroniques par les instances de régulation compétentes pour les télécommunications ou la radiodiffusion et la télévision.
2. Le 15 septembre 2011, Belgacom a introduit un recours en annulation contre la décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 concernant l'analyse des marchés large bande (ci-après « la décision du 1^{er} juillet 2011 »). Dans cette décision, la CRC a défini deux marchés de gros pertinents pouvant faire l'objet d'une régulation ex ante, à savoir le marché national de l'accès dégroupé, total et partiel, aux boucles et sous-boucles, qui inclut notamment les offres d'accès dégroupé en cuivre (marché 4) et le marché national de l'accès large bande, qui inclut les offres bitstream DSL et VDSL (marché 5). La CRC a désigné Belgacom comme disposant d'une position de puissance significative sur ces marchés (PSM) et lui a imposé diverses obligations réglementaires.
3. Le 3 décembre 2014, la Cour d'appel de Bruxelles a, dans le cadre du recours introduit par Belgacom, annulé partiellement la décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011, en raison d'une motivation qu'elle a jugée :
 - 3.1. insuffisante quant à l'appréciation de la proportionnalité de la régulation imposée par Belgacom au regard de celle qui pourrait, le cas échéant, être imposée aux câblo-opérateurs en lien avec les services d'accès à Internet à haut débit qu'ils fournissent en concurrence avec Belgacom sur le marché de détail, et
 - 3.2. imprécise quant à la portée, en l'occurrence limitée aux offres *multiplay*, de l'obligation d'accès aux fonctionnalités multicast imposée à Belgacom.
4. La Cour d'appel a également invité la CRC à adapter la décision du 1^{er} juillet 2011, en apportant un complément de motivation sur les deux points jugés insatisfaisants.
5. Le 18 décembre 2014, la CRC s'est réunie pour adopter, après délibération, la présente décision et ainsi procéder à la réfection de la décision du 1^{er} juillet 2011, en adaptant ou complétant certains de ses motifs, conformément au dispositif de l'arrêt de la Cour d'appel.
6. Cette décision n'a pas trait aux éléments de la décision du 1^{er} juillet 2011 qui n'ont pas été annulés par l'arrêt de la Cour d'appel.

7. La présente décision est structurée comme suit :
- 7.1. Les chapitres 2 et 3 identifient la base légale et le destinataire de la décision.
 - 7.2. Les chapitres 4 et 5 contiennent les éléments d'analyse juridique de l'arrêt de la Cour d'appel et des conséquences de celui-ci en ce qui concerne la compétence de la CRC pour adopter une nouvelle décision avec effet rétroactif.
 - 7.3. Le chapitre 6 fournit un complément de motivation en ce qui concerne la proportionnalité du dispositif réglementaire imposé à Belgacom.
 - 7.4. Le chapitre 7 apporte la clarification demandée par la Cour quant aux objectifs poursuivis sur le marché de détail de l'accès à Internet par l'imposition de l'obligation d'accès au multicast.
 - 7.5. Le chapitre 8 reprend le dispositif de la décision.
 - 7.6. Les chapitres 9, 10 et 11 contiennent les dispositions relatives à l'entrée en vigueur, aux voies de recours, et les signatures.

2 BASE LÉGALE

8. La présente décision se fonde sur la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques¹, et singulièrement son Titre III, sur la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges² et sur l'accord de coopération du 17 novembre 2006 entre l'Etat fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone concernant la consultation mutuelle lors de l'établissement de réglementation en matière de réseaux de communications électroniques, l'échange d'informations et l'exercice des compétences relatives aux réseaux de communications électroniques par les instances de régulation compétentes pour les télécommunications ou la radiodiffusion et la télévision³.

3 DESTINATAIRE DE LA DÉCISION

9. La présente décision a pour destinataire la s.a. de droit public Belgacom, dont le siège social est établi à 1030 Bruxelles, boulevard du Roi Albert II, 27, inscrite à la BCE sous le n° 0202.239.951, ci-après dénommée « Belgacom ».

¹ M.B., 20 juin 2005.

² M.B., 24 janvier 2003.

³ M.B., 28 décembre 2006.

4 ANALYSE DE L'ARRÊT DE LA COUR D'APPEL

4.1 DISPOSITIF DE L'ARRÊT

10. Le 3 décembre 2014, la Cour d'appel a jugé ce qui suit :

« VI. ALGEMEEN BESLUIT EN GERECHTSKOSTEN.

244. *De door het hof wegens motiveringsgebrek gegrond bevonden grieven met betrekking tot het tweede en het derde middel zijn niet van aard de wettigheid van overige bevindingen vervat in de Bestreden Beslissing in het gedrang te brengen*

245. *Voor zover het hof oordeelt dat de Bestreden Beslissing niet toereikend motiveert waarom geen notionele groothandelsmarkt in aanmerking wordt genomen die de kabelinfrastructuur kan omvatten en die overeenstemt met de aanbiedingen op de kleinhandelsmarkt inzake internettoegang tast deze nietigheid de weerhouden marktdefinities en analyse van markt 4 en 5 niet aan maar heeft dit wel tot gevolg dat het gerechtvaardigd, passend en evenredig karakter van de opgelegde verplichtingen niet vast staat en dat de ze aan Belgacom niet wettig kunnen worden opgelegd zolang een toereikende motivering ter zake ontbreekt.*

246. *Voor zover de vernietiging van de opgelegde verplichtingen op grond van het derde middel louter betrekking heeft op een motiveringsgebrek aangaande alleenstaand internet, tast dit de geldigheid van de multicastverplichting niet aan in de mate die beperkt blijft tot het marktsegment voor bundels met internet en digitale TV, gesteld dat de tekortkoming vermeld onder randnr. 245 kan worden geredieerd.*

247. *Aangaande de gerechtskosten dient de CRC en de tussenkomende partijen als de gedeeltelijk in het ongelijk gestelde partijen elk een gelijk deel van de gerechtskosten van Belgacom te laste te nemen, inbegrepen de rechtsplegingsvergoeding bepaald in functie van niet in geld waardeerbare geschillen.*

VII. DICTUM.

De rechtspleging verliep in overeenstemming met de wet van 15 juni 1935 op het gebruik van de taal in gerechtszaken.

Rechtsprekend op tegenspraak.

Verklaart de vordering van Belgacom tot vernietiging van de Bestreden Beslissing ontvankelijk en enkel gegrond op de boven onder randnummers 245 en 246 aangehaalde punten.

Vernietigt de Bestreden Beslissing behoudens in zoverre zij voorziet in de intrekking van verplichtingen opgelegd aan Belgacom meer in het bijzonder, de intrekking van de verplichting om ontbundeling van het subaansluitnetwerk aan te bieden, en van sommige verplichtingen in verband met de mini-MDF's in geval van gedeeltelijke sluiting van de MDF.

Zegt dat het aan de CRC staat om desgevallend opnieuw te beslissen met afdoende motivering op de vermelde punten »⁴.

⁴ Traduction libre : « VI. DÉCISION GÉNÉRALE ET FRAIS DE JUSTICE.

244. Les griefs jugés fondés par la Cour pour défaut de motivation concernant les deuxième et troisième moyens ne sont pas de nature à compromettre la légalité des autres constatations contenues dans la Décision contestée.

245. Pour autant que la Cour juge que la Décision contestée ne motive pas de manière suffisante les raisons pour lesquelles aucun marché de gros notionnel n'est pris en considération qui puisse comprendre les infrastructures câblées et qui corresponde aux offres sur le marché de détail en matière d'accès Internet, cette nullité ne touche pas les définitions de marché retenues et l'analyse des marchés 4 et 5 mais a bien pour conséquence que le caractère justifié, adéquat et proportionnel des obligations imposées n'est pas établi et que ces dernières ne peuvent pas légalement être imposées à Belgacom tant qu'une motivation suffisante fait défaut.

246. Pour autant que la levée des obligations imposées sur la base du troisième moyen ne porte que sur un défaut de motivation concernant les offres d'accès à Internet vendues séparément, cela n'affecte pas la validité de l'obligation multicast dans la mesure où celle-ci reste limitée au segment des offres conjointes comprenant l'Internet et la télévision numérique, à supposer qu'il puisse être remédié au défaut mentionné au numéro en marge 245.

247. En ce qui concerne les frais de justice, la CRC et les intervenants, en tant que parties partiellement succombantes, doivent chacune prendre en charge une part égale des frais de justice de Belgacom, y compris l'indemnité de procédure définie en fonction de litiges non évaluables en argent.

VII. DICTUM.

La procédure s'est déroulée conformément à la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire.

Statuant contradictoirement.

Déclare le recours en annulation de Belgacom de la Décision contestée recevable et uniquement fondée sur les points cités aux numéros en marge 245 et 246 ci-dessus.

Annule la Décision contestée sauf dans la mesure où elle prévoit le retrait des obligations imposées à Belgacom, et plus précisément le retrait de l'obligation d'offrir le dégroupage de la sous-boucle locale, et de certaines obligations liées aux mini MDF en cas de fermeture partielle du MDF.

Déclare qu'il revient à la CRC de prendre à nouveau des décisions le cas échéant concernant les points mentionnés en les motivant de manière suffisante. »

4.2 RAISONNEMENT DE LA COUR ET ENSEIGNEMENTS TIRÉS PAR LA CRC

4.2.1 Points validés par la Cour d'appel

11. Au-delà de l'annulation formelle de la décision du 1^{er} juillet 2011, la Cour a, dans son raisonnement, validé de nombreux points fondamentaux de l'analyse de la CRC, notamment :
 - 11.1. La caractérisation du marché de détail des services d'accès à haut débit, dont les offres *multiplay* combinant Internet et TV font partie ;
 - 11.2. L'analyse de la structure du marché de détail des services d'accès à haut débit et l'identification des dysfonctionnements qui le caractérisent, y compris prospectivement ;
 - 11.3. Le fait que les deux marchés de gros analysés par la CRC sont effectivement candidats à une régulation *ex ante*, conformément au test des trois critères édictés par la Commission européenne ;
 - 11.4. La prise en compte des produits régulés de Belgacom comme point de départ dans le cadre de l'exercice de définition des marchés pertinents au niveau de gros ;
 - 11.5. L'analyse de la substituabilité au niveau de gros, l'existence d'une chaîne de substitution entre les différents débits et la délimitation des deux marchés de produits au niveau de gros ;
 - 11.6. L'appréciation de la contrainte directe et indirecte du câble ;
 - 11.7. La dimension géographique nationale des deux marchés de produits délimités au niveau de gros ;
 - 11.8. L'analyse de la structure concurrentielle des deux marchés de gros définis par la CRC et la puissance significative de Belgacom sur ces marchés ;
 - 11.9. Le principe du maintien d'une régulation d'accès sur les deux marchés analysés ;
 - 11.10. L'inexistence d'une règle *de minimis*, qui ferait dépendre le maintien de la régulation des produits d'accès à large bande, du volume d'activités réalisé au détail par les services que les opérateurs alternatifs développent sur la base des produits régulés existants ;
 - 11.11. L'imposition d'une obligation d'accès au multicast comme complément de l'accès à large bande en vue d'assurer l'efficacité de la régulation au niveau des offres *multiplay*.

- 11.12. L'imposition, au titre des obligations d'accès et de non-discrimination, d'obligations relatives à l'excellence opérationnelle au niveau des processus de fourniture des produits de gros par Belgacom aux bénéficiaires de la régulation.

4.2.2 Motivation insuffisante quant à l'impact de la régulation potentielle du câble

12. La Cour d'appel estime qu'afin de pouvoir apprécier la proportionnalité des obligations imposées à Belgacom sur les marchés 4 et 5, il était nécessaire (i) d'identifier un ou plusieurs marchés de gros notionnels incluant les prestations qu'utilisent les câblo-opérateurs pour la fourniture de leurs services d'accès à Internet au détail (hors offres *multiplay*) et (ii) d'évaluer dans quelle mesure la régulation qui y serait le cas échéant imposée pouvait avoir un impact sur la nature et l'intensité des obligations imposées à Belgacom par la décision du 1^{er} juillet 2011⁵.
13. Le raisonnement de la Cour est le suivant :
- 13.1. La Cour relève tout d'abord que le marché de détail de l'accès à Internet inclut les services fournis par les câblo-opérateurs et qu'il est dès lors approprié, conformément à l'exposé des motifs de la recommandation de la Commission européenne de 2007, d'identifier tous les marchés de gros intrinsèquement liés aux services fournis sur le marché de détail.
- 13.2. Le fait que les prestations de gros autofournies par les câblo-opérateurs ne soient pas substituables aux produits régulés de Belgacom n'implique pas, selon la Cour, qu'il n'existerait aucun marché de gros incluant de telles prestations sur le câble, qui pourraient le cas échéant être fournies à des opérateurs alternatifs pour que ces derniers puissent commercialiser des services d'accès à Internet sur le marché de détail.
- 13.3. Le fait qu'un tel marché de gros de l'Internet sur le câble ne soit pas recensé dans la recommandation de la Commission européenne sur les marchés pertinents ne signifie pas que l'analyse de ce marché ne pourrait pas se justifier dans les circonstances nationales propres au marché belge. La Cour rappelle à cet égard que les dysfonctionnements constatés sur le marché de détail de l'accès à Internet sont en partie dus au fait que les opérateurs alternatifs, à l'inverse de Belgacom et des câblo-opérateurs, ne disposent pas de leur propre infrastructure d'accès à haut débit.
- 13.4. Le fait que les services, y compris d'accès à Internet, aient été analysés et régulés dans le cadre des décisions de la CRC du 1^{er} juillet 2011 sur les marchés de la radiodiffusion télévisuelle ne suffit pas, selon la Cour, pour les besoins de la présente analyse. Aucun marché de gros de l'accès à Internet sur le câble n'y a été formellement défini et les obligations imposées aux câblo-opérateurs en lien avec l'Internet visent en priorité à remédier à des dysfonctionnements

⁵ Bruxelles, 2011/AR/2421, points 138-139.

concurrentiels sur le marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle, qui est différent du marché de détail intrinsèquement lié aux marchés de gros de l'accès à large bande. Du reste, les obligations imposées aux câblo-opérateurs par les décisions parallèles du 1^{er} juillet 2011 ne permettent pas aux opérateurs alternatifs de fournir au détail des offres d'accès à Internet vendues isolément.

- 13.5. Si, certes, selon la Cour, le régulateur n'était pas formellement obligé d'analyser le marché de gros de l'accès à Internet sur le câble dans le cadre spécifique de l'analyse des marchés 4 et 5, il devait en tout état de cause analyser cette question en parallèle, afin de s'assurer que toutes les prestations intrinsèquement liées aux services de détail caractérisés en l'espèce fassent l'objet d'une évaluation adéquate.
 - 13.6. Dès lors que le régulateur n'a pas effectué cette analyse parallèle, la Cour estime ne pas être en mesure d'apprécier si la régulation imposée à Belgacom est objectivement justifiée, proportionnée et adaptée aux défaillances concurrentielles constatées sur le marché de détail. En d'autres mots, estime la Cour, la CRC n'a pas suffisamment motivé pour quelle raison Belgacom seule devait supporter le poids de la régulation en matière d'accès à large bande.
14. Afin de rencontrer le défaut de motivation relevé par la Cour d'appel, il convient selon la CRC :
- 14.1. d'identifier le ou les marchés de gros (notionnels) incluant les prestations utilisées par les câblo-opérateurs pour fournir leurs propres services d'accès à internet au détail, et d'analyser la position que les câblo-opérateurs auraient pu y détenir ;
 - 14.2. d'apprécier dans quelle mesure la régulation qui y aurait été le cas échéant imposée aux câblo-opérateurs afin de remédier aux défaillances concurrentielles constatées sur le marché de détail aurait pu avoir un impact sur la nature et l'intensité des obligations imposées à Belgacom par la décision du 1^{er} juillet 2011 sur les marchés 4 et 5.
15. La présente décision apporte le complément de motivation souhaité par la Cour d'appel (voir Chapitre 6 ci-dessous).

4.2.3 Imprécision relative à la portée du multicast

16. Si la Cour d'appel considère que l'imposition d'un accès au multicast est parfaitement justifiée pour le segment des offres *multiplay* qui est caractérisé, y compris prospectivement, par la présence de barrières élevées à l'entrée, elle estime par contre qu'un tel accès ne semble pas justifié pour les services d'accès Internet vendus séparément (hors offres *multiplay*). A tout le moins, selon la Cour, le régulateur n'a pas

démontré que cette obligation serait nécessaire au développement de la concurrence sur l'entièreté du marché de détail situé en aval du marché de gros régulé⁶.

17. Il convient dès lors de clarifier, pour autant que de besoin, que l'imposition de cette obligation nouvelle n'a pas vocation à dynamiser, au sein du marché de détail, le segment des offres d'accès à Internet vendues séparément (*stand alone*), mais vise en premier lieu à assurer le développement de la concurrence sur le segment des offres combinant l'Internet et la télévision qui font partie du marché de détail caractérisé en l'espèce.
18. La présente décision apporte la clarification souhaitée par la Cour d'appel (voir Chapitre 7 ci-dessous).

⁶ Bruxelles, 2011/AR/2421, points 212-221.

5 COMPÉTENCE DE LA CRC ET RÉTROACTIVITÉ DE LA DÉCISION

5.1 COMPÉTENCE DE LA CRC

19. A la suite d'un arrêt d'annulation d'un acte administratif, l'autorité administrative qui adopte une décision de réfection doit en principe se replacer au moment précédant immédiatement celui où l'illégalité sanctionnée par le juge a été commise.

Si la décision annulée a été précédée d'actes préparatoires, ceux-ci, sauf s'ils ont eux-mêmes été déclarés irréguliers, ne doivent et ne peuvent pas être refaits, sans raison objective particulière⁷.

20. En l'espèce, comme il a été exposé⁸, la Cour d'appel a annulé la décision du 1^{er} juillet 2011 pour des raisons tenant à sa motivation. Par contre, elle n'a nullement critiqué le processus décisionnel suivi. Aucun des actes préparatoires posés n'a été jugé irrégulier par la Cour d'appel.

Tout le processus décisionnel qui a précédé l'adoption de la décision finale par la CRC a donc été régulièrement accompli. Il ne doit pas être recommencé. Il s'agit principalement de la consultation publique, de la consultation de l'autorité de concurrence (à l'époque, le Conseil de la concurrence), de la consultation de la Commission européenne et de la saisine formelle de la CRC.

L'arrêt d'annulation du 3 décembre 2014 replace donc la CRC au moment où elle a adopté la décision du 1^{er} juillet 2011. Il lui appartient de se replacer à ce moment-là pour corriger la décision annulée, c'est-à-dire pour compléter la motivation de sa décision initiale, de manière à rencontrer les critiques de la Cour d'appel.

⁷ C.E., arrêt *Vanslebrouck*, n° 169.826, du 5 avril 2007.

⁸ Voy. *supra*, paragraphe 19.

5.2 RÉTROACTIVITÉ DE LA DÉCISION

21. L'annulation par la Cour d'appel de Bruxelles d'une décision de la CRC emporte les mêmes conséquences que l'annulation d'un acte administratif par le Conseil d'État : la décision disparaît rétroactivement de l'ordonnancement juridique ; elle est censée n'avoir jamais existé⁹.

A propos des suites à réserver à un arrêt d'annulation, la Cour a déjà jugé que :

« Face à une décision annulée, en tout ou en partie, il relève de la compétence de l'IBPT d'apprécier, dans le respect de la décision de la cour, s'il y a lieu pour lui d'adopter une nouvelle décision, les conditions dans lesquelles il pourra l'adopter et s'il lui est permis de lui conférer un caractère rétroactif conformément aux principes dégagés par le Conseil d'Etat »¹⁰.

22. La CRC considère qu'il s'impose de donner un effet rétroactif à la décision de réfection qu'elle adopte, de manière à ce que celle-ci couvre la période qui s'est écoulée entre la date d'entrée en vigueur de la décision du 1^{er} juillet 2011, soit le 1^{er} août 2011, et la date d'entrée en vigueur de la présente décision. La CRC s'explique à ce sujet ci-dessous.
23. Il est communément admis que la rétroactivité d'un acte administratif peut être admise « à titre exceptionnel, lorsqu'elle est nécessaire, notamment, à la continuité du service public ou à la régularisation d'une situation de fait ou de droit et pour autant qu'elle respecte les exigences de sécurité juridique et les droits individuels »¹¹.

Le principe de continuité ou de bon fonctionnement du service public implique la stabilité de l'action des pouvoirs publics et l'absence d'insécurité juridique.

Il faut en outre que la réfection rétroactive respecte le fondement juridique de l'arrêt d'annulation, c'est-à-dire que soit corrigée l'irrégularité qui affectait la décision annulée¹².

⁹ Bruxelles, 15 octobre 2004, 2003/AR/1664, point 27. Sauf si la Cour décide de maintenir dans le temps les effets de la décision annulée, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

¹⁰ Bruxelles, 7 mai 2009, 2008/AR/787, point 303. La CRC souligne.

¹¹ Avis L 29.834/2 de la section de législation du Conseil d'Etat du 28 février 2000, cité in R. Andersen et P. Nihoul, « Le Conseil d'Etat. Chronique de jurisprudence. Année 2000 », *R.B.D.C.*, 2002/1, p. 89. C.E., arrêt *a.s.b.l. Cliniques Saint-Joseph*, n° 108.601, du 28 juin 2002.

¹² C.E., arrêt *Lecocq*, n° 78.994, du 26 février 1999. P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2008, p.1183.

24. Il convient d'être tout particulièrement attentif aux décisions qui, depuis le 1^{er} juillet 2011, ont été prises en exécution de la décision annulée. Ces décisions sont nombreuses et portent sur des aspects divers et variés, de nature technique, financière ou opérationnelle, en lien avec la mise en œuvre des obligations d'accès imposées à Belgacom sur les marchés 4 et 5.

En l'absence de décision de réfection rétroactive, la stabilité juridique de ces décisions d'exécution pourrait être fragilisée. Ceci aurait nécessairement pour résultat de créer une situation d'incertitude juridique quant aux droits et obligations qui en découlent. Cette incertitude ne peut être que préjudiciable pour l'ensemble du marché.

A cela s'ajoute que la décision annulée du 1^{er} juillet 2011 a été jugée nécessaire pour rencontrer les objectifs du cadre réglementaire, notamment promouvoir un bénéfice maximal pour les utilisateurs, une concurrence non faussée et des investissements efficaces. Une réfection rétroactive de cette décision doit permettre aux opérateurs et aux utilisateurs de conserver, sans aucun doute possible, le bénéfice de cette régulation¹³.

25. Comme il a été exposé ci-dessus¹⁴, la Cour d'appel a annulé la décision du 1^{er} juillet 2011 pour un défaut de motivation et uniquement pour cela. En sens inverse, comme déjà relevé¹⁵, la Cour d'appel a validé de nombreux points fondamentaux de l'analyse de la CRC.

Par ailleurs, la Cour d'appel a expressément invité la CRC à adapter la décision du 1^{er} juillet 2011, en apportant un complément de motivation sur les points jugés insatisfaisants¹⁶.

Tel est le seul objet de la présente décision de réfection rétroactive.

En revanche, cette décision ne contient aucun élément neuf, en particulier en ce qui concerne les obligations imposées à Belgacom. En d'autres termes, elle ne modifie nullement la situation juridique de cet opérateur. Ce dernier n'est pas confronté à de nouvelles obligations qui lui seraient rétroactivement imposées¹⁷.

¹³ A titre de comparaison, la CRC relève que la Cour d'appel a déjà observé que l'annulation rétroactive d'une décision d'analyse de marché peut produire des effets indésirables, notamment sur les offres commerciales que les opérateurs ont développées sur le marché grâce à la décision d'analyse de marché et ses mesures d'exécution (voy. Bruxelles, 16 mai 2012, 2010/AR/2003 et autres, pp. 79 et s.). Voy. égal., C.E., arrêt *Lecocq*, n° 78.994, du 26 février 1999.

¹⁴ Voy. *supra*, point 2.

¹⁵ Voy. *supra*, point 11.

¹⁶ Voy. *supra*, point 3.

¹⁷ Voy. dans ce sens, C.E., arrêt *a.s.b.l. Cliniques Saint-Joseph*, n° 108.601, du 28 juin 2002.

26. Au vu de ce qui précède, la CRC décide de donner, à sa décision de réfection, un effet rétroactif au 1^{er} août 2011, date d'entrée en vigueur de la décision du 1^{er} juillet 2011.

6 PROPORTIONNALITÉ DE LA RÉGULATION IMPOSÉE À BELGACOM

27. Dans ce chapitre, la CRC envisage successivement l'éventualité d'un marché notionnel de l'accès dégroupé au câble et d'un marché notionnel de l'accès en gros à la large bande sur le câble. La CRC évalue les conséquences potentielles que la régulation de chacun de ces marchés notionnels aurait, le cas échéant, pu avoir sur les obligations imposées à Belgacom sur chacun des marchés régulés par la décision du 1^{er} juillet 2011.

6.1 DÉFINITION ET ANALYSE D'UN MARCHÉ NOTIONNEL DE L'ACCÈS DÉGROUPE SUR LE CÂBLE

6.1.1 Marché de produits

28. Dans sa décision du 1^{er} juillet 2011, la CRC a conclu que le marché de l'accès dégroupé à la boucle locale n'incluait pas les réseaux câblés. Cette conclusion reposait sur l'absence de substituabilité du côté de la demande (§§ 445-450) et du côté de l'offre (§§ 451-454), ainsi que sur l'absence de contrainte indirecte suffisante (§§ 455-470).
29. Le câble coaxial (c'est-à-dire la partie la plus locale) du réseau des câblo-distributeurs est un élément de réseau partagé entre plusieurs utilisateurs, contrairement à la boucle locale cuivre dans le réseau de Belgacom (une boucle locale distincte est dédiée à chaque utilisateur). De ce fait, un dégroupage physique du câble semblable à celui de la boucle locale cuivre n'était pas envisageable et ne l'est pas davantage à présent. Par contre, un dégroupage au niveau du spectre des fréquences constituait une hypothèse imaginable.
30. La décision du 1^{er} juillet 2011 notait à ce sujet (soulignement ajouté) :

« 438 Le dégroupage de spectre est une solution éventuelle envisageable pour la fourniture d'accès dégroupé via le câble. Il faut bien reconnaître que le dégroupage de spectre limite cependant le spectre des fréquences dont dispose l'exploitant du réseau câblé pour ses services de détail et réduit l'efficacité de l'utilisation du spectre étant donné qu'il est nécessaire d'attribuer des canaux de fréquence pour chaque acheteur: pour le marché aval de l'accès haut débit, les utilisateurs seront répartis entre plusieurs bandes de fréquences, non en fonction de leur nombre et de leur trafic, mais en fonction de leur fournisseur comme en téléphonie classique, la répartition de trafic entre plusieurs faisceaux est toujours moins efficace que si le trafic est concentré dans un seul (loi d'Erlang); d'autre part pour le marché aval de la télévision, une même chaîne est diffusée sur plusieurs fréquences (par offreur) pour un même nombre de home passed. Par conséquent, l'exploitant du réseau câblé dispose de moins de canaux pour desservir sa propre clientèle, ce qui a un impact préjudiciable sur la fourniture de ses services de détail, contrairement au dégroupage d'un réseau de cuivre ».

31. Les obstacles à la fourniture d'un accès dégroupé sur un réseau câblé ont été reconnus par la Cour d'appel dans son arrêt du 3 décembre 2014 (point 167 de l'arrêt¹⁸).
32. Il s'ensuit que si la question d'un marché – en l'occurrence parallèle – du dégroupage du câble avait été abordée au cours de l'élaboration de la décision du 1^{er} juillet 2011, la CRC aurait certainement considéré que le câble, dans son état de développement technologique connu à cette époque et prévisible à court ou moyen terme ainsi que dans l'état des extensions de capacités annoncées alors par les câblo-distributeurs, n'était pas susceptible de servir de base à une prestation d'accès dégroupé (cette prestation fût-elle non substituable aux prestations d'accès dégroupé de Belgacom). Dans ces conditions, il n'aurait pas été approprié ni justifié pour la CRC, sur la base des informations techniques ou stratégiques dont elle avait connaissance ou qu'elle pouvait raisonnablement anticiper, de définir un marché de l'accès dégroupé au câble, même de façon notionnelle.
33. Cette évaluation aurait notamment été basée sur les éléments suivants :
 - 33.1. Les câblo-distributeurs utilisaient la quasi-totalité du spectre disponible sur le câble en 2011 ; en partager une partie aurait vraisemblablement eu un impact important sur la fourniture de leurs services de détail et donc sur leurs utilisateurs, contrairement au dégroupage d'un réseau de cuivre.
 - 33.2. La CRC constate que ce n'est qu'en 2014, bien après l'adoption de la décision du 1^{er} juillet 2011 que Telenet a annoncé un plan d'investissement pour augmenter le spectre utilisable d'ici 2019. Incidemment, cette annonce confirme qu'une extension significative des capacités disponibles n'était pas annoncée ni même envisagée au moment de l'adoption de la décision du 1^{er} juillet 2011. Ce constat ne préjuge en rien du fait qu'il pourrait exister ou non suffisamment de spectre à l'horizon de ce cycle d'investissements.
34. En l'absence d'un marché de produits, il n'aurait pas été utile de définir la portée géographique d'un marché notionnel de l'accès dégroupé au câble, ni de procéder au test des trois critères, et encore moins d'identifier d'éventuels opérateurs disposant d'une puissance significative sur ce marché. Aucune régulation n'aurait donc été imposée sur ce marché.

¹⁸ « Overigens blijkt uit hetgeen voorligt niet dat dat er ontbundelingstechnieken of technieken inzake groothandelstoegang tot breedband op de kabel bestaan die reeds effectief op een voldoende schaal op een kabelnetwerk in Europa worden toegepast. De loutere theoretische mogelijkheid van ontbundeling of groothandelstoegang volstaat ook niet opdat er sprake zou zijn van vraag- of aanbodsubstitutie » (Traduction libre : « D'ailleurs, il ne ressort pas du présent document qu'il existe des techniques de dégroupage ou des techniques en matière d'accès de gros à la large bande sur le câble qui soient déjà effectivement appliquées à une échelle suffisante sur le réseau câblé en Europe. La possibilité purement théorique de dégroupage ou d'accès de gros ne suffit pas non plus pour qu'il soit question de substituabilité du côté de l'offre ou de la demande »

35. La CRC n'exclut cependant pas que, compte tenu des évolutions technologiques, par exemple le déploiement de la technologie Eurodocsis 3.1, cette question puisse être réexaminée dans le cadre d'une future analyse de marché. La norme Eurodocsis 3.1 a été publiée en 2013¹⁹ et pourrait être utilisée par certains câblo-opérateurs belges dans les prochaines années²⁰.

6.1.2 Impact potentiel sur la régulation imposée à Belgacom

36. Compte tenu de ce qui précède, la CRC considère que si une analyse d'un marché notionnel de l'accès dégroupé au câble avait été faite en 2011, il est très improbable que la fourniture d'un accès dégroupé à leur réseau eut été imposée aux câblo-opérateurs.

37. Même à imaginer qu'un tel accès eut été imposé aux câblo-opérateurs (ce qui eut nécessité de définir un ou plusieurs marchés géographiques, de passer le test des trois critères et d'identifier un ou plusieurs opérateurs PSM), la régulation du câble n'aurait pas eu pour effet de modifier, ou en tout cas d'alléger, la régulation imposée à Belgacom par la décision du 1^{er} juillet 2011 :

37.1. La part de marché des opérateurs alternatifs en juillet 2010 était de l'ordre de 8%²¹ et leurs acquisitions nettes de clients étaient faibles voire négatives²²; imposer une régulation moins contraignante à Belgacom aurait pu conduire à fragiliser davantage encore la situation de ces opérateurs alternatifs. Leur base installée de clients et leurs perspectives de développement auraient été négativement affectées.

37.2. La CRC aurait, également, vraisemblablement tenu compte du délai de mise en œuvre du dégroupage du câble et de l'impact qui pouvait raisonnablement en être attendu à court terme²³.

37.3. La CRC aurait également tenu compte du fait que Belgacom détenait en 2011 (et détient toujours) une part de marché importante du marché des clients non résidentiels, grâce notamment à son réseau national et à sa meilleure couverture des zones d'intérêt économique. L'imposition d'obligations d'accès aux câblo-opérateurs n'aurait pas été de nature à répondre adéquatement à cette situation.

¹⁹ CableLabs, DOCSIS 3.1: Where We Are Today, <http://www.cablelabs.com/docsis-3-1-where-we-are-today/>.

²⁰ Telecompaper, 29 août 2014, "Telenet plans EUR 500 mln investment in Docsis 3.1 upgrade". Le communiqué de presse de Telenet publié à cette même date mentionne des investissements étalés entre 2014 et 2019.

²¹ Décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011, § 257.

²² Décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011, § 262.

²³ De même que la CRC a tenu compte du délai de mise en œuvre de la fonctionnalité multicast et de la nécessité d'atteindre une certaine taille critique pour en tirer profit (décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 concernant l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle, §§ 416, 494 et 564).

38. Par conséquent, si la CRC avait analysé un marché notionnel de l'accès dégroupé sur le câble, voir même l'avait régulé, l'évaluation de la nécessité et de la proportionnalité d'imposer à Belgacom un accès dégroupé à la boucle locale cuivre n'aurait pas été différente de l'analyse menée dans la décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 (§§ 571 à 761). Au vu des défaillances concurrentielles constatées sur le marché de détail et des objectifs poursuivis par le régulateur, Belgacom aurait, en effet, été soumise aux mêmes obligations d'accès, de non discrimination, de transparence, de contrôle des prix et d'excellence opérationnelle.

Dans ces conditions, et pour répondre aux critiques de la Cour d'appel, la CRC considère que ni l'analyse d'un marché notionnel de l'accès dégroupé sur le câble ni, le cas échéant, la régulation d'un tel marché n'était susceptible d'affecter les obligations imposées à Belgacom.

La motivation de la proportionnalité de la régulation imposée à Belgacom sur le marché 4 par la décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 doit donc être lue à la lumière des considérations développées dans la présente décision.

6.2 DÉFINITION ET ANALYSE D'UN MARCHÉ DE L'ACCÈS EN GROS À LA LARGE BANDE (BITSTREAM OU REVENTE) SUR LE CÂBLE

6.2.1 Marché de produit

39. La décision du 1^{er} juillet 2011 notait que :

« 830 La fourniture d'une offre d'accès à un débit binaire sur le réseau d'un câblo-opérateur est techniquement réalisable. En effet, une interconnexion (et la colocalisation d'équipements adaptés) au niveau des têtes (locales ou nationales) de réseau des câblo-opérateurs permettrait d'accéder au débit des utilisateurs finals²⁴.

836 Bien que cela soit techniquement réalisable, aucun câblo-opérateur en Belgique ne propose une fourniture en gros d'accès à large bande via son réseau ».

40. Pour délimiter un tel marché de l'accès en gros à la large bande sur le câble, il aurait été nécessaire de prendre en considération les différences sur le plan technologique entre la fourniture du haut débit sur un réseau cuivre (par la technologie DSL) et sur un réseau câble (par la technologie Eurodocsis). Du fait de ces différences, la CRC aurait dû tenir

²⁴ Gartner report - Opening of access to broadband via the cable infrastructure in the wholesale market for broadband connections (market 5)

compte du fait que les concepts de « bitstream » et de « revente » n'ont pas nécessairement la même signification sur les deux réseaux²⁵.

41. Le produit bitstream sur cuivre tel qu'il existe en Belgique (BROBA/WBA) est un produit qui offre un maximum de flexibilité à l'opérateur alternatif pour configurer ses propres services de détail (p. ex. taille des VLAN, qualité de service, ratio de contention). Les produits BROBA et WBA offrent ainsi davantage de flexibilité que certains produits bitstream étrangers. Dans le cas d'un bitstream tel qu'il existe en Belgique, il est aisé de faire une distinction entre bitstream et revente (la revente ne permettant en principe qu'une réplique des services de détail du fournisseur²⁶).
42. Par contre au niveau des réseaux câblés, la distinction entre bitstream et revente est potentiellement moins nette. Une offre de revente qui permettrait à l'opérateur alternatif de différencier son produit de détail de celui du câblo-opérateur, notamment par les débits proposés, ne serait pas fondamentalement différente de certaines offres bitstream telles que fournies sur le cuivre dans d'autres pays.
43. La fourniture d'un service de gros de revente a été imposée aux câblo-opérateurs par les décisions de la CRC du 1^{er} juillet 2011 concernant l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle, au titre de service auxiliaire aux obligations qui leur sont imposées en matière de radiodiffusion (revente de leurs services de télévision analogique, accès à leur plate-forme de télévision numérique)²⁷ ; autrement dit, l'opérateur alternatif ne peut pas offrir le haut débit seul avec cette offre, il peut uniquement offrir du *doubleplay* télévision/haut débit.
44. Le service de revente d'accès haut débit dont la fourniture est imposée aux câblo-opérateurs peut être décrit comme suit :

« 984 La revente de l'offre d'accès haut débit consiste à permettre aux opérateurs alternatifs de reproduire les offres de télévision interactive et de télévision connectée ainsi que les offres multiplay broadcast/broadband de l'opérateur PSM et de prendre en charge la relation avec le client final de l'opérateur PSM concerné. Elle peut également comprendre des services associés tels que l'installation (avec coordination de l'installation du CPE par l'opérateur alternatif), la maintenance et la réparation des services. Elle laisse à l'opérateur alternatif le choix du mode de tarification.

985 L'opérateur alternatif procédera lui-même à la connexion de son client final à la boîte de raccordement du câble, ainsi qu'à l'installation intérieure.

²⁵ Les termes de bitstream et de revente ne correspondent pas non plus à des définitions uniformes internationalement.

²⁶ Ce qui est le cas des services de revente de type « Carrier DSL » proposés par Belgacom ou par certains opérateurs alternatifs.

²⁷ Cf. la section « 6.5.1.1 Préalable sur la nature de cette obligation » de la décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 concernant l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle.

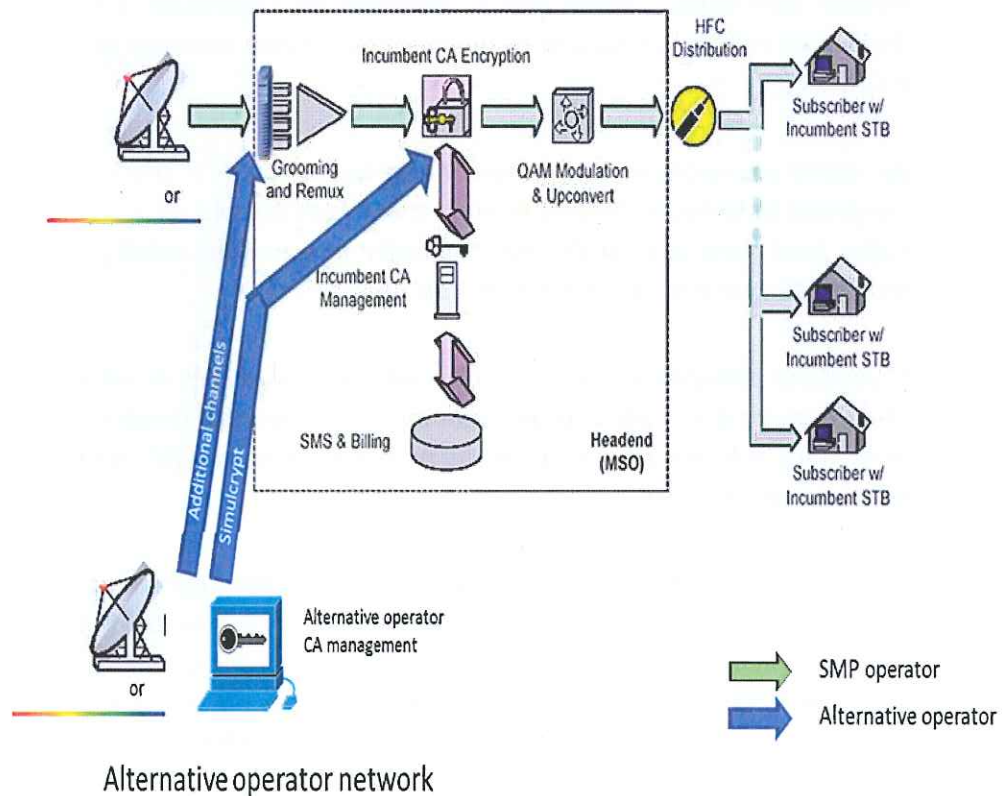
L'opérateur PSM peut néanmoins imposer à l'opérateur alternatif une certification des techniciens habilités à procéder ces opérations, afin de garantir la qualité du travail effectué. En l'absence de connecteur libre sur la boîte de connexion (ou en l'absence d'une telle boîte), l'opérateur PSM devra procéder à l'installation d'une nouvelle boîte. Cette procédure de certification doit être ajoutée aux offres de référence (infra).

(...)

988 La revente de l'offre haut débit devra comprendre les aspects suivants :

Accorder à des opérateurs tiers l'accès à un service de revente de l'offre haut débit

989 L'opérateur PSM est tenu d'accorder l'accès à la revente de l'offre haut débit à tout opérateur alternatif bénéficiaire de l'accès à la plateforme de télévision numérique. Les liens nécessaires peuvent être décrits de la façon suivante:



990 L'IBPT n'impose que le point de collecte au niveau du core router. Néanmoins l'opérateur PSM peut proposer des points de collecte au niveau du CMTS et/ou de l'équipement d'agrégation.

991 Le document ERG précité identifie différentes solutions. L'IBPT n'impose pas une solution particulière afin de laisser à l'opérateur PSM le choix de la plus grande efficacité en fonction de ses propres équipements.

992 Conformément à l'article 40/10, § 10, alinéa 3, de la loi du 30 mars 1995, le service de revente de l'abonnement doit :

être identique sur le plan technique à l'offre haut débit de base offerte par l'opérateur puissant sur les marchés de détail de la radiodiffusion télévisuelle dans le cadre des offres composites. Autrement dit, le câblo-opérateur reste responsable de tous les paramètres techniques comme par exemple le ratio d'overbooking. L'OLO gère uniquement la relation commerciale mais n'a pas de responsabilités techniques ;

permettre de définir ses propres débits et volumes pour différents types d'offre. Dans la technologie Eurodocsis, l'engineering du réseau est fortement influencée par le débit maximum offert. Par conséquent, il serait disproportionné de définir des débits supérieurs au plus haut débit offert dans les offres de détail de l'opérateur PSM. L'opérateur PSM peut uniquement refuser les débits et volumes demandés des autres opérateurs sur la base de raisons techniques. Avant que la demande de l'opérateur alternatif soit finalement rejetée, ces raisons techniques doivent être soumises pour contrôle à l'IBPT ;

permettre aux opérateurs de facturer l'offre haut débit à l'utilisateur final. Ceci comprend les services associés, lesquels sont liés de façon directe ou indirecte à l'offre haut débit que l'opérateur PSM offre à ses clients retail (tels que les services de maintenance et d'installation...);

L'opérateur bénéficiaire de cette offre sera libre d'utiliser le modem de son choix, à moins que l'opérateur puissant ne soit en mesure d'invoquer des motifs techniques. Si le bénéficiaire utilise son propre modem, un tarif d'accès mensuel réduit lui sera facturé;

Toutefois, un opérateur alternatif ne pourra revendre l'offre haut débit que dans le cadre d'une offre composite comprenant au moins la TV numérique. Par conséquent, un opérateur alternatif pourra uniquement revendre l'offre de l'Internet large bande d'un opérateur PSM s'il utilise aussi l'offre d'accès à la plateforme numérique auprès de ce même opérateur PSM »²⁸.

²⁸ Décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 concernant l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle sur le territoire de la région bilingue de Bruxelles-Capitale. Voy. Également les dispositions équivalentes dans la décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 concernant l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle sur le territoire de langue néerlandaise (§§ 983-991), de la décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 concernant l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle sur le territoire de langue française

45. Les caractéristiques de ce service de revente d'accès haut débit sont décrites dans les offres de références respectives de Telenet, Brutélé et Tecteo²⁹.
46. Si la question d'un marché – en l'occurrence parallèle – de l'accès de gros à large bande sur le câble avait été abordée au cours de l'élaboration de la décision du 1^{er} juillet 2011, la CRC aurait vraisemblablement inclus, dans le même marché pertinent de produits, la revente de services haut débit par les câblo-opérateurs telle que décrite ci-dessus et les produits hypothétiques bitstream sur le câble.

6.2.2 Marché géographique

47. Si la CRC avait mené l'analyse, il est vraisemblable qu'elle aurait défini des marchés géographiques distincts par zone de couverture de chaque câblo-opérateur. En effet :
- 47.1. Du côté de la demande, il n'aurait pas été possible pour l'acheteur d'un produit de gros à large bande sur le câble (bitstream ou revente) d'acquiescer ce produit auprès d'un câblo-opérateur situé dans une autre zone que celle où l'acheteur souhaite obtenir le service (c'est-à-dire où se situe son client de détail). La CRC aurait en effet tenu compte du fait que si les réseaux câblés couvrent une grande partie du territoire belge, les zones de couverture des différents câblo-opérateurs ne se chevauchent pas ou pratiquement pas³⁰.
- 47.2. Du côté de l'offre, et en l'absence de régulation du câble pour l'Internet seul, il n'aurait pas été possible pour un câblo-opérateur de fournir un produit de gros à large bande sur le câble (bitstream ou revente) en dehors de sa zone de couverture en raison des coûts élevés et des délais importants propres au déploiement d'une infrastructure d'accès dans une autre zone.
48. Une telle conclusion aurait été conforme aux lignes directrices de la Commission européenne sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché que l'existence d'un effet de substitution en chaîne peut élargir un marché géographique. Ces lignes directrices disposent :

« En substance, il y a substituabilité en chaîne lorsqu'il peut être démontré que, bien que les produits A et C ne soient pas directement substituables, le produit

(§§ 1013-1021), et la décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 concernant l'analyse de la radiodiffusion télévisuelle sur le territoire de langue allemande (§§ 821-820).

²⁹ A ce jour, Coditel (Numericable) n'a pas mis en œuvre les obligations d'accès imposées par la décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 concernant l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle parce qu'elle n'a encore reçu aucune demande d'accès à son réseau.

³⁰ Décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 concernant l'analyse du marché radiodiffusion télévisuelle sur le territoire de la région bilingue de Bruxelles-Capitale (§ 301) ; décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 concernant l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle sur le territoire de langue néerlandaise (§ 298) ; décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 concernant l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle sur le territoire de langue française (§ 296) ; décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 concernant l'analyse du marché de la radiodiffusion télévisuelle sur le territoire de la région de langue allemande (§ 299).

B peut se substituer au produit A et au produit C et ceux-ci peuvent donc être considérés comme appartenant au même marché de produits, étant donné que la fixation de leur prix pourrait être influencée par la substituabilité du produit B. Étant donné le risque inhérent à toute extension excessive du marché pertinent, la présence d'un phénomène de substituabilité en chaîne doit être attestée par des éléments suffisamment probants »³¹.

49. Dans le cas présent, en l'absence de concurrence avec un produit national qui aurait été substituable à la revente de haut débit sur le câble, un phénomène de substitution en chaîne n'aurait pas pu être envisagé.
- 49.1. D'une part, il n'y avait pas de câblo-opérateur opérant nationalement qui aurait pu exercer une contrainte commune sur les prix de gros des autres câblo-opérateurs.
- 49.2. D'autre part, l'absence de substituabilité avec l'offre bistream de Belgacom³² aurait rendu impossible toute contrainte effective de celle-ci sur les prix des produits de gros à large bande (bitstream ou revente) des câblo-opérateurs.

6.2.3 Test des trois critères et analyse de marché

50. Au vu du type de motivation sollicitée par la Cour, la CRC présume dans le cadre de la présente décision et pour les seuls besoins de la présente analyse que si elle avait défini en 2011 un marché notionnel de l'accès en gros à large bande sur le câble, celui-ci aurait satisfait aux trois critères requis pour qu'un marché puisse faire l'objet d'une régulation *ex ante*. De la même manière, la CRC présume que les câblo-opérateurs auraient détenu une position de puissance significative sur ce marché notionnel.
51. Ces hypothèses ne préjugent en rien de l'appréciation que le régulateur effectuera, le cas échéant, dans le cadre d'une future analyse d'un marché de gros sur le câble.

6.2.4 Imposition de mesures correctrices

52. Comme constaté par la CRC dans sa décision du 1^{er} juillet 2011 et rappelé ci-dessus (cf. § 39), la fourniture d'une offre d'accès à un débit binaire sur le réseau d'un câblo-opérateur est techniquement réalisable. Cependant, cette possibilité technique ne signifie pas automatiquement que la fourniture d'un produit bitstream équivalent en termes de

³¹ Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le 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 (2002/C 165/03), § 62.

³² Dans sa décision du 1^{er} juillet 2011, la CRC a conclu que le marché de l'accès en gros à la large bande n'intégrait pas les réseaux câblés. Cette conclusion reposait sur l'absence de substituabilité du côté de la demande (§§ 894-902) et du côté de l'offre (§§ 903-908), ainsi que sur l'absence de contrainte indirecte suffisante (§§ 909-939).

fonctionnalités aux offres BROBA/WBA³³ aurait été imposée aux câblo-opérateurs. En effet, encore eût-il fallu démontrer que l'imposition d'une telle obligation respectait le principe de proportionnalité.

53. Au vu de la flexibilité offerte par les produits de revente sur le câble (voir § 44 *supra*), la CRC aurait, en tout cas, certainement imposé aux câblo-opérateurs l'obligation de fournir une forme d'accès semblable techniquement à la revente imposée par la décision du 1^{er} juillet 2011 sur les marchés de la radiodiffusion télévisuelle. La CRC aurait sans doute, dans ce cas, exigé que ce produit de revente permette la commercialisation de services d'accès à internet vendus isolément (c'est-à-dire, sans faire nécessairement partie d'une offre *multiplay* comme c'est le cas dans le cadre de la régulation du marché de détail de la radiodiffusion télévisuelle).
54. La CRC n'exclut cependant pas que, compte tenu des évolutions technologiques, par exemple le déploiement de la technologie EuroDocsis 3.1, cette question puisse être réexaminée dans le cadre d'une future analyse de marché. La norme EuroDocsis 3.1 a été publiée en 2013³⁴ et pourrait être utilisée par certains câblo-opérateurs belges dans les prochaines années³⁵.

6.2.5 Impact potentiel sur la régulation imposée à Belgacom

55. Compte tenu de ce qui précède, la CRC considère que si une analyse d'un marché notionnel de l'accès en gros à large bande sur le câble avait été faite en 2011, il est probable qu'à tout le moins, un accès à un produit de revente des services d'accès à Internet eut été imposé aux câblo-opérateurs, indépendamment de la fourniture d'un accès à leur plate-forme de télévision numérique.
56. Cependant, une telle régulation du câble n'aurait pas eu pour effet de modifier, ou à tout le moins d'alléger, la régulation imposée à Belgacom par la décision du 1^{er} juillet 2011 :
 - 56.1. De même que cela a été noté dans la perspective d'un éventuel accès dégroupé au câble (cf. §§ 37.1 et 37.2), la CRC aurait tenu compte de la faible part de marché des opérateurs alternatifs, la faiblesse de leurs acquisitions nettes, le délai de mise en œuvre de la revente des produits haut débit sur le câble et de l'impact qui pouvait raisonnablement en être attendu à court terme
 - 56.2. Une obligation faite aux câblo-opérateurs de fournir une offre de revente haut débit indépendamment de la fourniture d'un accès à leur plate-forme de

³³ Mais néanmoins non substituable avec ces offres BROBA/WBA, pour les raisons développées dans la décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 (§§ 888 à 939).

³⁴ CableLabs, DOCSIS 3.1: Where We Are Today, <http://www.cablelabs.com/docsis-3-1-where-we-are-today/>.

³⁵ Telecompaper, 29 août 2014, "Telenet plans EUR 500 mln investment in Docsis 3.1 upgrade". Le communiqué de presse de Telenet publié à cette même date mentionne des investissements étalés entre 2014 et 2019.

télévision numérique aurait eu un impact additionnel limité sur le marché résidentiel par rapport à l'obligation de fournir une offre de revente haut débit en tant que service auxiliaire, du fait de l'importance croissante des offres groupées sur le marché de détail caractérisé en l'espèce. L'imposition d'une telle obligation n'aurait donc pas pu affecter la nécessité de réguler Belgacom.

- 56.3. La CRC aurait également tenu compte du fait que Belgacom détenait en 2011 (et détient toujours) une part de marché importante du marché des clients non résidentiels, grâce notamment à son réseau national et à sa meilleure couverture des zones d'intérêt économique. Eu égard à la couverture plus restreinte des câblo-opérateurs, l'imposition d'obligations d'accès aux câblo-opérateurs n'aurait pas été de nature à répondre adéquatement à cette situation.
- 56.4. Le produit fourni sur le marché notionnel n'aurait pas offert le même niveau de flexibilité qu'un bitstream de type BROBA/WBA et n'aurait donc pas pu satisfaire les besoins de certains opérateurs³⁶, en particulier ceux actifs dans le domaine des services professionnels (business), qui sont à la recherche d'un produit de gros offrant une flexibilité de configuration élevée.
57. Si la fourniture hypothétique d'un produit plus sophistiqué, équivalent en termes de fonctionnalités aux offres BROBA/WBA, avait néanmoins été imposée, cette mesure n'aurait vraisemblablement pas, elle non plus, conduit la CRC à alléger la régulation de Belgacom, pour les mêmes raisons que celle présentées aux paragraphes précédents.
58. Par conséquent, si la CRC avait analysé un marché notionnel de l'accès de gros à large bande sur le câble, voir même l'avait régulé, l'évaluation de la nécessité et de la proportionnalité d'imposer à Belgacom un accès à large bande n'aurait pas été différente de l'analyse menée dans la décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 (§§ 1051 à 1274). Au vu des défaillances concurrentielles constatées sur le marché de détail et des objectifs poursuivis par le régulateur, Belgacom aurait, en effet, été soumise aux mêmes obligations d'accès, de non discrimination, de transparence, de contrôle des prix et d'excellence opérationnelle.

Dans ces conditions, et pour répondre aux critiques de la Cour d'appel, la CRC considère que ni l'analyse d'un marché notionnel de l'accès en gros à large bande sur le câble ni, le cas échéant, la régulation d'un tel marché n'était susceptible d'affecter les obligations imposées à Belgacom.

La motivation de la proportionnalité de la régulation imposée à Belgacom sur le marché 5 par la décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 doit donc être lue à la lumière des considérations développées dans la présente décision.

³⁶ Voir la décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011, §§ 849 à 856.

7 CLARIFICATION QUANT À LA PORTÉE DU MULTICAST

59. En vue de clarifier la portée, en l'occurrence limitée aux offres *multiplay*, de l'obligation d'accès au *multicast*, la décision du 1^{er} juillet 2011 est modifiée comme suit³⁷ :

1105 *L'IBPT impose à Belgacom de fournir l'accès à un produit bitstream comprenant des fonctionnalités « multicast » (voir description technique à l'annexe 3), équivalentes à celles fournies par Belgacom en interne, à ses filiales ou à ses partenaires, pour la fourniture de ~~ses~~ services de détail combinant un accès à Internet à haut débit et un service de télédistribution (offre multiplay).*

1106 *L'obligation d'accorder l'accès au multicasting ne vaut que pour des demandes raisonnables, aux fins de la commercialisation d'offres multiplay. L'opérateur PSM peut refuser de satisfaire à une demande d'accès qui ne serait pas raisonnable, y compris lorsqu'il s'agit d'une demande qui porte sur un service inclus dans l'offre de référence. En cas de refus, l'opérateur SMP doit motiver à suffisance les raisons pour lesquelles il estime que la demande est déraisonnable. Le cas échéant, l'IBPT examinera le bien-fondé du refus éventuel notamment à la lumière des éléments énumérés à l'article 61, § 2, de la loi du 13 juin 2005 et dans sa Communication du 29 janvier 2002 concernant les demandes d'interconnexion non couvertes par une offre de référence.*

(...)

1110 *L'IBPT considère qu'il est justifié et proportionné d'imposer à Belgacom de satisfaire les demandes raisonnables d'accès bitstream comprenant les fonctionnalités multicast afin de dynamiser la concurrence sur le segment des offres multiplay faisant partie du marché de détail de l'accès à Internet. L'IBPT s'en explique ci-dessous.*

(...)

1112 *Or, l'IBPT constate une évolution notable du marché belge de la large bande vers la fourniture de services via des offres multiplay (voyez supra – section 4.6.) et doit par ailleurs tenir compte notamment de la faiblesse du développement du dégroupage en Belgique et de la disparition de la possibilité de dégroupage dans un certain nombre de points d'accès en raison de la fermeture de LEX importants. Il retient encore un impact significatif des offres bitstream en Belgique pour la poursuite des objectifs établis par le cadre réglementaire et, en particulier en vue de garantir le maintien et le développement de la concurrence sur les marchés avals*

³⁷ Les modifications sont soulignées et les suppressions sont barrées.

(voyez supra section 6.5.2.). Or, l'IBPT constate qu'il reste impossible pour les opérateurs alternatifs DSL, à la date de la présente analyse, de proposer des services multipleplay sur la base des offres bitstream existantes. En conséquence, la mise à disposition d'une offre d'accès de gros bitstream comprenant les fonctionnalités multicast est nécessaire et justifiée en Belgique. L'accès au fonctionnalité multicast vise à garantir l'absence de discrimination et la possibilité pour les opérateurs alternatifs DSL de jouer le jeu de la concurrence sur le segment des offres multiplay qui fait partie du marché de la large bande tel que décrit par l'IBPT et qui présente notamment comme caractéristique une importance croissante des offres couplées qui doit être prise en compte dès à présent par le régulateur.

1113 En effet, l'analyse du marché de détail en Belgique révèle que la demande d'offres groupées comprenant l'Internet haut débit et la TV numérique ne cesse d'augmenter et que la possibilité de fournir de tels produits groupés, offre des avantages concurrentiels significatifs aux opérateurs³⁷⁶. L'IBPT estime donc que, sans la possibilité de construire une offre large bande intégrant une offre de diffusion de contenu, un opérateur alternatif rencontrera des difficultés significatives pour se développer de manière satisfaisante sur le marché de la large bande et jouer le jeu de la concurrence dans un marché tel que le marché belge. L'accès aux fonctionnalités multicast sont en ce sens très importantes pour le développement et le maintien d'une concurrence sur le marché belge de la large bande.

Pour le bon ordre, l'IBPT précise que l'imposition de cette obligation ne se justifie au regard que des seules offres multiplay incluant au moins un accès à Internet et un service de télédistribution. Cette obligation spécifique n'a donc pas pour vocation première à remédier à un problème concurrentiel en lien avec les offres d'accès à Internet vendues isolément ou les autres offres multiplay (sans TV) qui font partie du marché de détail caractérisé dans le cadre de la présente décision. Il n'en demeure pas moins qu'au vu du succès croissant des offres multiplay, le développement de la concurrence sur ce segment spécifique devrait avoir un effet d'entraînement sur la dynamique concurrentielle de l'ensemble du marché de détail de la large bande, et contribuer de la sorte à assurer l'efficacité de la régulation d'accès imposée à Belgacom sur le marché 5.

8 DÉCISION

60. Le 18 décembre 2014, la CRC s'est réunie et a décidé comme suit :

Vu les directives 2002/21/CE, 2002/19/CE et 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil ;

Vu la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques ;

Vu l'accord de coopération du 17 novembre 2006 entre l'Etat fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone relatif à la consultation mutuelle lors de l'élaboration d'une législation en matière de réseaux de communications électroniques, lors de l'échange d'informations et lors de l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques par les autorités de régulation en charge des télécommunications ou de la radiodiffusion et la télévision ;

Vu le projet de décision du Conseil de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT) du 20 décembre 2010 concernant l'analyse des marchés large bande ;

Vu la consultation publique organisée du 20 décembre 2010 au 18 février 2011 ;

Vu l'avis du Conseil de la concurrence du 21 février 2011 ;

Vu la saisine de la CRC demandée le 5 mai 2011 par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) et la Beschlusskammer du Medienrat der Deutschsprachigen Gemeinschaft (Medienrat).

Vu les observations de la Commission européenne du 20 juin 2011,

Vu les modifications apportées au projet de décision dans le cadre de la coopération entre régulateurs ;

Vu la décision de la CRC du 1^{er} juillet 2011 concernant l'analyse des marchés large bande inclus en annexe 1 de la présente décision ;

Vu l'arrêt d'annulation prononcé par la Cour d'appel de Bruxelles le 3 décembre 2014 ;

La Conférence des régulateurs du secteur des communications électroniques,

Après délibération,

Décide à l'appui des considérations de droit et de fait présentées dans l'analyse ci-dessus :

- *de procéder à la réfection de la décision du 1^{er} juillet 2011, moyennant le complément de motivation, les modifications et les précisions développés aux chapitres 6 et 7 de la présente décision ;*

- d'entièrement reprendre pour le surplus la décision du 1^{er} juillet 2011 ;
- de faire rétroagir l'application de la présente décision au 1^{er} août 2011.

9 ENTRÉE EN VIGUEUR

61. La présente décision entre en vigueur au jour de sa publication sur le site Internet de l'IBPT.

10 VOIES DE RECOURS

62. Conformément à l'article 5 de l'accord de coopération du 17 novembre 2006 entre l'Etat fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone relatif à la consultation mutuelle lors de l'élaboration d'une législation en matière de réseaux de communications électroniques, lors de l'échange d'informations et lors de l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques par les autorités de régulation en charge des télécommunications ou de la radiodiffusion et la télévision, un recours de pleine juridiction peut être introduit devant la Cour d'appel de Bruxelles statuant comme en référé.

Les recours sont formés par requête signée et déposée au greffe de la cour d'appel de Bruxelles (Place Poelaert, 1, B-1000 Bruxelles) dans un délai de soixante jours suivant la notification de la décision à toutes les parties concernées par recommandé.

11 SIGNATURES

Fait à Bruxelles, le 18 décembre 2014.

Pour la Conférence,


Axel DESMEDT
Membre du Conseil de l'IBPT

Secrétaire de la CRC

Carlo ADAMS
Vice-Président du VRM


Président de la CRC

**ANNEXE 1 : DÉCISION DE LA CONFERENCE DES REGULATEURS DU SECTEUR
DES COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES (CRC) DU 1^{ER} JUILLET 2011
CONCERNANT L'ANALYSE DES MARCHES LARGE BANDE**

[Version publique]

