

Collège d'autorisation et de contrôle

Décision du 07 septembre 2017

Décision relative aux demandes de Nethys et Brutélé fondées sur le paragraphe 177 de la décision de la CRC du 19 février 2016 portant révision des tarifs de gros pour les services d'accès aux réseaux câblés en région de langue française et visant à contester le caractère raisonnable de l'octroi du bénéfice d'une phase de lancement à la société Orange Belgium

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, en particulier l'article 6 ;

Vu le décret coordonné sur les services de médias audiovisuels, en particulier les articles 94 et 136, § 1^{er}, 13°,

Vu la décision de la Conférence des régulateurs du secteur des communications électroniques du 19 février 2016 concernant la révision des tarifs de gros pour les services d'accès aux réseaux câblés sur le territoire de la Région de langue française », paragraphe 177 ;

I. Exposé introductif

1. Le Collège d'autorisation et de contrôle a été saisi le 23 mai 2016 de deux demandes identiques émanant d'une part de la société Nethys S.A. et d'autre part de la société Brutélé S.C.

Par le courrier du 13 mai 2016, la société Brutélé S.C., ayant son siège rue de Naples, 29, B-1050 Bruxelles, a demandé au CSA d'apprécier le caractère raisonnable de l'octroi du bénéfice d'une phase de lancement à la société Orange Belgium pour les services d'accès aux réseaux câblés sur le territoire de la région de langue française.

Par le courrier du 20 mai 2016, la société Nethys S.A., ayant son siège rue Louvrex, 95, B-4000 Liège, a demandé au CSA d'apprécier le caractère raisonnable de l'octroi du bénéfice d'une phase de lancement à la société Orange Belgium pour les services d'accès aux réseaux câblés sur le territoire de la région de langue française.

2. Plus précisément, la demande concerne la mise en œuvre du paragraphe 177 de la « Décision de la conférence des régulateurs du secteur des communications électroniques concernant la révision des tarifs de gros pour les services d'accès aux réseaux câbles sur le territoire de la Région de langue française », ci-après, « La Décision », adoptée par la Conférence des régulateurs du secteur des communications électroniques le 19 février 2016.

La Décision en cause a pour effet, notamment, de permettre à la société de téléphonie mobile Orange Belgium, dénommée Mobistar au moment de l'adoption de la décision, de bénéficier d'une phase de lancement pour les services d'accès aux réseaux câblés sur le territoire de la région de langue française.

3. En fondement de leur demande, les opérateurs Brutélé et Nethys invoquent la mise en œuvre du paragraphe 177 de la Décision, aux termes duquel :

« Sans préjudice des éléments traités aux paragraphes 174 et 175 concernant Proximus et Mobistar, tenant compte des circonstances du marché au moment de l'adoption de la présente décision, en cas de contestation quant à l'applicabilité de la phase de lancement au profit d'un bénéficiaire de l'offre de gros, le CSA conserve le pouvoir d'apprécier le caractère raisonnable de la demande de bénéficier des tarifs à court terme, en fonction de la situation concrète de l'opérateur concerné. »

Sur base de cette disposition, les opérateurs Nethys et Brutélé demandent au CSA de prendre position quant au caractère raisonnable de l'octroi du bénéfice d'une phase de lancement à la société Orange Belgium.

4. Elles sollicitent également la mise en œuvre de l'article 91, § 5, du décret coordonné sur les services de médias audiovisuels, (ci-après décret SMA) :

« Dans des circonstances exceptionnelles, lorsque le Collège d'autorisation et de contrôle considère qu'il est urgent d'agir, afin de préserver la concurrence et de protéger les intérêts des utilisateurs, par dérogation à la procédure visée à l'article 94, il peut adopter immédiatement des mesures proportionnées et temporaires à tout opérateur de réseau. Le Collège d'autorisation et de contrôle communique sans délai ces mesures, dûment motivées,

2

à la Commission et à l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques, ci-après dénommé ORECE. Si le Collège d'autorisation et de contrôle souhaite rendre ces mesures permanentes ou prolonger la durée initiale, la nouvelle décision devra être soumise à la procédure visée à l'article 94. »

5. Les opérateurs Nethys et Brutélé ont initialement introduit leurs demandes séparément. Néanmoins, leurs exposés écrits, nommément le « Mémoire exposant le caractère déraisonnable d'une phase de lancement au profit de Mobistar et au détriment de Brutélé » et le « Mémoire exposant le caractère déraisonnable d'une phase de lancement au profit de Mobistar et au détriment de Nethys », ne diffèrent qu'en quelques points.

II. Procédure devant le Collège d'autorisation et de contrôle

6. Suite à la réception des courriers de contestation, le Collège d'autorisation et de contrôle a, le 14 juillet 2016, invité les parties concernées, à savoir les opérateurs Nethys, Brutélé et Orange Belgium, à exposer leurs arguments dans le cadre d'une procédure respectueuse du principe du contradictoire et de l'adage *audi alteram partem*, et ce au motif que la demande des sociétés Nethys et Brutélé concerne directement la société Orange Belgium.

Ainsi, le 14 septembre 2016, les opérateurs Nethys et Brutélé, qui sollicitaient la prise de décision du CSA, ont été invitées à transmettre leurs observations écrites dans un document non confidentiel afin que le CSA puisse les faire parvenir à la société Orange Belgium.

Ensuite, le 23 septembre 2016, la société Orange Belgium a été invitée par le CSA à transmettre ses observations écrites dans un document non-confidentiel en réaction à celles qui ont été déposées par les opérateurs Nethys et Brutélé. Celles-ci sont parvenues au CSA le 24 octobre 2016 et ont été transférées aux sociétés Nethys et Brutélé.

Le 7 novembre 2016, le Collège d'autorisation et de contrôle a convoqué les parties à une audition publique qui s'est tenue le 8 décembre 2016.

7. Suite à l'audition, les parties ont encore disposé d'un délai de dix jours ouvrables pour faire parvenir au CSA leurs ultimes remarques.

Dans ce cadre, le 20 décembre 2016 l'opérateur Orange Belgium a fait parvenir au CSA un document intitulé « Observations complémentaires ».

Le 22 décembre 2016 les sociétés Nethys et Brutélé ont transmis un document conjoint intitulé « Observations finales ».

8. Le 22 décembre 2016, Monsieur Jos Donvil, se présentant à titre personnel comme ancien CEO de la société Base Company mais omettant de préciser que, selon ce qui a été publié dans la presse, il semble devenu entre-temps directeur de VOO, filiale de Nethys, a adressé au CSA un courrier dans lequel il déclare que son expérience professionnelle lui permet de mettre en doute ce qui a été soutenu par la société Orange Belgium lors de l'audition du 8 décembre 2016.

Il annonce se tenir à disposition du CSA pour répondre à toute question dans la matière.

Le CSA n'a pas donné suite à la proposition de M. Donvil, les représentants de Nethys ayant déjà été entendus.

9. Un complément d'information a été transmis au CSA parallèlement par la société Nethys le 24 janvier 2017 et par la société Brutélé le 26 janvier 2017.

III. Arguments des parties

A. Nethys et Brutélé

Quant à la recevabilité

10. Dans leurs observations écrites, les opérateurs Nethys et Brutélé soutiennent que la compétence du CSA découle du paragraphe 177 de la décision de la CRC.

Elles exposent également les raisons pour lesquelles, selon elles, l'exercice de cette compétence par le CSA n'empiéterait pas sur celle de la CRC. A ce sujet, elles considèrent que la compétence du CSA d'évaluer le caractère raisonnable de l'octroi d'une phase de lancement ressort valablement du paragraphe 177 de la décision de la CRC.

Quant à la procédure

11. Les opérateurs Nethys et Brutélé demandent l'application de l'article 91, § 5, du décret SMA, c'est-à-dire la mise en œuvre d'une procédure d'urgence.

A cet égard, elles soutiennent que la décision d'octroyer une phase de lancement étant applicable à partir du 1^{er} mai 2016 pour une période de deux ans, il est évident que sur un laps de temps aussi court, la procédure ordinaire n'est pas de nature à être pleinement efficace.

Elles étayent leur argumentation par l'affirmation que les tarifs de gros peuvent avoir une influence sur les tarifs du détail et que cette influence serait davantage préjudiciable aux consommateurs en présence de longs délais pour traiter la demande.

Au surplus, une décision rapide serait nécessaire à protéger les intérêts des consommateurs localisés dans les zones de Wallonie où des investissements sont nécessaires.

Pour finir, elles considèrent qu'un affaiblissement supplémentaire de la position concurrentielle de Brutélé et Nethys face à Proximus aurait des conséquences néfastes sur la concurrence en Wallonie et sur les intérêts des consommateurs.

12. Si le Collège devait considérer que l'article 91, § 5, ne s'applique pas au cas d'espèce, Nethys et Brutélé sollicitent, d'une part, l'application la plus diligente de l'article 94 du décret SMA et estiment, d'autre part, que l'intervention de la CRC n'est pas nécessaire, ni même justifiée. Elles invoquent à cet égard l'application de l'article 6 de l'accord de coopération du 17 novembre 2006¹, ci-après « l'accord de coopération », aux termes duquel chaque autorité de régulation est responsable de l'exécution des décisions de la CRC.

Quant au fond

13. Les acteurs à l'initiative de la procédure exposent que la phase de lancement ne peut être accordée qu'à un opérateur qui se trouve dans une situation financière qui est telle que, sans le bénéfice de la phase de lancement, il ne serait pas en mesure de se lancer sur le marché. Ils soutiennent en ce sens

¹ Accord de coopération du 17 novembre 2006 entre l'Etat fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone relatif à la consultation mutuelle lors de l'élaboration d'une législation en matière de réseaux de communications électroniques, lors de l'échange d'informations et lors de l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques par les autorités de régulation en charge des télécommunications ou de la radiodiffusion et la télévision, M.B. 28 décembre 2006 (Ed. 3), p. 75317.

17. Selon les opérateurs Nethys et Brutélé, l'existence de barrières à l'entrée sur le marché de la téléphonie fixe serait sans commune mesure avec leur activité et la disponibilité des câbles.

Les précédents échecs de la société Orange Belgium à se lancer sur le marché seraient à mettre en lien avec la conjoncture du marché, d'une part, et les erreurs stratégiques d'Orange Belgium, d'autre part. Sur cette base, Nethys et Brutélé soutiennent que la société Orange Belgium tenterait de supporter les coûts de contenu via le bénéfice de la phase de lancement. Elles en concluent que l'octroi d'une aide financière à Orange Belgium ne se justifierait pas valablement.

Sur base de déclarations du CEO sortant de Base, Nethys et Brutélé soutiennent que seul le coût du contenu pourrait porter préjudice au « business case » d'une offre de télévision, il est donc injustifié de faire supporter aux câblo-opérateurs des coûts de location plus faibles pour compenser les coûts du contenu.

18. Les opérateurs Nethys et Brutélé font également état d'un changement des rapports de force sur le marché. Par les éléments suivants, elles cherchent à démontrer que le changement des rapports de force entre les opérateurs présents affaiblit leur capacité à concurrencer Proximus et influence négativement leur positionnement sur le marché au profit de Proximus et Orange. Dès lors, elles considèrent que la mesure a un effet anticoncurrentiel.

19. Elles décrivent d'abord un déclin de leurs parts de marché durant le 1^{er} trimestre de 2016 et insistent sur le positionnement favorable de la société Orange Belgium de par sa présence sur un marché adjacent.

Elles affirment souhaiter continuer à investir dans l'ensemble de la zone, néanmoins elles considèrent que leurs investissements doivent pouvoir se justifier économiquement.

Elles estiment, au surplus, nécessiter plus de ressources financières afin d'être à même de concurrencer l'opérateur téléphonique « Proximus », pendant que, selon elles, la société Orange Belgium disposerait déjà des moyens financiers de proposer une offre concurrentielle à ces clients. Elles considèrent de ce fait que financer la phase de lancement d'Orange signifierait affaiblir leurs positions respectives sur le marché puisqu'il leur serait de ce fait impossible de continuer à concurrencer l'opérateur Proximus. A cet égard, elles font état d'un renforcement de la position de Proximus dont elles décrivent les projets d'investissement à venir, notamment dans la 4,5G et la 5G et dans le projet « La fibre en Belgique ».

20. Les opérateurs à l'initiative de la demande s'inquiètent ensuite de la reprise de Base par l'opérateur Telenet. En effet, ils soutiennent que, face à ce nouveau concurrent au niveau national, qualifié de « nouvelle menace », l'obligation qui leur est faite de subventionner un nouveau concurrent n'est pas raisonnable.

21. D'autre part, les opérateurs appellent à leur cause les différents éléments de l'offre de Mobistar lancée le 1^{er} mars 2016.

Ils soulignent que la clientèle mobile de Mobistar sert de levier à son offre fixe et permet le renforcement de sa position au détriment de Nethys et de Brutélé. Mobistar dispose donc déjà d'actifs lui permettant de faire de son offre fixe un succès.

Par ailleurs, les conditions de l'offre fixe imposent un coût d'installation important auprès des nouveaux clients de Mobistar, mais excluent de ces frais les anciens clients. Ce qui, selon Nethys et Brutélé, démontre que Mobistar n'est pas intéressé par l'acquisition de clients qui ne relèvent pas des câblo-opérateurs. Ainsi, l'ouverture du câble aura pour effet d'affaiblir les petits opérateurs comme Nethys et Brutélé et de renforcer Proximus.

Au surplus, Nethys et Brutélé invoquent plusieurs déclarations de Mobistar :

« Mobistar dispose d'un parc de distribution physique important » ;

« Mobistar reconnaît avoir eu le temps de tester longuement et amplement ses services Internet et TV numérique ».

et cherchent par celles-ci à démontrer que ce dernier dispose de plusieurs avantages.

22. Nethys et Brutélé estiment que Orange jouit d'atouts importants et dont elles ne disposent pas. Les deux sociétés invoquent à ce sujet, la place du mobile et de la convergence du marché.

Sur base des déclarations de l'ancien CEO de Base (devenu directeur d'une filiale de Nethys), d'un rapport de l'IBPT de juin 2016 et d'un article de l'hebdomadaire Moustique de mai 2016, Nethys et Brutélé soutiennent que le mobile constitue l'avenir. Elles théorisent dès lors que l'application de tarifs de gros avantageux permet à Mobistar de renforcer sa position au détriment d'opérateurs fixes

considérablement plus petits. Suivant leur argumentation et au regard de la croissance de la téléphonie mobile, dans deux ans, Nethys et Brutélé seront dans une position extrêmement défavorable car leur capacité d'investissement aura été largement limitée alors que l'opérateur Proximus n'aura pas été affecté. Elles estiment par ailleurs que cet opérateur se sera renforcé.

Elles ajoutent encore que la convergence du marché favorise les gros opérateurs au détriment des petits et ce en raison du fait qu'ils sont en mesure de proposer une offre couplée. A ce sujet, Nethys et Brutélé rapportent les propos de Mobistar qui se proclame : « pionnier de la convergence novatrice ».

23. Elles soutiennent que les tarifs préférentiels accordés à Orange empêchent aux petits opérateurs de disposer des finances leur permettant de concurrencer Proximus qui renforce donc sa position sur le marché au détriment du pouvoir concurrentiel de Nethys et Brutélé.

24. Les opérateurs Nethys et Brutélé rapportent également la réaction des autres opérateurs de marché suite à l'octroi d'une phase de lancement à Orange Belgium. Ils font état des déclarations de Madame Dominique Leroy, CEO de l'opérateur Proximus, afin de soutenir que si Proximus est petite face à Orange, Nethys et Brutélé sont « minuscules ».

Au regard de cela, les opérateurs à l'initiative de la procédure estiment qu'il est déraisonnable d'accorder à Mobistar des tarifs préférentiels qui ont été élaborés aux fins d'aider l'entrée sur le marché de nouveaux entrants de taille réduite, alors que Mobistar ne correspond manifestement pas à ce critère.

25. En outre, Nethys et Brutélé cherchent à démontrer que les développements récents confirment les doutes exprimés dans les observations de la Commission européenne du 5 février 2016. Elles relèvent notamment que le fait que la phase de lancement bénéficie uniquement à la société Orange Belgium renforce encore davantage les effets négatifs de la mesure car elle a pour conséquence d'imposer aux opérateurs locaux de soutenir une multinationale mettant dès lors en péril la compétitivité de Nethys et Brutélé. La mesure ne bénéficie par ailleurs qu'à la société Orange Belgium et non pas à un nouvel entrant ou aux consommateurs.

26. Pour finir, les deux opérateurs fournissent un tableau par lequel elles cherchent à démontrer que les tarifs de gros imposés hors de toute phase de lancement permettent à Mobistar de proposer une offre déjà amplement concurrentielle. A ce propos, ils soutiennent que les promotions mises en place par Orange ne peuvent entrer en ligne de compte pour apprécier les montants des tarifs de gros

durant la phase de lancement. Selon eux, ces derniers auraient pour effet d'affaiblir Nethys et Brutélé au bénéfice de Proximus.

27. Les arguments des sociétés Nethys et Brutélé convergent pour estimer *in fine* qu'accorder une phase de lancement à Orange Belgium serait déraisonnable.

28. Les observations que les sociétés Nethys et Brutélé ont fait parvenir au CSA le 24 et le 26 janvier 2017 reviennent sur l'argument que Orange Belgium n'est pas un « nouvel entrant ». A ce sujet, Nethys et Brutélé invoquent les déclarations de la société Orange Belgium elle-même.

Pour conclure, Nethys et Brutélé reviennent sur le fait que les consommateurs ne bénéficient pas de l'octroi de la phase de lancement à Orange Belgium. A cet égard, les deux sociétés reproduisent les déclarations de M. Trabbia de la société Orange : la société disposerait de capacités d'investissement qui sont non-négligeables. La capacité financière d'Orange Belgium est donc une nouvelle fois mise en avant afin de démontrer le caractère déraisonnable de l'octroi du bénéfice d'une phase de lancement.

B. Orange Belgium

29. Quant à lui, Orange Belgium soutient que la demande est irrecevable, d'une part, et que les arguments avancés par Nethys et Brutélé ne sont pas suffisamment sérieux pour amener le CSA à revenir sur la décision de la CRC, d'autre part.

Quant à la recevabilité

30. La Société Orange Belgium répond que, concernant la recevabilité de la demande, elle considère que le paragraphe 177 de la Décision de la CRC ne fait qu'exprimer la faculté de révision prescrite par l'article 91, § 5, du décret SMA, cette disposition étant le miroir de l'article 4 de l'accord de coopération.

Selon la société Orange Belgium, la mise en œuvre de ces dispositions requerrait un élément matériel (la survenance d'un élément nouveau), un élément objectif (la sauvegarde d'un intérêt prépondérant) et, pour finir, un élément temporel (le provisoire).

Selon la société Orange Belgium, ces conditions ne sont pas remplies, ce qui démontre que la mesure demandée excède les pouvoirs du CSA, et doit, de ce fait, être qualifiée d'irrecevable.

La société Orange Belgium soutient également qu'en vertu du principe du parallélisme des compétences, l'auteur d'une décision serait la seule autorité compétente pour la retirer.

Si le CSA demeure compétent, en vertu de l'article 6 de l'accord de coopération, pour exécuter la mesure décidée par la CRC, ce qui lui est demandé par Nethys et Brutélé n'est pas de prendre des mesures d'exécution mais de modifier la substance de la décision. Il en ressort, selon Orange Belgium, que les mesures demandées aux CSA excéderaient les pouvoirs de ce dernier.

La société Orange Belgium soutient également que, au regard de la procédure en cours devant la Cour d'Appel, la demande de Brutélé et Nethys compromet le bon déroulement de la procédure judiciaire et comporte un risque sérieux de blocage des opérateurs concernés dans la mesure où la décision du CSA pourrait entrer en conflit avec celle de la CRC en ce qu'elle pourrait faire l'objet d'un recours au Conseil d'Etat qui n'aurait pas forcément la même issue que le recours porté devant la Cour d'appel de Bruxelles.

Quant au fond

31. Quant au fond, Orange soutient que les arguments avancés par Nethys et Brutélé ne sont pas sérieux.
32. Pour commencer, selon la société Orange Belgium, le passage de la marque Mobistar à la marque Orange revient, dans les faits, à une simple modification de logo, Mobistar ayant toujours fait partie du groupe Orange. En outre, ce changement de logo n'a pas apporté un renforcement de la position concurrentielle occupée par Orange : la situation des opérateurs purement mobiles restant précaire.
33. Orange considère que, bien qu'elle puisse bénéficier de tarifs de gros avantageux durant la phase de lancement, elle participe au financement et aux investissements dans les infrastructures. En effet, les coûts d'investissement n'étant pas considérés comme des coûts évitables, ils sont pris en compte dans l'établissement des tarifs de gros.
34. Concernant la reprise de la société Base par la société Telenet, la Société Orange Belgium soutient que cette opération n'est pas de nature à engendrer la création d'un nouveau concurrent national, Telenet n'ayant pas demandé l'accès aux réseaux de Nethys et Brutélé et se trouvant donc uniquement en Flandre.

35. Au sujet du lancement de l'offre d'Orange Belgium en date du 1^{er} mars 2016, Orange développe son point de vue en soutenant que c'est à tort que Nethys et Brutélé considèrent qu'un gain de clientèle dans le chef de la société Orange Belgium aurait pour effet de les affaiblir. A cet égard, les clients d'Orange Belgium sont des clients qui échappent à Proximus et qui bénéficient donc du service de câblage de Nethys et Brutélé.

36. La société Orange Belgium décrit les coûts d'installation comme très élevés : si elle n'a pas lancé d'offre fixe avant la décision de la CRC, c'est précisément parce que les coûts étaient tels qu'ils ne lui permettaient pas une rentrée rentable sur le marché à moyen ou long terme.

37. Concernant les déclarations rapportées du CEO sortant de BASE Company, Orange Belgium considère que le CSA ne peut fonder sa décision sur des appréciations des perspectives futures du secteur. La société souligne par ailleurs que les affirmations de l'ancien CEO de base démontrent que le contenu télévisuel est particulièrement onéreux et constitue une barrière importante à l'entrée.

38. Concernant l'argumentaire tenant à sa position sur le marché, la société Orange Belgium soutient ensuite que la position d'un opérateur sur un marché déterminé ne lui donne pas *de facto* un avantage suffisant pour entrer sur un marché adjacent, et ce particulièrement lorsqu'il existe des barrières à l'entrée.

39. Concernant les arguments tirés de l'avis de la Commission européenne, la société Orange Belgium souligne d'abord que cet avis est contradictoire et ensuite que la CRC en a tenu compte lorsqu'elle a adopté la décision en cause. Il s'ensuit que l'avis ne saurait être invoqué à l'encontre de la décision.

40. Pour finir, la société Orange Belgium rappelle que sans bénéficier des tarifs avantageux prévus par la phase de lancement, elle ne pourrait envisager une entrée sur le marché qui serait rentable à moyen ou long terme.

Dans les observations soumises par la société Orange Belgium le 22 décembre 2016, la société soutient que Nethys et Brutélé disposent d'une puissance significative sur le marché.

La société Orange Belgium observe également que la croissance de Proximus n'est pas un élément pertinent afin de remettre en cause la décision de la CRC. Par ailleurs, l'augmentation des prix de gros ne permettra pas aux sociétés Nethys et Brutélé de faire face à la croissance de Proximus.

Au surplus, Proximus a tout intérêt à ce que les prix de gros imposés à Orange soient élevés ; il s'ensuit que les déclarations de son CEO ne peuvent constituer une base pertinente.

Quant au fait que la politique commerciale de Orange Belgium rendrait Nethys et Brutélé déficitaires, cela est à mettre en rapport avec le fait que ces sociétés ont refusé de parvenir à un accord quant aux frais de raccordement. Les choix commerciaux de Orange Belgium sont donc le fruit du refus de Nethys et Brutélé de trouver une solution.

IV. Consultation des régulateurs

41. L'article 3 de l'accord de coopération prévoit la consultation par une autorité de régulation des autres autorités de régulation pour chaque projet de décision relatif aux réseaux de communications électroniques. Les autorités de régulation consultées disposent d'un délai de 14 jours civils pour faire part de leurs remarques à l'autorité de régulation qui a transmis le projet. Dans ce délai, chacune des autorités de régulation consultées peut également demander que la CRC soit saisie du projet de décision. L'autorité de régulation concernée prend en considération les remarques que lui ont été fournies les autres autorités de régulation et leur envoie le projet de décision modifié. Ces dernières disposent alors d'un délai de 7 jours civils pour demander que la CRC soit saisie du projet de décision modifié.

42. Un projet de décision a été soumis aux autres autorités de régulation le 14 juillet 2017.

43. Les autres autorités de régulation n'ont pas émis de commentaires.

V. Décision du Collège d'Autorisation et de Contrôle

Fondement du paragraphe 177 de la Décision

44. Pour rappel, le paragraphe 173 de la Décision précise que les modifications de la formule du minus « *se justifient pleinement dans le cas de nouveaux entrants qui n'ont aucune base (ou une base très limitée) de clientèle sur le marché de la radiodiffusion télévisuelle* » et y ajoute que cela « *est le cas de la majorité des opérateurs alternatifs actifs en Belgique à l'heure actuelle. C'est a fortiori le cas d'opérateurs qui ne seraient pas encore actifs du tout en Belgique.* »

45. Les critères déterminants de l'octroi de la phase de lancement se justifient au regard des circonstances spécifiques du marché de la radiodiffusion télévisuelle en Belgique. La période de transition est jugée nécessaire dans le but d'abaisser les barrières à l'entrée « *qui sont liées non seulement à l'existence d'une infrastructure d'accès aux utilisateurs difficile à dupliquer mais aussi à l'acquisition de droits de contenu (barrière sur laquelle le régulateur n'a pas de prise)* »².

46. Il s'agit donc en définitive de tenir compte des économies d'échelle, par l'effet desquelles les bénéficiaires de la régulation qui ne disposent d'aucune base (ou d'une base très limitée) de clientèle sur les marchés de détail de la radiodiffusion télévisuelle ne peuvent pas lutter à armes égales avec les câblo-opérateurs (qui sont dominants sur ce marché). En effet, au regard des prix de détail, promotions et autres avantages déduits pratiqués par les opérateurs disposant déjà d'une clientèle, ces nouveaux entrants (*stricto sensu*) devront ajuster leur politique commerciale et subir des coûts d'acquisition, sans pouvoir amortir leurs promotions sur une base de clientèle existante.

47. C'est au regard de ce déséquilibre que la CRC a jugé approprié de prévoir une phase de lancement dont le bénéfice est limité aux bénéficiaires de la régulation ne disposant d'aucune base (ou d'une base très limitée) de clientèle sur le marché du détail de la radiodiffusion télévisuelle. Cette mesure est donc clairement justifiée au regard des objectifs poursuivis par l'ouverture du câble, singulièrement le développement d'une concurrence équitable permettant à tous les opérateurs concernés de lutter à armes égales en ce qui concerne l'acquisition de nouveaux clients. Elle est de nature à permettre aux nouveaux entrants d'atteindre une taille suffisante pour commencer à bénéficier d'économies d'échelle comparables à celles dont bénéficient les entreprises régulées.

48. Sur cette base et suite à la consultation publique organisée par le CSA au sujet du projet de décision de révision des tarifs, la décision de la CRC envisage ensuite les cas spécifiques de Proximus et Mobistar qui avaient manifesté leur intérêt pour un accès aux réseaux câblés. La CRC en arrive ainsi à la décision suivante :

*« Dans le cas de **Mobistar**, il convient de tenir compte que cet opérateur ne dispose actuellement plus d'aucune base de clients TV (à l'exception d'un nombre limité de « friendly users »). La base de client TV qu'il avait pu acquérir lors d'une précédente tentative d'entrée*

² Décision de la CRC du 19 février 2016 concernant la révision des tarifs de gros pour les services d'accès aux réseaux câblés sur le territoire de la Région de langue française, p. 93.

sur le marché était restée limitée (avec un maximum de 34.000 clients fin 2011). Sa base de clientèle haut débit reste elle aussi limitée (33.000 lignes ADSL fin 2014). Pour connecter ses clients TV et Internet haut débit, Mobistar ne dispose pas de son propre réseau d'accès fixe. Mobistar possède une base de clientèle significative en téléphonie mobile, mais il convient de tenir compte de la plus grande difficulté pour un opérateur mobile d'entrer sur le marché fixe que pour un opérateur fixe d'entrer sur le marché mobile. L'évolution du marché belge a montré que les opérateurs fixes pouvaient, même en l'absence de régulation, obtenir un accès à un réseau mobile pour développer des activités de « MVNO » ou de « full MVNO ». C'est en particulier le cas de Brutélé, Nethys, Coditel et Telenet. La réciproque n'est pas vérifiée : aucun opérateur mobile n'a pu, en l'absence de régulation, obtenir l'accès aux réseaux câblés. Il est également plus difficile de s'implanter sur le marché fixe du fait de ses spécificités. Ceci peut être illustré par les problèmes liés au changement d'opérateur mis en avant dans le cadre du projet « Easy switch » »³.

Dans le cas de Mobistar, la CRC a donc également tenu compte de la plus grande difficulté pour un opérateur mobile d'entrer sur le marché fixe.

49. Il ressort de ces développements que les éléments fondamentaux motivant la décision de la CRC sont la qualité de « nouvel entrant » qui est reconnue à Mobistar, les difficultés que l'entrée implique notamment en tant qu'opérateur mobile et le fait que cette qualité de « nouvel entrant » lui est reconnue en raison de l'absence d'une base de clientèle TV.

La capacité financière de Mobistar revêt certes un poids important, mais qui reste moindre par rapport à la place occupée par l'absence d'une clientèle TV permettant d'amortir les coûts.

Applicabilité de l'article 91, § 5, du décret SMA

50. Brutélé et Nethys demandent au Collège d'autorisation et de contrôle d'appliquer l'article 91, § 5, du décret SMA. Cet article dispose :

« Dans des circonstances exceptionnelles, lorsque le Collège d'autorisation et de contrôle considère qu'il est urgent d'agir, afin de préserver la concurrence et de protéger les intérêts des utilisateurs, par dérogation à la procédure visée à l'article 94, il peut adopter immédiatement des mesures proportionnées et temporaires à tout opérateur de réseau. Le

³Ibid, p. 175.

Collège d'autorisation et de contrôle communique sans délai ces mesures, dûment motivées, à la Commission et à l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques, ci-après dénommé ORECE.

Si le Collège d'autorisation et de contrôle souhaite rendre ces mesures permanentes ou prolonger la durée initiale, la nouvelle décision devra être soumise à la procédure visée à l'article 94. »

51. Cet article n'est applicable qu'en cas d'urgence et dans des circonstances exceptionnelles. Il ne permet au demeurant que de prendre des mesures temporaires. Il doit en effet être lu en combinaison avec l'article 4, alinéa 2, 1^{re} phrase, de l'accord de coopération, selon lequel de telles mesures provisoires ne peuvent en principe avoir une durée excédant deux semaines⁴. Si la durée des mesures provisoires envisagées doit excéder ce laps de temps, elles doivent être transmises aux autres autorités de régulation belges. On peut en déduire que le caractère transitoire des mesures d'urgence est en règle limité à deux semaines, et il est douteux que ce soit l'objectif recherché par Brutélé et Nethys.

Fondement de la compétence du CSA

52. En vertu de l'article 6 de l'accord de coopération, et conformément au paragraphe 177 de la décision, le CSA est chargé de la mise en œuvre de la décision de la CRC ; il conserve dès lors le pouvoir d'apprécier le caractère raisonnable de la demande de bénéficiaire de cette mesure transitoire.

53. En effet, l'article 6 de l'accord de coopération dispose que :

« L'autorité de régulation qui avait soumis le projet de décision est responsable de l'exécution de la décision de la CRC. Cette autorité de régulation informe les autres autorités de régulation énumérées à l'article 2, 2°, du présent accord de coopération des mesures prises en exécution de la décision de la CRC. »

Le paragraphe 177 dispose que :

⁴ L'article 4, alinéa 2, de l'accord de coopération se lit comme suit : « La durée des mesures provisoires n'excède jamais deux semaines. Si une durée supérieure est nécessaire pour ces mesures, elles doivent faire l'objet d'un projet de décision et être soumises à la procédure de l'article 3. »

« Sans préjudice des éléments traités aux paragraphes 174 et 175 concernant Proximus et Mobistar, tenant compte des circonstances du marché au moment de l'adoption de la présente décision, en cas de contestation quant à l'applicabilité de la phase de lancement au profit d'un bénéficiaire de l'offre de gros, le CSA conserve le pouvoir d'apprécier le caractère raisonnable de la demande de bénéficiaire des tarifs à court terme, en fonction de la situation concrète de l'opérateur concerné. »

Il en découle qu'en vue d'exécuter la décision, le CSA conserve le pouvoir de se prononcer sur le caractère raisonnable de l'aide accordée au regard de la situation concrète des opérateurs concernés.

54. C'est dans le cadre de ces attributions que Nethys et Brutélé se sont adressées au CSA.

Analyse de la demande de Nethys et Brutélé

55. Pour rappel la décision contestée dispose :

« Sans préjudice des éléments traités aux paragraphes 174 et 175 concernant Proximus et Mobistar, tenant compte des circonstances du marché au moment de l'adoption de la présente décision, en cas de contestation quant à l'applicabilité de la phase de lancement au profit d'un bénéficiaire de l'offre de gros, le CSA conserve le pouvoir d'apprécier le caractère raisonnable de la demande de bénéficiaire des tarifs à court terme, en fonction de la situation concrète de l'opérateur concerné. »

56. Il ressort de l'expression « *tenant compte des circonstances du marché au moment de l'adoption de la présente décision* » que seuls des éléments qui n'ont pas pu être pris en compte par la CRC au moment de la décision sont de nature à amener le CSA à faire usage du pouvoir qu'il conserve « *d'apprécier le caractère raisonnable de la demande de bénéficiaire des tarifs à court terme* ».

Il en découle que seuls les éléments nouveaux peuvent être appréciés par le CSA dans le but de se prononcer sur le caractère raisonnable de la demande faite à Nethys et Brutélé.

57. Un élément nouveau doit s'entendre comme étant un élément dont la survenance est postérieure à la décision de la CRC et qui n'a par conséquent pas pu être pris en compte par cette dernière lors de son appréciation de l'octroi du bénéfice de la phase de lancement.

En effet, la décision du CSA ne peut revenir sur l'appréciation faite par la CRC des éléments qui étaient connus au moment de l'adoption de la décision, le paragraphe 177 disposant que « *Sans préjudice des éléments traités aux paragraphes 174 et 175* » et « *tenant compte des circonstances du marché au moment de l'adoption de la présente décision* ». Ce qui signifie que le CSA ne peut revenir sur des éléments déjà traités.

Par ailleurs, si le CSA avait le pouvoir de revenir sur ces éléments, cela aurait pour effet de priver d'effet utile la compétence de la CRC d'apprécier les éléments de marché. En effet, son analyse pourrait être en tout point écartée par celle du CSA. La compétence de la CRC serait alors vidée de son sens.

Au surplus, lorsque le CSA réalise son analyse, il le fait en tenant compte des critères retenus par la CRC. En effet, sa mission consiste à vérifier si, « *en fonction de la situation concrète de l'opérateur concerné* » et en « *tenant compte des circonstances du marché au moment de l'adoption* » de la décision, les mesures décrétées par la CRC continuent de se justifier. En ce sens, le CSA dispose du pouvoir de prendre des mesures concrètes sur base d'une situation concrète, mais sans revoir les critères et les principes de la décision de la CRC.

58. *In fine*, le CSA estime que le paragraphe 177 traduit concrètement l'article 6 de l'accord de coopération en vertu duquel le CSA a le pouvoir de prendre des mesures d'exécution, ces mesures consistant en l'espèce en un pouvoir d'appréciation du caractère raisonnable de la demande visant à bénéficier de la phase de lancement dans l'hypothèse de la survenance d'éléments nouveaux.

Les arguments frappés d'irrecevabilité

59. La procédure s'étant clôturée dix jours ouvrables après l'audition publique du 8 décembre 2016, les arguments avancés par Nethys et Brutélé le 24 et le 26 janvier 2017 sont irrecevables.

60. Les arguments avancés par M. Donvil sont également irrecevables : l'ancien CEO de Base, devenu directeur d'une filiale de Nethys, ne justifie pas d'un intérêt personnel distinct de celui du groupe qui l'emploie, et n'a dès lors pas été appelé à la cause par le CSA.

61. Il n'y a dès lors pas lieu de s'interroger quant à leur caractère « nouveau ».

Les arguments qui ne constituent pas des éléments nouveaux

62. Devant le CSA, Nethys et Brutélé soutiennent que la décision de la CRC revient à leur faire supporter les coûts de contenu auxquels doit faire face la société Orange Belgium.

La présence de coûts de contenu ne constitue pas un élément nouveau. Ces coûts ont d'ailleurs été pris en compte dans la décision de la CRC aux paragraphes 193 à 196.

63. Le CSA est d'avis que la reprise de Base par Telenet ne remet pas en cause la situation concrète de la base de clients TV de l'opérateur Orange Belgium.

Au surplus, l'acquisition a été notifiée et rendue publique avant l'adoption de la décision de la CRC, et a, en outre, fait l'objet, le 4 février 2016, soit avant la décision de la CRC, d'une enquête approfondie de la part de la Commission européenne sous l'angle des règles applicables aux concentrations.

La CRC a donc pu valablement prendre connaissance de ces éléments lors de l'adoption de la décision.

64. Certes, si les cartes de l'IBPT concernant la couverture Internet entre la Wallonie et la Flandre ont été publiées le 25 avril 2016, le CSA rappelle que les données qui s'y trouvent étaient connues de la CRC au moment de l'arrêt de la décision. La question de la nécessité d'investissements en Wallonie a été étudiée par la CRC aux paragraphes 261 et 262 de sa décision.

La capacité d'investissement de Nethys et Brutélé n'est donc pas pertinente à la cause. Par ailleurs, Orange participe aux investissements nécessaires car le coût de ces investissements a déjà été pris en compte dans le tarif de gros préférentiel.

65. Les observations de la Commission, datant du 5 février, étaient connues et ont été prises en compte par la CRC, qui y a consacré 6 pages de la décision contestée en répondant expressément aux différents éléments et suggestions formulés par la Commission ; dès lors le CSA considère que Nethys et Brutélé ne sauraient les invoquer à leur cause.

66. Aux yeux du CSA, la nécessité, pour les opérateurs Nethys et Brutélé de concurrencer Proximus, ne constitue pas un élément nouveau.

Bien que les projets de Proximus puissent se présenter comme un élément nouveau, la nécessité pour Nethys et Brutélé de concurrencer l'opérateur concurrent était connue de la CRC. C'est en effet une donnée qui appartient à la conjoncture du marché et qui a été prise en compte au moment de la rédaction de la décision. La croissance de Proximus ne constitue pas plus un élément pertinent. Le CSA ne peut donc intervenir à ces égards.

67. Les tarifs de gros hors phase de lancement et leur incidence possible sur le marché étaient connus de la CRC dès lors qu'ils font l'objet de la décision du 19 février 2016. Il en ressort qu'il ne s'agit pas ici d'un élément nouveau que Nethys et Brutélé peuvent invoquer ici.

68. Enfin, et sans même revenir sur leur caractère tardif et non impartial, il convient de constater à propos des déclarations du CEO sortant de Base qui soutient que la place de la téléphonie mobile ne peut que croître au cours des prochaines années et que la décision de la CRC pourrait engendrer des difficultés pour Nethys et Brutélé pour l'avenir que la CRC avait déjà répondu à cet argument : « l'existence d'un réseau de distribution orienté vers les services mobiles ne suffit pas pour compenser le désavantage d'un nouvel entrant et assurer sa percée sur le marché » (paragraphe § 285 de la décision).

Il ne s'agit donc pas d'un élément nouveau permettant l'application du paragraphe 177 de la décision.

Les éléments qui constituent des éléments nouveaux

69. Le CSA a analysé les arguments avancés par Orange, Nethys et Brutélé. Il en est ressorti ce qui suit.

70. Si le passage de Mobistar à la marque et dénomination « Orange », constitue certes un élément nouveau, il ressort de l'analyse du CSA qu'il ne permet pas de revenir sur l'appréciation faite par la CRC.

En effet, la modification de logo du 22 avril 2016 ne change pas la situation concrète de Mobistar car elle n'emporte pas de conséquences structurelles sur le marché au sens où elle n'est pas assortie de mouvements capitalistiques. Elle ne modifie donc pas la capacité à soutenir des investissements pour rejoindre le marché de la téléphonie fixe.

Au contraire, le changement de logo demande des investissements afin de permettre aux consommateurs de reconnaître la société Mobistar. A court terme, c'est donc un coût

supplémentaire auquel Mobistar s'est engagé. D'éventuelles économies d'échelles ne pourront ainsi avoir d'effet que sur le long terme et après que l'information soit parvenue aux consommateurs.

71. Concernant l'offre commerciale lancée par Mobistar au 1^{er} mars 2016, offre qualifiée d'« avantageuse » par Nethys et Brutélé, le CSA estime qu'elle ne constitue pas une démonstration de la puissance d'Orange, mais bien une conséquence de la mise en œuvre de la phase de lancement qui permet à Mobistar de lancer une offre concurrentielle sur le marché.

Les coûts d'installation supportés par les nouveaux clients de Mobistar sont le fruit du refus de collaboration de Nethys et Brutélé et non d'une politique discriminatoire cherchant à les affaiblir.

72. Concernant l'annonce du lancement du projet « Orange Bank », le CSA considère que cette donnée n'est pas pertinente pour démontrer la capacité de la société Orange à se lancer sur le marché de la téléphonie fixe.

En effet, ce projet ne modifie nullement le positionnement d'Orange en tant que nouvel entrant sur le marché, son absence de toute clientèle en télévision, ni sa capacité à faire face aux coûts d'investissement nécessaires.

Par ailleurs, la capacité financière d'Orange a été analysée par la CRC et il n'est pas démontré qu'elle ait été sensiblement modifiée depuis la décision du 19 février 2016.

73. Il en va de même pour les arguments tenant à la capacité financière d'Orange. D'abord, en ce que la capacité financière de l'opérateur n'est pas un élément postérieur à la décision de la CRC, et ensuite en ce qu'elle est sans commune mesure avec les barrières à l'entrée sur le marché de la téléphonie fixe.

74. Selon le CSA, les déclarations d'Orange au sujet de sa capacité financière ne modifient en rien sa qualité de « nouvel entrant » au regard des critères retenus dans la décision de la CRC.

Au surplus, si Orange peut se permettre une vision à long terme telle que celle qui est préconisée dans ses déclarations, c'est parce qu'elle bénéficie aujourd'hui d'une phase de lancement qui lui permet de ne pas être étouffée par ses investissements et de bénéficier donc de ressources financières suffisantes.

75. S'agissant de la perte de parts de marché qui serait enregistrée par Nethys et Brutélé depuis le 1^{er} trimestre de 2016, le CSA considère que cette donnée n'est pas de nature à remettre en cause la décision de la CRC, d'abord en ce que c'est la situation concrète de l'opérateur concerné dont il faut tenir compte et non de celle de Nethys et Brutélé, et, par ailleurs, en ce qu'il n'existe pas de lien de causalité entre la chute des parts de marché de Brutélé et de Nethys et l'arrivée de l'opérateur Orange sur le marché.

En effet, une perte de parts de marché à elle seule n'est pas un élément permettant d'établir que la phase de lancement accordée à Orange est déraisonnable.

76. Le CSA estime que, si les déclarations du CEO de Proximus constituent un élément nouveau, elles ne sont pas, en revanche, un élément de nature à remettre en cause la décision adoptée par la CRC.

En effet, Proximus étant un concurrent direct de la société Orange Belgium, son point de vue ne saurait être que critique au sujet des aides accordées à la compagnie Orange.

77. La place du mobile et la convergence du marché décrites notamment dans l'étude de l'IBPT de juin 2016 ne modifient nullement la situation concrète de Mobistar telle qu'analysée par la CRC. La CRC a pu valablement se prononcer en tenant compte de l'évolution du marché sur base des éléments connus au moment de la décision. Ces données, bien que nouvelles, ne modifient pas substantiellement les éléments pris en compte et connus de la CRC.

Conclusion

78. Il découle de l'analyse des éléments rapportés que la configuration du marché n'est pas substantiellement différente par rapport à la situation observée au moment de la décision de la CRC : il ne s'agit donc pas d'un élément nouveau sur base duquel le CSA pourrait, dans le cadre de sa compétence d'exécution, constater un effet anticoncurrentiel. Par ailleurs, le CSA remarque que Nethys et Brutélé disposent d'un pouvoir important au sein du marché.

79. Les mesures demandées par Nethys et Brutélé remettraient en cause l'équilibre de la décision de la CRC du 19 février 2016.

80. Il en ressort qu'en l'absence d'éléments nouveaux et pertinents permettant au CSA remettre en cause la qualité de « nouvel entrant » détenue par Mobistar, le CSA ne peut adopter les mesures demandées par Nethys et Brutélé.

81. Le CSA rejette dès lors la demande de Nethys et Brutélé.

Fait à Bruxelles, le 07 septembre 2017.

