

Note d'observations

L'ordonnance Actua TV contre Belgacom TV, ou l'art de la définition stratégique du marché pertinent

Le président du tribunal de commerce de Bruxelles (ci-après, «le président») vient de rendre une troublante ordonnance, qui fait fi de développements jurisprudentiels et réglementaires importants, pour y substituer une application discutable du droit de la concurrence.

Actua TV, un éditeur de programmes d'informations parlementaires, cherchait à obtenir du président, par la voie du référé, que Belgacom TV reprenne ses contenus sur son infrastructure de télédiffusion par xDSL¹. La demande faisait suite à trois années de négociations infructueuses entre Actua TV et Belgacom TV. En droit, Actua TV alléguait que Belgacom TV, l'opérateur dominant sur le marché de la fourniture d'accès à une plateforme de télédiffusion via xDSL, s'était rendue coupable d'un abus illégal en refusant d'apporter une réponse concrète et motivée à ses sollicitations.

L'ordonnance repousse en l'espèce la demande pour absence d'urgence. Elle se fonde à cette fin sur des considérations essentiellement factuelles. Actua TV s'est contentée de prétendre, vaguement, que l'absence de reprise sur le réseau de Belgacom TV la privait de soutiens financiers, sans davantage préciser son préjudice. Qui plus est, le président juge que, si les négociations entre les parties durent depuis trois ans, l'urgence est imputable à Actua TV².

Mais là n'est pas le plus important. Dans son ordonnance, le président se livre également à une discussion des arguments de droit de la concurrence soulevés par la requérante. Se contentant de disqualifier de façon lapidaire l'existence d'une position dominante, le président évacue sans plus de considération l'épineuse question de l'abus pour refus de contracter (l'existence même d'un tel refus était contestée par Belgacom TV). À défaut d'apparence de droit, le juge rejette logiquement la demande d'Actua TV.

La présente note entend revenir sur les conclusions, déconcertantes, de l'ordonnance sur la question de l'abus de position dominante au sens de l'article 3 de la loi sur la protection de la concurrence économique coordonnée le 15 septembre 2006 («L.P.C.E.») et de l'article 82 du Traité CE («T.C.E.»). Qu'il s'agisse du premier élément constitutif d'une infraction aux articles 3 de la L.P.C.E. et 82 du T.C.E., à savoir la position dominante, ou de son second élément constitutif, à savoir le comportement abusif, l'affaire paraissait constituer un candidat objectivement sérieux à la mobilisation du droit de la concurrence. Or, comme nous allons le voir, l'analyse techniquement difficile de l'abus de position dominante (II), se trouve escamotée au moyen d'une délimitation particulièrement généreuse – et, le cas échéant, douteuse – du marché pertinent (I).

Avant toutefois de s'intéresser à cette problématique, il nous faut rencontrer une objection de nature méthodologique. On pourrait nous opposer que les formes du référé se prêtent mal à de longues discussions de fond et que, partant, le refus du président de procéder à une analyse approfondie de l'abus de position dominante est entièrement justifié. Nous nous contenterons d'observer que la retenue du président est aux antipodes des pratiques juridictionnelles contemporaines. Le juge communautaire, pour ne parler que de lui, n'hésite pas à examiner de près les demandes de mesures provi-

soires qui lui sont soumises sur le fondement du droit de la concurrence³.

I. LA DÉLIMITATION «STRATÉGIQUE» DU MARCHÉ RETENUE PAR L'ORDONNANCE

A. Position du problème

Comme chacun le sait, la preuve d'une infraction aux articles 3 de la L.P.C.E. et 82 du T.C.E. repose, en premier ordre, sur la démonstration d'une position dominante. Alors seulement est-il possible d'interdire à l'entreprise dominante de se livrer à certains comportements commerciaux (jugés abusifs).

En droit belge comme en droit communautaire de la concurrence, la position économique d'une entreprise, et le cas échéant son éventuelle position dominante, ne s'apprécient pas sur le marché *in abstracto*. Toute entreprise opère sur un marché, *in concreto*, constitué d'un ensemble de produits/services susceptibles de satisfaire des besoins «types» constants de clients et consommateurs.

En délimitant préalablement ce marché – le «marché pertinent» comme on le qualifie en pratique – sur lequel l'entreprise suspectée de comportement abusif opère, on se trouve alors en mesure d'apprécier l'importance (ou l'absence) des contraintes concurrentielles pesant sur celle-ci⁴. Plus prosaïquement, il

devient possible d'identifier les concurrents de l'entreprise en cause⁵.

À cette fin, on admet en principe qu'il faut mesurer quantitativement «l'élasticité croisée de la demande»: il s'agit, en deux mots, d'examiner si, en cas de hausse constante et significative du prix du service en cause (5-10%), un client type est conduit à reporter ses commandes sur d'autres services. En pareil cas, ces services sont réputés «substituables» au service fourni par l'entreprise dominante. Ils appartiennent donc au même marché pertinent. Dans la pratique, néanmoins, les autorités et juridictions délaissent parfois l'analyse quantitative au profit d'une analyse qualitative de la substituabilité, centrée sur l'examen des caractéristiques communes (ou non) des services en cause⁶.

Étape initiale de l'analyse concurrentielle, la délimitation du marché pertinent conditionne souvent le sort final d'une affaire. Si jusqu'à présent, c'est la propension des autorités de concurrence à privilégier des définitions étroites de marché pour exposer clairement la position dominante (et partant, caractériser une infraction) qui a été critiquée⁷, nous verrons dans les propos qui suivent qu'une approche inverse consistant à définir largement

cause ou de les empêcher d'agir indépendamment des pressions qu'exerce une concurrence effective. C'est dans cette optique que la définition du marché permet entre autre de calculer les parts de marché, qui apportent des informations utiles concernant le pouvoir de marché pour l'appréciation d'une position dominante [...].

⁵ Ou, plus précisément, les produits ou services concurrents de l'entreprise en cause.

⁶ Comme la Cour de justice des Communautés européennes («la C.J.C.E.») l'a indiqué dans l'affaire *Michelin I*, des services substituables sont «l'ensemble des [services] qui, en fonction de leurs caractéristiques, sont particulièrement aptes à satisfaire des besoins constants et sont peu interchangeables avec d'autres [services] (nous soulignons)». Voir C.J.C.E., 9 novembre 1983, n.v. *Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Commission*, 322/81, *Rec.*, 1983 p. 3461, § 37. Confirmé in communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *supra*.

⁷ Voy. notamment, G. MOWN, *EC Competition Law – Law in Context*, Cambridge University Press, 2007, pp.141-143, qui évoque des problèmes de délimitation stratégique du marché pertinent.

¹ C'est-à-dire une plate-forme de services de communications par internet à grande vitesse.

² Actua TV a introduit son action dix jours avant la tenue des élections fédérales. Elle cherchait à établir l'urgence en se prévalant de l'importance de cet événement pour une chaîne parlementaire. Le président constate qu'au cours des négociations, Actua TV est parfois restée inactive pendant près de neuf mois. Or, en attendant la veille des élections pour revendiquer un droit d'accès auprès de Belgacom TV, Actua TV a créé l'urgence.

³ L'affaire *IMS Health*, un classique de la jurisprudence relative aux refus de fourniture, en est la meilleure preuve. Voy. T.P.I.C.E., T-184/01 R, *IMS Health c. Commission*, ordonnance du 26 octobre 2001, *Rec.*, 2001, p. II-2349. Voy. également, au sujet de mesures provisoires en matière de refus de fourniture, décision de la Commission du 21 décembre 1993, IV/34.689, *Sea Containers c. Stena Sealink – Mesures provisoires*, J.O.C.E. L 15 du 18 janvier 1994, pp. 8-19.

⁴ Voy. communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, J.O.C.E. C 372 du 9 décembre 1997, p. 5. Comme l'a bien résumé la Commission: «La définition du marché permet de déterminer le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises. [...] Son objet principal est de cerner de manière systématique les contraintes que la concurrence fait peser sur les entreprises en cause. La définition d'un marché, tant au niveau des produits que de sa dimension géographique, doit permettre de déterminer s'il existe des concurrents réels, capables de peser sur le comportement des entreprises en

le marché offre une voie commode, aux juridictions, pour se débarrasser de demandes complexes.

B. La douteuse délimitation du marché pertinent retenue par l'ordonnance

1. L'ordonnance

Il faut lire l'ordonnance entre les lignes pour décrypter la définition de marché – générale – atteinte par le président. On comprend alors que la plate-forme de Belgacom TV serait « substituable tant pour les abonnés que pour les éditeurs de service » à d'autres plates-formes de télédiffusion. Le marché pertinent comprendrait donc non seulement la télédiffusion par xDSL, mais aussi l'ensemble des autres modes de télédiffusion, comme par exemple le câble, le satellite ou la télévision hertzienne. *In fine*, l'ordonnance retient une définition particulièrement abstraite : le « marché des différentes plates-formes de distribution de programmes ».

Pour atteindre cette conclusion, le juge paraît ancrer son raisonnement dans les activités aval de Belgacom TV, qui pourtant n'étaient nullement en cause dans l'affaire : puisque, pour les consommateurs au « détail », les services de télévision par xDSL seraient substituables aux services prestés par d'autres plates-formes (câble, satellite, etc.), Belgacom TV, lorsqu'elle offre en amont aux éditeurs une reprise de leurs contenus sur sa plate-forme, serait active sur le marché général de la fourniture d'accès aux plates-formes de radiodiffusion télévisuelle (et non, comme paraissait le prétendre Actua TV, sur le marché plus étroit de la fourniture d'accès à une plate-forme de télédiffusion par xDSL). Les références éparpillées aux « abonnés » ou aux « téléspectateurs » donnent à penser que c'est bien cette méthodologie, qualifiée en pratique d'« approche par la demande dérivée », que le président applique à l'espèce.

Le recours à cette méthodologie n'est pas surprenant. On lit parfois en doctrine que pour correctement délimiter les frontières d'un marché amont, il faut d'abord délimiter les frontières du marché aval, car la demande sur le marché de gros serait toujours dérivée de la demande du consommateur sur le marché de détail⁸.

C'est en faisant, apparemment, application de cette méthodologie que l'ordonnance conclut que Belgacom TV opère sur le marché général de la fourniture d'accès aux plates-formes de radiodiffusion télévisuelle.

Plutôt qu'appliquer pareille méthodologie⁹, le président aurait été plus avisé d'employer le test formulé par la Commission européenne (la « Commission ») dans ses lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché¹⁰. La Commission y indique que la « question de savoir si le marché des infrastructures de réseau doit être divisé en autant de sous-marchés distincts qu'il existe de catégories d'infrastructures dépend clairement du degré de substituable existant entre ces réseaux (alternatifs) »¹¹. Elle précise, et cela est important, qu'« il est nécessaire de tenir compte de la catégorie d'utilisateurs à laquelle l'accès au réseau est fourni » et qu'il convient, à cet égard, « de distinguer la fourniture d'infrastructures à

⁸ The issue of wholesale broadband access », *Telecommunications Policy*, vol. 31, issue 5 (June 2007), p. 251. Plutôt que de prendre en compte les caractéristiques de la demande sur le marché de gros, on prend donc en compte les caractéristiques de la demande sur le marché de détail.

⁹ À notre estime, l'ordonnance fait une erreur flagrante de perspective en s'appuyant sur l'approche par la demande dérivée. Pour bien le comprendre, il faut rappeler qu'était ici en cause la position de marché de Belgacom TV, un opérateur intermédiaire, en qualité d'offreur, et non celle d'Actua TV. En l'espèce, délimiter le marché pertinent de services sur lequel Belgacom TV opérait, revenait à identifier l'ensemble des services constituant, aux yeux des clients, les fournisseurs de contenu, des alternatives – on parle usuellement de « substituts » – à son service de télédiffusion numérique via xDSL. Le juge aurait donc dû ici s'interroger si les services de télédiffusion par câble ou par satellite constituent, pour des éditeurs de contenu comme Actua TV, des alternatives à la plate-forme de télédiffusion via xDSL de Belgacom TV. L'approche par la demande dérivée a pour unique objet d'identifier le marché sur lequel un fournisseur de produits/services en amont est actif. Or, ce n'était pas la position de marché d'Actua TV, fournisseur de contenu en amont, qui était ici en question.

¹⁰ Voy. lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, *J.O.C.E.* C 165 du 11 juillet 2002, p. 6.

¹¹ *Idem*.

⁸ Voy. S. BISHOP et M. WALKER, *Economics of EC Competition Law – Concepts, application and measurement*, Sweet & Maxwell, London, 1999. Voy. aussi, A. SCHWARZ, « Wholesale market definition in telecommunications :

d'autres opérateurs (marché de gros) de la fourniture d'infrastructures aux utilisateurs finaux (marché du détail) ». En somme, le président aurait dû concentrer son examen du marché pertinent sur les fournisseurs de contenu, comme Actua TV, et non y mêler, de façon confondante, les utilisateurs finaux.

2. Critique

Ce qui paraît ici choquant, c'est que l'ordonnance se désintéresse totalement des réalités économiques du secteur en cause (2.1). Qui plus est, elle méconnaît les conclusions récemment atteintes par les autorités belges de régulation (2.2).

2.1. L'absence de prise en compte des réalités économiques du secteur

En l'espèce, le juge était interrogé sur la position de marché de Belgacom TV en tant que fournisseur d'accès à des services de télédiffusion pour éditeurs/agrégateurs de contenu. Au regard des caractéristiques économiques du secteur, de bonnes raisons donnent à penser que la fourniture d'accès à des services de télédiffusion via xDSL est un marché pertinent à lui seul, distinct (car, aux yeux des fournisseurs de contenu, non substituable) de la fourniture d'accès à des services de télédiffusion par câble ou par satellite.

Dire, comme le fait l'ordonnance, que Belgacom TV constitue « une alternative » à « l'offre ... des câblo-distributeur » (et donc un substitut) pour les fournisseurs de contenu nous semble sujet aux plus sérieuses réserves : à de rares exceptions, pour un éditeur/agrégateur de contenu, les autres modes de télédiffusion que sont le câble ou le satellite ne constituent pas des « substituts » à la télédiffusion via xDSL au sens du droit de la concurrence, mais des services complémentaires (dans la langue de l'économiste, on parlerait de « compléments stratégiques »). Il faut bien comprendre que tout éditeur de contenu cherche en effet à atteindre l'ensemble des téléspectateurs potentiellement intéressés par ses programmes¹². Or, puisque les téléspectateurs (i) ne souscrivent généra-

lement qu'à un seul type de plate-forme de télédiffusion et (ii) ne suivent pas un fournisseur de contenu qui changerait de plate-forme (de l'xDSL vers le câble, par exemple), les éditeurs/agrégateurs doivent faire distribuer leurs programmes par chacune des plates-formes disponibles (xDSL, câble, satellite, etc.), sans qu'aucune ne soit substitué de l'autre. En Belgique, d'ailleurs, les chaînes de télévision distribuées par les opérateurs de réseaux câblés, comme BeTV, ont encore récemment discuté avec Belgacom TV d'une reprise de leur contenu sur la plate-forme de cette dernière¹³.

Pour s'en convaincre, une brève illustration tirée d'un autre secteur économique est peut-être utile : les producteurs/fournisseurs de biens culturels de grande consommation (par exemple, les livres ou les disques) écoulent leurs produits sur le marché en s'adressant – comme les éditeurs de programmes télévisuels – à chacun des canaux de distribution au détail – comme les opérateurs de réseaux détenant des plates-formes de télédiffusion – qui ne constituent pas, selon eux, des substituts : revente dans de petits points de vente spécialisés (librairies, disquaires, etc.), revente par des grands distributeurs généralistes (supermarchés, etc.), revente par de grands distributeurs spécialistes (enseignes type F.N.A.C., etc.), revente dans d'autres types de points de vente (stations-service, internet, etc.), etc. Tout comme les plates-formes de télédiffusion, chacun de ces canaux de distribution permet aux éditeurs d'ouvrages d'atteindre des consommateurs finaux distincts, et constitue dès lors un marché pertinent. Si, comme le dit l'ordonnance, « il n'existe pas de contrainte réglementaire ou technique limitant la liberté des fournisseurs de contenu de s'adresser à l'un ou à l'autre ou à l'ensemble des distributeurs de programmes télévisuels », il y a bien une contrainte économique, pesant sur les éditeurs/agrégateurs, de s'adresser à chacune des plates-formes de télédiffusion¹⁴.

tend to consider cable, xDSL and DTH as complementary rather than substitutes ».

¹² Voy. notamment, P.-F. LOVENS, « BeTV négocie tous azimuts », *La Libre*, 16 février 2008.

¹³ À de rares exceptions près, notamment en cas de contenu « premium » (droits de retransmission d'événements sportifs, par exemple). La nature particulière du contenu « premium » a toutefois été contestée. Même en la matière, l'exclusivité ne serait pas impé-

¹⁴ Cela a été explicitement reconnu par la Commission européenne. Voy. décision de la Commission du 26 février 2007, *LGI/Telenet*, COMP/M.4521, § 29 : « TV channels and content providers have an interest in reaching a maximum diffusion of their TV services to viewers across the available platforms, therefore they

En conséquence, le service d'accès à une plate-forme de télédiffusion via xDSL que propose Belgacom TV, ne paraît pas substituable à l'accès à une plate-forme de télédiffusion par câble ou satellite. Le service de Belgacom TV ne permet pas en effet, à un éditeur de contenu, d'atteindre des téléspectateurs non servis par les offres câbles ou satellites du Royaume. En somme, une définition plus étroite du marché pertinent aurait dû, à notre estime, prévaloir en l'espèce.

2.2. La méconnaissance des conclusions atteintes par les autorités réglementaires

Si les juridictions ordinaires ne sont pas tenues d'observer à la lettre les orientations formulées par des autorités administratives, il aurait sans doute été utile que le président s'intéresse aux conclusions atteintes sur la question du marché pertinent par les organes spécialisés que sont le Conseil supérieur de l'audiovisuel (« C.S.A. ») (a) et la Commission (b).

a) Les conclusions du C.S.A. (et plus récemment de l'I.B.P.T.)

Appelées, en vertu des obligations découlant du droit communautaire, à se prononcer sur la dimension exacte du segment de gros des « services de radiodiffusion destinés à livrer un contenu radiodiffusé aux utilisateurs finaux » (souvent qualifié par les spécialistes de « marché 18 »)¹⁵, les autorités réglementaires nationales

rieuse. Voy. D. GERARDIN, « Access to Content by New Media Platforms: A Review of the Competition Law Problems », (2005) 30, *European Law Review*, 68.

¹⁵ La politique de libéralisation (entendre d'ouverture à la concurrence) des communications électroniques poursuivie par la Commission depuis une dizaine d'années s'est traduite par l'instauration d'un dispositif complexe de réglementation *ex ante*. Des autorités réglementaires nationales sont appelées, sous le contrôle de la Commission, (i) à périodiquement délimiter les marchés pertinents; (ii) à identifier les opérateurs puissants sur ces marchés (« SMP »); et (iii) à leur imposer de lourdes obligations comportementales. La plus typique de ces obligations est bien évidemment l'obligation d'accès, qui impose aux détenteurs d'infrastructures – bien souvent, un opérateur historique détenant un réseau de télécommunications – d'ouvrir leur réseau aux opérateurs sans infrastructure souhaitant prester des services (téléphonie fixe, Internet à haut débit, etc.) vers le consommateur final. En application des principes de droit commun de la concurrence, l'identification d'opérateur(s) puissant(s) sur le

belges ont atteint une conclusion incompatible avec l'ordonnance susvisée.

Dans un projet de décision du 17 janvier 2007¹⁶, le C.S.A. a tout d'abord estimé qu'un fournisseur de contenu qui agrège les programmes d'autres éditeurs¹⁷:

« qui renoncerait au câble coaxial pour se tourner uniquement vers la plate-forme xDSL ne s'adresserait plus au même nombre de téléspectateurs, voire au même public que celui pour lequel son offre de contenus a été conçue, ce dernier aspect étant également valable dans le sens inverse, c'est-à-dire de la télévision via xDSL vers la télédiffusion classique »¹⁸.

marché passe d'abord par le recensement et la délimitation d'un marché pertinent puis par l'évaluation du pouvoir de marché des entreprises actives sur ce marché. Les autorités doivent à cet égard partir des marchés identifiés par la Commission dans ses recommandations sur les marchés pertinents de 2003 et 2007.

¹⁶ Voy. C.S.A., projet de décision relative au marché de gros de la livraison audiovisuelle en ligne par xDSL sur paire de cuivre de couverture régionale, 17 janvier 2007. À toutes fins utiles, nous rappelons que le C.S.A. était chargé de l'analyse des réseaux de radiodiffusion et, en particulier, du « marché 18 » (marché des services de radiodiffusion destinés à livrer un contenu radiodiffusé aux utilisateurs finaux), tel que décrit dans le cadre communautaire sur les communications électroniques. Le C.S.A. a procédé à cette analyse en 2006 et a finalisé ses projets de décision début 2007. En annulant les dispositions du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion relatives aux analyses de marché, la Cour d'arbitrage a toutefois mis fin à la compétence légale du C.S.A. pour clore le processus d'analyse du « marché 18 » et adopter formellement les projets de décision. Voy. arrêt de la Cour d'arbitrage n° 163/2006 du 8 novembre 2006 – arrêt portant notamment annulation des articles 90 à 98 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion. Le C.S.A. a donc dû retirer, le 18 avril 2007, les projets de décision notifiés à la Commission européenne. Voy. case BE/2007/0578: « Broadcasting transmission services, Notice of Withdrawal of a Notified Draft Measure Under Article 7 of Directive 2002/21/EC » disponible sur http://www.csa.be/system/document_consultation/nonv42/COM_20070418_notice_withdrawal_BE20070578.pdf.

¹⁷ Le C.S.A. qualifie les agrégateurs de contenu de « distributeurs ».

¹⁸ Voy. C.S.A., Projet de décision, *supra*, p. 57.

Le C.S.A. en a déduit qu'existait un « marché de gros de l'accès aux infrastructures de réseau servant à la livraison de services de contenu audiovisuel sur la plate-forme xDSL sur paire de cuivre », distinct des plates-formes hertzienne, d'une part, et de câble coaxial, d'autre part¹⁹. Chargée de contrôler le sérieux des analyses du C.S.A., la Commission a sur ce point validé l'analyse du régulateur²⁰.

Plus récemment, l'institut belge des postes et télécommunications (« I.B.P.T. ») s'est aussi intéressé au segment de gros des « services de radiodiffusion destinés à livrer un contenu radiodiffusé aux utilisateurs finaux » en région de Bruxelles-Capitale²¹. Sans surprise, l'I.B.P.T. a rejoint l'analyse du C.S.A. en déclarant que les « services de gros de radiodiffusion par voie de réseau bifilaire (ceux fournis par Belgacom TV) forment un marché distinct »²².

Il est enfin intéressant de noter que le C.S.A. et l'I.B.P.T. se sont tous deux prononcés sur la substituable, au détail, de la télédiffusion classique et de la télévision par xDSL. À cet égard, les deux autorités considèrent que la plate-forme de Belgacom TV n'est pas substituable, aux yeux de l'utilisateur final, à d'autres

¹⁹ Voy. C.S.A., Projet de décision, *supra*, p. 62. Le C.S.A. (et la Commission, voy. *infra*) parlent également du « marché de « gros » de la télévision via xDSL sur paire de cuivre ».

²⁰ La Commission a certes émis des doutes sérieux sur les conclusions du C.S.A. au regard d'autres problématiques (marché géographique trop étroitement défini), mais n'a pas remis en cause ses conclusions relatives à la définition des marchés pertinents de services. Voy. décision de la Commission, cas BE/2007/0578: « Services de diffusion audiovisuelle – Ouverture d'une seconde phase d'enquête conformément à l'article 7, § 4, de la directive 2002/21/CE ».

²¹ Voy. I.B.P.T., projet de décision du Conseil de l'I.B.P.T. du 17 janvier 2008 relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour le Marché 18, « Services de radiodiffusion destinés à livrer un contenu radiodiffusé aux utilisateurs finaux sur la région bilingue de Bruxelles-Capitale », disponible sur http://www.lbpt.be/fr/607/ShowDoc/2637/Radiodiffusion/Consultation_du_17_janvier_2008_concernant_le_proj.asp. Notons toutefois, qu'il aurait été impossible que l'ordonnance du président tienne compte de ce document, adopté début 2008.

²² *Idem*, aux §§ 191 et s.

plates-formes comme le câble, par exemple²³. Toute critiquable qu'elle soit, l'application de l'approche par la demande dérivée dont nous parlions précédemment, aurait donc aussi dû conduire le Juge à segmenter le marché par plate-forme, et conclure à l'existence d'un marché des services d'accès à la télédiffusion par xDSL, plus étroit que le marché général « des différentes plates-formes de distribution de programmes » retenu dans l'ordonnance.

b) La jurisprudence administrative de la Commission

Si l'on élargit la focale à la jurisprudence administrative de la Commission dans le domaine du droit commun de la concurrence, la conclusion atteinte par l'ordonnance ne laisse pas de surprendre. Tout d'abord, la Commission admet, dans sa pratique décisionnelle, une segmentation des marchés pertinents en fonction des caractéristiques des plates-formes de télédiffusion. Ainsi expliquait-elle, par exemple, dans sa décision *Nordic Satellite Distribution*, que:

« [D]istribution of TV signals via satellite is a market distinct from TV distribution by terrestrial links, since considerable differences exist between the two modes of distribution both technically and financially »²⁴.

En outre, la Commission a récemment semblé souscrire à l'idée que les plates-formes câbles, satellites et xDSL constitueraient des « compléments », et non des

²³ Voy. C.S.A., projet de décision, *supra*, p. 49: « la télévision sur câble coaxial et la télévision via xDSL sur paire de cuivre ne sont pas substituables sur le marché de détail » (mentionnant un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles atteignant la même conclusion). Voy. aussi, I.B.P.T., projet de décision, *supra*, §§ 160 et s.: « une augmentation significative et durable du prix d'un de ces services entraînerait vraisemblablement la mutation d'un certain nombre d'utilisateurs vers un autre service mais impliquerait des investissements relativement significatifs puisqu'il faut investir dans un décodeur pour accéder aux services de Belgacom TV et le raccordement de la mise en marche d'un câble comportent aussi des frais »; « En conclusion, l'I.B.P.T. estime que le marché de détail de la télévision par câble et de la télévision par xDSL n'appartiennent pas *a priori* au même marché de produits en raison des différents contenus et des *switching costs* significatifs pour l'utilisateur ».

²⁴ Voy. décision de la Commission du 19 juillet 1995, *Nordic Satellite Distribution*, COMP/M/490, § 53.

« substitués » au sens du droit de la concurrence. Dans sa décision *LGI/Telenet* du 26 février 2007, elle déclarait ainsi que :

« The market investigation provided indications that TV channels and content providers have an interest in reaching a maximum diffusion of their TV services to viewers across the available platforms, therefore they tend to consider cable, xDSL and DTH as complementary rather than substitutes (nous soulignons) »²⁵.

Au vu de la pratique des autorités communautaires et nationales (cette délimitation des marchés est en effet retenue par la majorité des autorités réglementaires d'autres États membres)²⁶, il aurait été plus rigoureux de délimiter les marchés pertinents au regard des spécificités des canaux de distribution et, le cas échéant, de conclure à l'existence d'un marché de la fourniture d'accès à une plate-forme de télédiffusion via xDSL. C'est, malheureusement, une autre méthode qu'a suivi le juge en référé. Comme nous allons le voir, au terme d'une définition si généreuse du marché pertinent, les questions économiquement difficiles (relatives au pouvoir de marché de Belgacom TV et à la matérialité d'un comportement abusif) se trouvaient, de facto, évacuées.

II. L'ESCAMOTAGE DE L'ABUS DE POSITION DOMINANTE

A. La mesure « biaisée » de la position de marché de Belgacom TV

Intéressons-nous maintenant aux conséquences de l'analyse qui précède. Ayant délimité le marché perti-

nent, le président s'intéresse en toute logique à la position de Belgacom TV sur le marché en cause. S'appuyant sur les données contenues dans la décision de la Commission du 26 février 2007 (dont la référence n'est au demeurant pas indiquée)²⁷, le président indique que la part de marché de 2,5% de Belgacom TV – calculée en septembre 2006 (I) – ne permet pas de considérer qu'elle détient une position dominante. Des opérateurs comme Telenet ou Interkabel contrôlaient respectivement 37,7% et 18,7% du marché. En réalité, Belgacom TV serait un « nouvel entrant » sur un marché « dominé » par la câblodistribution. Du reste, le nombre limité d'abonnements souscrits auprès de Belgacom TV par des consommateurs finaux confirmerait cette analyse. Au total, Belgacom TV ne « paraît [...] pas avoir une position dominante sur le marché des différentes plate-formes de distribution de programmes ».

Pour mesurer toutes les implications pratiques de la définition généreuse du marché pertinent retenue par l'ordonnance, il faut mettre ses constatations en perspective avec celles qui auraient résulté d'une segmentation du marché par plate-forme de télédistribution. Le juge aurait alors été contraint de constater que Belgacom TV, le seul opérateur de transmission télévisuelle via xDSL du Royaume, détenait sur le marché belge de la fourniture d'accès à une plate-forme de télédiffusion via xDSL une part de marché de 100%²⁸. Jouissant d'un monopole de fait, Belgacom TV se trouvait en principe en position dominante au sens des articles 3 de la L.P.C.E. et 82 du T.C.E.²⁹. Qui plus est, Belgacom TV

semble également posséder les attributs structurels bien connus de l'entreprise en position dominante, tels que codifiés dans les lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché³⁰, et soulignés par l'I.B.P.T. dans son récent projet de décision sur le marché 18³¹.

Certes, notre propos doit ici rencontrer une objection. Le C.S.A., dans son projet de décision précitée, a considéré que, malgré la définition étroite du marché, Belgacom TV n'était pas « puissant sur le marché » (autrement dit, ne détenait pas une position dominante) en raison du « contre-pouvoir d'achat » de certains de ses grands partenaires économiques³². Les fournisseurs de contenu généralistes à forte audience, comme par exemple la RTBF, détiendraient un important contre-pouvoir de négociation, qui s'illustrerait dans les « importantes rémunérations » versées à ces derniers par Belgacom TV³³.

Soit, mais voilà : sur ce point, l'analyse du C.S.A. n'emporte pas la conviction. En droit de la concurrence, une puissance d'achat compensatrice s'exerce uniquement lorsque un client (par exemple, un fournisseur de contenu) peut menacer (I) de recourir à un opérateur concurrent (par exemple, un autre télédiffuseur xDSL)³⁴; ou (II) de s'intégrer verticalement en aval (par

exemple, s'installer lui-même comme télédiffuseur xDSL)³⁵. Or ces conditions ne sont manifestement pas remplies en l'espèce, en raison notamment des importantes barrières à l'entrée³⁶.

En outre – et cela est plus important – le fait qu'une puissance d'achat compensatrice soit exercée par certains opérateurs du marché, à savoir les éditeurs généralistes à forte audience comme la RTBF, n'a pas pour effet de contrecarrer totalement une position dominante. Comme l'explique clairement la Commission :

« Il [n'est] pas possible de conclure que la puissance d'achat compensatrice est suffisante pour contrebalancer les effets anticoncurrentiels [...] si cette puissance d'achat se limite à mettre un segment particulier de la clientèle disposant d'un certain pouvoir de négociation, à l'abri de hausses sensibles des prix ou de conditions moins favorables »³⁷.

Or, s'il est possible que les éditeurs généralistes à forte audience soient peu exposés à la position dominante de Belgacom TV, il n'est pas certain qu'il en aille de même pour des fournisseurs de contenu de taille plus modeste. On ne peut exclure, notamment, que ces derniers demeurent, du fait d'un profond déséquilibre économique, à la merci d'une exploitation, par Belgacom TV, de sa position dominante. À cet égard, il aurait été judicieux de vérifier si Belgacom TV est en mesure de se livrer à des pratiques de discrimination commerciale (discrimination de prix, par exemple) envers ses plus petits fournisseurs de contenu. La théorie économique enseigne en effet que la possibilité de discriminer entre les clients constitue l'une des expressions les plus évidentes de la position dominante³⁸.

²⁵ Voy. décision de la Commission du 26 février 2007, *LGI/Telenet*, COMP/M.4521, § 29.

²⁶ Voy. sur ce point, « Study on the regulation of broadcasting issues under the new regulatory framework, Report prepared for the European Commission Information Society and Media Directorate-General », December 22, 2006, Cullen International, p. 90 : « Most regulators so far have segmented market 18 into several sub-markets: typically terrestrial TV transmission, cable and satellite. Ofcom, for example, considers that cable and satellite broadcasting transmission do not provide a constraint on terrestrial transmission at the wholesale level, and therefore these services are not part of the same relevant market », disponible sur http://www.cullen-international.com/documents/cullen/cipublic/studies/broadcast/broadcasting_study_report2007.pdf.

²⁷ D'après nos recherches, il s'agit de la décision de la Commission du 26 février 2007, *LGI/Telenet*, COMP/M.4521, *supra*.

²⁸ Le C.S.A. est parvenu à la même mesure de part de marché. Voy. C.S.A., projet de décision, *supra*, p. 72.

²⁹ Ainsi, dans l'affaire *Hoffmann-La Roche*, la C.J.C.E. a estimé que « l'existence d'une position dominante peut résulter de plusieurs facteurs qui, pris isolément, ne seraient pas nécessairement déterminants, mais que parmi ces facteurs l'existence de parts de marché d'une grande ampleur est hautement significative (nous soulignons) ». Voy. C.J.C.E. 85/76, *Hoffmann La Roche & Co. AG c. Commission*, 13 février 1979, *Rec.*, 1979, p. 461. Dans l'affaire *Akzo*, la C.J.C.E. a encore jugé que « des parts extrêmement importantes constituent par elles-mêmes, et sauf circonstances exceptionnelles, la preuve de l'existence d'une position dominante » et qu'une part de marché de 50% était représentative d'une position dominante. Voy. C.J.C.E., 61/86, *Akzo c.*

Commission, 3 janvier 1991, *Rec.*, p. I-3359, § 60. Enfin, dans son récent document de réflexion sur l'article 82 du T.C.E., la Commission considère en général qu'une part de marché de 75% est révélatrice de l'existence d'une position de monopole. Voy. document de réflexion sur l'article 82 du T.C.E., décembre 2005, § 92. Disponible à <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.

³⁰ Notamment : « taille globale de l'entreprise », « accès privilégié aux ressources financières », « barrières à l'entrée et « contrôle d'une infrastructure qu'il n'est pas facile de dupliquer », « intégration verticale », « effets de leviers de la puissance sur le marché » (aussi dite intégration conglomérale), « existence d'un réseau de distribution et de vente très développé ». Voy. Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance du marché, *supra*, § 78.

³¹ L'I.B.P.T. a notamment souligné les importantes barrières à l'entrée sur le marché de la radiodiffusion par voie de réseau bifilaire (xDSL). Voy. I.B.P.T., projet de décision, *supra*, §§ 200-201.

³² Voy. C.S.A., projet de décision, *supra*, pp. 66 et 72.

³³ Voy. C.S.A., projet de décision, *supra*, p. 65.

³⁴ Ou encore de « sponsoriser » son entrée.

³⁶ Voy. *supra* note 31.

³⁷ Voy. Lignes directrices de la Commission sur les concentrations horizontales, *supra*, § 67.

³⁸ Voy., pour un exposé complet, D. GERADIN et N. PETIT, « Price Discrimination Under EC Competition Law: Another Antitrust Doctrine in Search of Limiting Principles? », (2006) 2(3) *Journal of Competition Law and Economics*, 479.

En toute hypothèse, on comprend bien que la question de la position dominante de Belgacom TV soulevait un épineux problème. Or, à cet égard, l'impression qui se dégage de l'ordonnance est gênante : la difficulté se trouve purement et simplement évacuée, au moyen d'une délimitation généreuse du marché pertinent qui « dissimule » le pouvoir de marché de Belgacom TV³⁹.

B. La discussion superfétatoire du comportement abusif

Actua TV soutenait que Belgacom TV s'était rendue coupable, en laissant « trainer » durant trois ans les négociations sans y apporter une quelconque perspective de dénouement, d'un abus de position dominante au sens du droit de la concurrence⁴⁰. Actant l'absence de position dominante de Belgacom TV, le président jugea la question de l'abus superfétatoire.

³⁹ Certes, on reconnaîtra qu'en matière de référés, il est uniquement question d'apparence de droit. Or, frayer dans les méandres d'une théorie sophistiquée aurait peut-être conduit le président à statuer au fond sur la cause ou à rendre son ordonnance dans des délais incompatibles avec la célérité requise dans ce type de procédures. Il reste, toutefois, que l'ordonnance encourt la critique. L'apparence de droit et la célérité requise en matière de référé ne justifient en rien que les juridictions ordinaires s'appuient sur des données obsolètes. De plus, comme nous l'expliquons dans notre introduction, d'autres juridictions et autorités ne font pas preuve de la même réserve et statuent fréquemment sur des demandes de mesures provisoires dans le domaine du droit de la concurrence (c'est notamment le cas du juge communautaire et de la Commission).

⁴⁰ Chacun sait bien que le refus d'une entreprise en position dominante de contracter avec d'autres entreprises est susceptible de constituer un abus illégal, au terme des articles 3 de la L.P.C.E. et 82 du T.C.E. (bien qu'en principe, les entreprises soient libres de choisir leurs partenaires commerciaux). Et, il faut rappeler que pour être déclaré abusif, un tel refus ne doit pas être nécessairement expressément formulé. À côté des refus directs d'accès, le droit de la concurrence interdit les refus indirects d'accès, qui prennent la forme de stratégies de retardement, de prix excessifs, etc. Comme l'a encore indiqué la Commission : « Practices such as *delaying tactics in supplying*, imposing unfair trading conditions and charging such prices [...] may also in reality amount to a refusal to supply. » Voy. document de réflexion sur l'article 82 du T.C.E., *supra*, § 209.

Une nouvelle fois, ce faisant, l'ordonnance paraît évacuer des problématiques qui, à l'examen, méritaient pourtant que l'on s'y intéresse. À l'heure où les autorités communautaires et belges de concurrence admettent, de façon croissante, l'invocation des articles 3 de la L.P.C.E. et 82 du T.C.E. envers des refus de fourniture abusifs, il y aurait eu de bonnes raisons de discuter de la question si, par son refus, Belgacom TV portait atteinte à une concurrence effective⁴¹.

Plus précisément, le comportement de Belgacom TV aurait dû être examiné à l'aune des deux scénarios de refus abusifs usuellement appréhendés par le droit de la concurrence. Premièrement, il aurait été question de s'interroger si Belgacom TV ne poursuivait pas un objectif stratégique d'exclusion d'Actua TV, afin de favoriser à moyen terme des programmes potentiellement concurrents, ou ceux de clients privilégiés (comme par exemple les grands éditeurs de contenu)⁴².

Deuxièmement, il aurait été judicieux d'examiner si, en l'absence même de relation concurrentielle entre Actua TV et Belgacom TV, la première ne se trouvait tout de même pas abusivement exclue du marché. *Prima facie*, l'inertie de Belgacom TV dans le déroulement des négociations avec Actua TV présente en effet certains des traits, abondamment documentés en doctrine, du pouvoir de domination économique (on parle d'inefficience interne ou de *slack inefficiency*). Soustraites à toute pression concurrentielle, les entreprises dominantes ne doivent pas faire preuve de la même diligence

⁴¹ On discerne nettement en jurisprudence communautaire (voy. T.P.I.C.E., aff. T-201/04, *Microsoft Corp. c. Commission*, 17 septembre 2007, non encore publié) et nationale (voy. N. PETIT and L. BIESEMANS, « The Belgian Competition Council orders an ICT company to disclose proprietary information over its electronic network » (CRM/Portima), 14 February 2007, e-Competitions, www.concurrences.com) une tendance à l'assouplissement des conditions d'illégalité d'un refus de fourniture d'accès à une infrastructure. À ce sujet, d'ailleurs, le projet de décision de l'I.B.P.T., *supra*, § 209, souscrit explicitement à l'application du droit de la concurrence pour résoudre les problèmes d'accès.

⁴² Voy. O.C.D.E., « Regulation and Competition Issues in Broadcasting in the Light of Convergence », note de synthèse, DAFFE/CLP(99)1, p. 27 : un cas type d'abus apparaît lorsqu'un « fournisseur d'infrastructures dominant refuse de vendre à un fournisseur de contenu concurrent ». Disponible sur <http://www.oecd.org/dataoecd/34/55/1920359.pdf>.

que les firmes actives sur des marchés compétitifs. Seules des entreprises dominantes peuvent se désintéresser de leurs partenaires économiques, sans jamais craindre de perdre des « opportunités de marché »⁴³. Or, c'est l'essence même du droit de la concurrence⁴⁴ – et singulièrement des articles 3 de la L.P.C.E. et 82 du T.C.E. – d'appréhender pareils comportements⁴⁵. *In fine*, en droit de la concurrence, c'est l'atteinte au bien-être du consommateur qui est l'aiguillon de la légalité des pratiques des opérateurs dominants.⁴⁶ On aurait dès

⁴³ Nous reprenons ici l'expression employée par les économistes classiques, comme A. Smith.

⁴⁴ En théorie économique, il est assez largement admis que le droit de la concurrence poursuit pour objectif premier de garantir l'efficacité allocative. Il y a efficacité allocative lorsque tous les clients prêts à compenser les coûts du producteur (le coût marginal de production) sont servis sur le marché, là où un monopole les excluerait (le monopoleur pourrait réaliser un profit, mais ne le prend pas et altère ainsi le bien-être). Cette notion d'efficacité allocative aurait dû mener en l'espèce à examiner si, sous réserve qu'Actua TV propose une couverture suffisante des coûts de Belgacom TV, il était justifié de refuser de lui fournir le service (de télédiffusion).

⁴⁵ La Commission et la Cour de justice reconnaissent d'ailleurs que des restrictions illégales peuvent apparaître lorsque le demandeur d'accès est uniquement un client, qui n'entre pas en concurrence avec le détenteur d'une ressource essentielle. Dans son document de réflexion sur l'article 82 du T.C.E., *supra*, § 209, la Commission explique que : « typically competition problems arise when [the firm demanding access] also is a rival to the dominant company in the economic activity for which the input is needed ». Mais elle précise toutefois préalablement que : « The excluded buyer could be only a customer ». Cette interprétation trouve son fondement dans l'arrêt *United Brands* de la Cour de justice (l'un des grands arrêts du droit communautaire de la concurrence). La Cour y jugea abusif le refus de fourniture qu'une entreprise en position dominante avait opposé à un client avec lequel elle n'entrait en concurrence sur aucun marché. Voy. C.J.C.E., 27/76, *United Brands Company et United Brands Continentaal BV c. Commission*, 14 février 1978, *Rec.*, 1978, p. 207.

⁴⁶ Voy. document de réflexion de la Commission sur les abus de position dominante, *supra*, § 210 : « For a refusal to supply to be abusive, it must, however, have a likely anticompetitive effect on the market which is detrimental to consumer welfare (soulignement ajouté) ». Voy. également § 4 : « With regard to exclusionary abuses the objective of Article 82 is the

lors pu légitimement s'interroger si le refus d'accès de Belgacom TV – qui pourrait s'expliquer par l'inertie commerciale bien connue des monopoleurs – portait atteinte au bien-être du consommateur, du simple fait qu'il empêchait l'apparition d'un nouveau service sur le marché.

III. CONCLUSION

Au regard du contexte factuel de l'affaire, certains traits caractéristiques d'un refus de fourniture abusif semblaient « en apparence » présents. Il aurait toutefois fallu s'intéresser de plus près à la théorie économique et à l'environnement juridique entourant le litige pour atteindre une conclusion solide sur le *fumus boni juris*. Plus économiste qu'économiste, le juge en référé semble avoir cherché à évacuer la question en s'appuyant sur une délimitation généreuse, mais discutable, du marché pertinent.

Problématique en droit⁴⁷, l'ordonnance adresse plus généralement un signal déconcertant à tous ceux qui, en Belgique, croyaient avoir trouvé dans l'action juridictionnelle une alternative intéressante aux plaintes devant l'autorité de concurrence (souvent critiquée pour son manque d'indépendance, lorsque sont en cause les pratiques commerciales des opérateurs historiques autrefois protégés par la puissance publique...).

protection of competition on the market as a means of enhancing consumer welfare and of ensuring an efficient allocation of resources. Effective competition brings benefits to consumers, such as low prices, high quality products, a wide selection of goods and services, and innovation ».

⁴⁷ Pour rappel, nos propos ne concernent pas ici la question de l'urgence.