

Avis N° CC-AV-01/2005
du
Conseil de la concurrence

relatif à une demande d'avis de l'Institut Luxembourgeois de Régulation portant sur l'analyse du marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux téléphoniques publics mobiles

Le Conseil de la concurrence

Vu la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence ;

Vu la loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et les services de communications électroniques ;

Vu la demande d'avis de l'Institut Luxembourgeois de Régulation du 24 octobre 2005 portant sur l'analyse du marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux téléphoniques publics mobiles ;

présente les observations qui suivent :

Contexte général

1. La législation communautaire a créé un nouveau cadre réglementaire dans le secteur des télécommunications par l'adoption des directives suivantes :

- la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (la Directive « cadre »)
- la directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (la Directive « Autorisation »)

- la directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (la Directive « Accès »)
- la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (la Directive « Service universel »)
- la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (la Directive « vie privée et communications électroniques »)

Ce cadre réglementaire a été complété par :

- les lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques (2002/C 165/03) (les Lignes directrices)
- la recommandation de la Commission du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (2003/311/CE) (la Recommandation)

Le nouveau cadre réglementaire a été transposé en droit luxembourgeois par le « paquet Télécom », constitué par :

- la loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et les services de communications électroniques
- la loi du 30 mai 2005 portant organisation de la gestion des ondes radioélectriques
- la loi du 30 mai 2005 portant :
 - 1) organisation de l'Institut Luxembourgeois de Régulation
 - 2) modification de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat
- la loi du 30 mai 2005 :
 - relative aux dispositions spécifiques de protection de la personne à l'égard du traitement des données à caractère personnel dans le secteur des communications électroniques, et
 - portant modification des articles 88-2 et 88-4 du Code d'instruction criminelle

2. La loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et les services de communications électroniques charge l'Institut Luxembourgeois de Régulation (ci-après ILR) en tant qu'autorité de régulation indépendante d'effectuer les analyses des marchés pertinents en vue d'évaluer la nécessité de maintenir une réglementation ex ante, respectivement la possibilité de supprimer toute réglementation ex ante. Le critère déterminant pour se prononcer à cet égard est la question de savoir si les marchés en question sont en situation de concurrence réelle, c'est-à-dire s'ils ne comportent pas d'entreprise(s) en position dominante au sens de l'article 82 du Traité CE. Cette approche marque une nette

convergence entre les principes qui sous-tendent l'approche régulatrice ex ante des autorités de régulation d'une part et l'intervention ex post des autorités chargées du droit de la concurrence d'autre part.

3. L'article 73 de la loi précitée du 30 mai 2005 sur les réseaux et les services de communications électroniques implique l'autorité chargée de l'application du droit de la concurrence, i.e. le Conseil de la concurrence, institué par la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, dans le processus de décision de l'Institut Luxembourgeois de Régulation en ce que l'accord préalable de cette autorité est requis avant l'adoption de toute mesure affectant le marché. Cet accord est acquis en l'absence d'opposition du Conseil endéans le délai d'un mois de sa saisine. L'opposition, pour emporter renonciation par l'Institut Luxembourgeois de Régulation à la mesure envisagée, doit se fonder sur le droit de la concurrence.

4. Dans ce cadre légal, l'Institut Luxembourgeois de Régulation a saisi le Conseil de la concurrence par courrier du 24 octobre 2005 de son analyse portant sur le marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux téléphoniques publics mobiles (marché N° 15 identifié dans la Recommandation du 11 février 2003).

L'analyse du marché opérée par l'Institut Luxembourgeois de Régulation

5. La démarche de l'Institut Luxembourgeois de Régulation, expliquée d'abord dans ses grandes lignes pour ensuite être adaptée au cas concret du marché sous examen, consiste à d'abord définir le marché pertinent, ensuite à l'analyser et à déterminer les entreprises qui seraient éventuellement dominante sur ce marché pour en fin de compte se pencher sur les remèdes qui pourraient être adoptés pour palier aux déficiences constatées.

Cette démarche en trois étapes conduit l'Institut Luxembourgeois de Régulation aux conclusions

- que le marché de gros pertinent est le marché national de l'accès et du départ d'appel sur l'ensemble des réseaux téléphoniques publics mobiles
- qu'aucune entreprise n'occupe sur ce marché une position dominante, ni individuellement, ni conjointement avec une ou plusieurs autres entreprises
- que partant aucun remède ne doit être adopté.

Appréciation du Conseil de la concurrence

Remarques préliminaires

6. Le droit sectoriel et le droit de la concurrence convergent et le Conseil de la concurrence est appelé à fournir son avis dans le cadre de la mise en œuvre du droit sectoriel. Il persiste toutefois une différence notable entre l'appréciation portée sur la définition des marchés et la position des entreprises actives sur ces marchés entre d'une part le droit sectoriel et d'autre part le droit de la concurrence : le droit sectoriel jette un regard prospectif, en prenant en compte les possibles évolutions futures, tant du point de vue technologique qu'économique et commercial, qui peuvent se produire sur les marchés à partir d'un état des lieux opéré à un moment précis, tandis que le droit de la concurrence porte une appréciation évaluative sur des situations et comportements passés réellement constatés. Par ailleurs, les marchés pertinents sont en grande partie prédéfinis par la Recommandation de la Commission du 11 février 2003.

Dès lors, l'analyse du marché et les appréciations portées par le Conseil de la concurrence dans le cadre du présent avis ne sauraient préjuger de sa position et de sa décision lors d'affaires contentieuses qu'il aurait à trancher à l'avenir (voir en ce sens l'article 15, § 1 de la Directive « cadre » et les points 25 et 37 des Lignes directrices).

7. L'ILR a transmis au Conseil de la concurrence le document soumis par lui à consultation publique conformément à l'article 75 de la loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et les services de communications électroniques, complété par un certain nombre d'informations confidentielles. Le Conseil admet comme étant exactes et complètes les données factuelles fournies dans ces documents et se borne dans le présent avis à porter son appréciation, d'un point de vue du droit de la concurrence, sur l'adéquation des déductions opérées à partir de ces données.

Sur la définition du marché pertinent

8. L'analyse de l'Institut Luxembourgeois de Régulation consiste à définir le marché des services de gros à partir de la définition du marché des services de détail par l'application du critère de la substituabilité d'un service par un autre service du côté de la demande et du côté de l'offre. Ce critère est mis en œuvre à travers le test du monopoleur hypothétique.

Cette démarche amène l'Institut Luxembourgeois de Régulation à considérer dans un premier temps comme marché de détail pertinent le marché national couvrant l'abonnement à un réseau public mobile, les appels vocaux nationaux et internationaux, les services associés aux appels vocaux, l'envoi de SMS vers des numéros nationaux et internationaux et l'envoi de MMS, sur des réseaux publics mobiles de deuxième et de

troisième génération, que ces services soient fournis aux clients résidentiels ou non résidentiels, avec des modèles économiques prépayés ou postpayés, pour retenir en fin de compte comme marché de gros pertinent le marché national de l'accès et du départ d'appel sur l'ensemble des réseaux téléphoniques publics mobiles.

9. La méthodologie adoptée et l'appréciation portée par l'Institut Luxembourgeois de Régulation ne donnent pas lieu à observations et trouvent l'assentiment du Conseil de la concurrence.

Sur l'existence d'entreprises dominantes

10. L'objet de l'analyse de marché est de déterminer s'il est concurrentiel, i.e. si la concurrence s'exerce de manière effective. Tel est le cas si aucun opérateur ne jouit, individuellement ou conjointement, d'une puissance significative : *« Une entreprise est considérée comme disposant d'une puissance significative sur le marché si, individuellement ou conjointement avec d'autres, elle se trouve dans une position équivalente à une position dominante, c'est-à-dire qu'elle est en mesure de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et, en fin de compte, des consommateurs »* (article 14 de la Directive « cadre »).

Les Lignes directrices énoncent que dans le cadre d'un examen ex ante, et contrairement à une intervention ex post de l'autorité de concurrence qui peut être confrontée à différents types de comportements révélateurs d'une puissance sur le marché, *« la puissance en question se mesure essentiellement à la possibilité que l'entreprise concernée a d'augmenter ses prix en restreignant sa production sans enregistrer une baisse significative de ses ventes ou de ses recettes »* (point 73 des Lignes directrices).

11. A la suite d'une appréciation prima facie des facteurs structurants du marché et des parts de marché détenues par les différentes entreprises intervenantes, l'Institut Luxembourgeois de Régulation retient les résultats potentiels suivants à l'horizon de l'étude :

- une position dominante individuelle de l'Entreprise des Postes et Télécommunications (ci-après l'EPT)
- une position dominante conjointe de l'EPT et Tango
- un marché effectivement concurrentiel

L'Institut vérifie par la suite à l'aide d'autres critères si ces positions dominantes potentielles se vérifient pour en arriver à la conclusion que tel n'est pas le cas.

La domination individuelle par l'EPT

12. Pour apprécier l'existence d'une position dominante individuelle, il importe de mesurer la capacité d'une entreprise à se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs. Les critères proposés par la Commission sont (point 78 des Lignes directrices) :

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

L'article 19 de la loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et les services de communications électroniques comporte une énumération cumulative des critères à apprécier pour vérifier l'existence des positions dominantes individuelles et conjointes :

« Pour évaluer la puissance d'une ou de plusieurs entreprises conjointement sur le marché, l'Institut tient compte notamment des critères suivants :

- *marché arrivé à maturité,*
- *stagnation ou croissance modérée de la demande,*
- *faible élasticité de la demande,*
- *produits homogènes,*
- *structures de coût analogues,*
- *parts de marché similaires,*
- *absence d'innovations techniques, technologie au point,*
- *absence de capacité excédentaire,*
- *importantes barrières à l'entrée,*
- *absence de contre-pouvoir des acheteurs,*
- *absence de concurrence potentielle,*
- *diverses sortes de liens informels ou autres entre les entreprises concernées,*
- *mécanismes de rétorsion,*
- *absence ou possibilité réduite de concurrence par les prix »*

13. L'ILR énonce vouloir examiner 5 critères, à savoir :

- *contrôle d'une infrastructure qu'il n'est pas facile de dupliquer*
- *accès facile ou privilégié à des ressources ou actifs spécifiques*

- accès facile ou privilégié aux marchés des capitaux et aux ressources financières
- intégration verticale
- contre-pouvoir des acheteurs

Le Conseil de la concurrence relève que ce dernier point n'est pas expressément analysé dans le document de l'ILR. Il sera abordé dans le présent avis.

Sur chacun des 4 points examinés dans son analyse, l'ILR conclut que la situation de l'EPT est comparable à celle de Tango, et à l'issue de son analyse, l'ILR aboutit à la conclusion que l'EPT n'est pas en position dominante individuelle.

14. Sur le détail des critères pris en compte par l'Institut, le Conseil de la concurrence relève les points suivants :

- contrôle d'une infrastructure qu'il n'est pas facile de dupliquer et accès facile ou privilégié à des ressources ou actifs spécifiques

Tango dispose de la même infrastructure que l'EPT, mais d'autres concurrents n'en disposent pas. Pour Voxmobile, l'obstacle légal/réglementaire est levé, puisque cette entreprise dispose d'une licence. Par contre, l'obstacle financier ne semble pas être levé, puisque Voxmobile n'a pas encore pleinement développé son propre réseau de 2^{ème} génération. Pour une entreprise supplémentaire, l'obstacle légal/réglementaire peut être levé par l'attribution de la 4^{ème} licence. Mais pour cette entreprise, l'obstacle financier lié au coût d'établissement du réseau subsiste.

- accès facile ou privilégié aux marchés des capitaux et aux ressources financières,

Le rapport conclut à une situation financière semblable entre l'EPT et Tango en considérant leurs revenus et résultats après impôts respectifs. D'autres critères auraient pu être comparés (comme par exemple les fonds propres, le ratio d'endettement, etc.). Par ailleurs, on peut jeter un autre regard sur leurs situations respectives :

- l'EPT est active seulement au Luxembourg et ne doit se positionner que sur le marché luxembourgeois. Elle est fortement active dans tous les secteurs Télécom : postes, téléphonie fixe, téléphonie mobile, Internet par ISDN et ADSL. En pratique, l'EPT n'est pas soumise à une pression éventuelle de la part de ses actionnaires en termes de rentabilité financière. Parallèlement, le portefeuille d'activité très diversifié de l'EPT lui permet d'exploiter des activités, qui, à elles seules, ne disposeraient pas de la structure financière suffisante.
- Tango par contre fait partie d'un groupe international dont la stratégie générale implique certainement que chaque entité du groupe doit veiller toute seule à assurer sa subsistance et sa rentabilité financière et économique. Ce ne doit être que dans des cas exceptionnels que la puissance financière du groupe vient à la rescousse d'un membre individuel. Une telle intervention est encore moins probable sur le marché luxembourgeois, qui ne présente pas un intérêt stratégique ou financier particulièrement important. Il est exact que ce marché de par sa taille est parfois utilisé comme marché pour tester de nouveaux produits. Mais il n'est

pas certain qu'il s'agisse d'une raison suffisante pour supposer un soutien financier inconditionnel de la part du groupe.

➤ intégration verticale et contre-pouvoir des acheteurs

Le marché comporte une caractéristique structurelle essentielle : tous les opérateurs sont verticalement intégrés. Ce sont les opérateurs de réseaux qui fournissent les services aux clients finals en tant que fournisseurs de services, soit directement, soit par le biais de leurs filiales. Ainsi, les mêmes entreprises contrôlent la vente et l'achat sur le marché de gros et la vente sur le marché de détail. Ceci entraîne l'absence d'un quelconque contre-pouvoir des acheteurs sur le marché de gros. Cette situation peut être de nature à limiter la concurrence effective.

15. D'autres critères proposés par la Commission semblent intéressants à examiner :

➤ l'existence d'un réseau de distribution et de vente très développé

De part son implantation traditionnelle, l'EPT dispose d'un nombre important de bureaux de vente à travers le pays. Ainsi, ses bureaux de poste lui ont permis de mettre en place 5 points de vente dénommés « Téléboutiques », de dimensions importantes, et 28 points de vente dénommés « Points Télécom », de dimensions plus réduites. Il semble illusoire qu'un autre concurrent puisse établir à terme un réseau de vente et de distribution de la même envergure, ce d'autant plus que ce réseau de l'EPT peut être géré et maintenu sans investissements importants. La nécessité, ou du moins l'utilité d'un service de proximité à la clientèle de détail semble toutefois avérée, à en juger les récentes initiatives lancées par Télé2-Tango pour sillonner les routes avec 2 bus (opération « The Buzz »).

➤ l'absence de concurrence potentielle

Dans son analyse prospective, l'ILR fait état de la possibilité pour Voxmobile d'établir son propre réseau et de la possibilité de l'attribution de la 4^{ième} licence 3G pouvant diminuer la concentration sur le marché.

En pratique, ces possibilités semblent limitées : Voxmobile dispose d'une licence, mais n'a pas encore pleinement développé son réseau. Soit cette situation lui convient, soit les frais résultant du développement d'un réseau autonome lui ont paru démesurés à ce jour. Sauf à être informé plus en détail sur la stratégie commerciale de Voxmobile, il faut considérer que Voxmobile n'est pas à l'heure actuelle un concurrent potentiel sur le marché de gros. La 4^{ième} licence, bien que disponible, n'a pas trouvé preneur définitif à l'heure actuelle. Il n'est pas certain qu'on puisse espérer une vivification de la concurrence du seul fait de la disponibilité de cette licence. Un 4^{ième} opérateur, pour faire une concurrence réelle, devrait aussi implanter son propre réseau. Or, l'exemple de Voxmobile démontre que ce n'est pas évident à réaliser.

➤ des entraves à l'expansion

Il résulte de l'analyse que le marché est mature, avec un taux de pénétration du téléphone mobile de 120%. Les entreprises ne peuvent donc pas escompter d'importants bénéfices par le biais de l'acquisition de nouveaux clients. Par ailleurs, le volume des minutes téléphonées a connu une progression constante ces dernières années, et il est difficile de se prononcer sur son évolution future. Toute stratégie commerciale doit donc

probablement être axée sur le transfert d'une clientèle existante par ailleurs. Une telle stratégie requiert d'importants investissements en termes de promotion et de publicité. L'expansion n'est donc pas aisée à réaliser.

16. L'analyse du marché démontre l'existence d'un certain nombre d'éléments qui peuvent potentiellement confirmer la position dominante de l'EPT. Ces éléments ne sont toutefois pas de nature à accréditer directement la thèse selon laquelle l'EPT pourrait être en mesure d'adopter une stratégie commerciale sur les prix sans devoir tenir compte du comportement de ses concurrents, de ses clients et en fin de compte des consommateurs. Il serait toutefois utile que le marché reste sous surveillance à cet égard. Sous réserve de ces remarques, le Conseil de la concurrence peut marquer son accord avec la conclusion retenue par l'Institut Luxembourgeois de Régulation.

La domination conjointe par l'EPT et Tango

17. La Commission indique dans les Lignes directrices que la notion de domination conjointe était en pleine évolution, en expliquant que la jurisprudence récente du Tribunal de première instance des Communautés Européennes (TPICE) et de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) n'exigeaient pas qu'il existe des liens structurels entre les entreprises visées et que la domination conjointe pouvait se vérifier si le marché était tel que sa structure pouvait être considérée comme propice à produire des effets coordonnés, les critères qui pouvaient servir à déceler une telle position dominante conjointe (point 97 des Lignes directrices, reprenant l'annexe II de la Directive « cadre ») étant :

- caractéristiques appropriées en termes de concentration et de transparence
- marché arrivé à maturité
- stagnation ou croissance modérée de la demande,
- faible élasticité de la demande
- produits homogènes
- structures de coût analogues
- parts de marché similaires
- absence d'innovations techniques, technologie au point
- absence de capacité excédentaire
- importantes barrières à l'entrée
- absence de contre-pouvoir des acheteurs
- absence de concurrence potentielle
- diverses sortes de liens informels ou autres entre les entreprises concernées
- mécanismes de rétorsion
- absence ou possibilité réduite de concurrence par les prix.

18. Depuis lors, la situation a évolué dans la mesure où le TPICE a précisé les critères déterminants pour établir une position dominante collective :

« Sur le plan juridique ou économique, il n'existe aucune raison d'exclure de la notion de lien économique la relation d'interdépendance existant entre les membres d'un oligopole restreint à l'intérieur duquel, sur un marché ayant les caractéristiques appropriées, notamment en termes de concentration du marché, de transparence et d'homogénéité du produit, ils sont en mesure de prévoir leurs comportements réciproques et sont donc fortement incités à aligner leur comportement sur le marché, de façon notamment à maximiser leur profit commun en restreignant la production en vue d'augmenter les prix. En effet, dans un tel contexte, chaque opérateur sait qu'une action fortement concurrentielle de sa part destinée à accroître sa part de marché (par exemple, une réduction de prix) provoquerait une action identique de la part des autres, de sorte qu'il ne retirerait aucun avantage de son initiative. Tous les opérateurs auraient donc à subir la baisse du niveau des prix.

Une situation de position dominante collective entravant de manière significative la concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci peut donc intervenir à la suite d'une concentration lorsque, compte tenu des caractéristiques mêmes du marché en cause et de la modification qu'apporterait à sa structure la réalisation de l'opération, celle-ci aurait comme résultat que, prenant conscience des intérêts communs, chaque membre de l'oligopole dominant considérerait possible, économiquement rationnel et donc préférable d'adopter durablement une même ligne d'action sur le marché dans le but de vendre au-dessus des prix concurrentiels, sans devoir procéder à la conclusion d'un accord ou recourir à une pratique concertée au sens de l'article 81 CE, et ce sans que les concurrents actuels ou potentiels, ou encore les clients et les consommateurs, puissent réagir de manière effective.

Trois conditions sont nécessaires pour qu'une situation de position dominante collective ainsi définie puisse être créée :

- en premier lieu, chaque membre de l'oligopole dominant doit pouvoir connaître le comportement des autres membres, afin de vérifier s'ils adoptent ou non la même ligne d'action. Comme la Commission l'admet expressément, il ne suffit pas que chaque membre de l'oligopole dominant soit conscient que tous peuvent tirer profit d'un comportement interdépendant sur le marché, mais il doit aussi disposer d'un moyen de savoir si les autres opérateurs adoptent la même stratégie et s'ils la maintiennent. La transparence sur le marché devrait, dès lors, être suffisante pour permettre à chaque membre de l'oligopole dominant de connaître, de manière suffisamment précise et immédiate, l'évolution du comportement sur le marché de chacun des autres membres ;*
- en deuxième lieu, il est nécessaire que la situation de coordination tacite puisse se maintenir dans la durée, c'est-à-dire qu'il doit exister une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune sur le marché. Comme le fait observer la Commission, ce n'est que si tous les membres de l'oligopole dominant maintiennent un comportement parallèle qu'ils peuvent en profiter. Cette condition intègre donc la notion de représailles en cas de comportement déviant de la ligne d'action commune. Les parties partagent ici l'idée que pour qu'une situation de position dominante collective soit viable, il faut qu'il y ait suffisamment de facteurs de dissuasion pour assurer durablement une incitation*

à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune, ce qui revient à dire qu'il faut que chaque membre de l'oligopole dominant sache qu'une action fortement concurrentielle de sa part destinée à accroître sa part de marché provoquerait une action identique de la part des autres, de sorte qu'il ne retirerait aucun avantage de son initiative ;

- en troisième lieu, pour démontrer à suffisance de droit l'existence d'une position dominante collective, la Commission doit également établir que la réaction prévisible des concurrents actuels et potentiels ainsi que des consommateurs ne remettrait pas en cause les résultats attendus de la ligne d'action commune »

(TPICE 6 juin 2002, Airtours/Commission, T-342/99, point 62 ; repris par TPICE 8 juillet 2003, Verband der freien Rohrwerke e.a./Commission, T-374/00, point 121 ; TPICE 26 janvier 2005, Piau/Commission, en pr. FIFA, T-193/02, point 111).

19. Par rapport au premier de ces critères, qui fait appel à la question de la transparence du marché, l'ILR conclut que le marché est relativement transparent à la vue de ses caractéristiques. Cette conclusion peut être suivie par le Conseil.

20. Par rapport au deuxième critère, que l'ILR examine sous l'angle de l'intérêt des opérateurs à s'entendre pour exercer une position dominante conjointe et de l'absence de mécanismes de rétorsion, l'analyse conclut que si les opérateurs peuvent avoir un intérêt à s'entendre, une telle entente n'a pu être constatée et que dans le passé, aucun mécanisme de rétorsion n'a été mis en œuvre.

L'affirmation selon laquelle les opérateurs peuvent avoir un intérêt à adopter une stratégie identique sur le marché en cause, alors qu'elle leur permettrait de maximiser leurs profits, peut être considérée comme exacte. La question est de savoir si cet intérêt pourrait se prolonger dans le temps, c.-à-d. s'il y aurait des incitations à ne pas dévier de la ligne commune par peur des réactions ou représailles du/des concurrent(s). A cet égard, les termes de l'analyse, en ce qu'ils se réfèrent à la possibilité d'une entente et au fait qu'aucune entente n'a été constatée dans le passé, ne sont pas à eux seuls déterminants, alors que le mécanisme même de la domination collective peut exclure toute idée d'accord ou d'entente formelle.

Les termes de l'analyse semblent ensuite trop limités, en qu'ils retiennent l'absence de mise en œuvre de mécanisme de rétorsion dans le passé, alors qu'ils ne se réfèrent qu'à un événement passé isolé (l'accord d'itinérance national conclut entre l'EPT et Voxmobile), sans prendre en compte d'autres événements potentiels. L'analyse de marché doit toutefois être prospective.

L'analyse ne fournit pas non plus de raisons possibles à l'absence de mise en œuvre de mesure de rétorsion qu'elle met en évidence dans le cas concret évoqué. Trois séries de raisons sont envisageables :

- l'absence de réaction peut s'expliquer par la volonté délibérée de l'unique concurrent de ne pas mettre en œuvre de mesures de rétorsion. Ceci ne semble cependant logique que si l'évènement en question n'est pas de nature à apporter

de gêne à son activité commerciale, i.e. s'il n'exerce pas de pression concurrentielle. Ce cas de figure peut donc être négligé.

- l'unique concurrent n'a pas de capacité commerciale et/ou financière et/ou technique (notamment l'absence de capacités excédentaires pour satisfaire une demande éventuelle) pour mettre en œuvre des mesures de rétorsion.
- le concurrent n'a pas de possibilité pour mettre en œuvre des mesures de rétorsion, en raison notamment de l'absence d'un autre fournisseur de services désirant accéder au marché de gros du côté acheteur.

Si une de ces deux hypothèses se vérifie, une des conditions mises à la possibilité de mettre en œuvre de mesures de rétorsion n'est pas remplie, en ce qu'il faut que celles-ci puissent être mise en œuvre indistinctement par chacun des membres de l'oligopole ayant adopté la stratégie commune.

D'une façon générale, on peut estimer que la possibilité de mesures de rétorsion ne devient crédible que sous certaines conditions liées à la structure du marché : puissance de marché des concurrents et excédents de capacité des concurrents qui leur permettent de réagir ; marché immature, respectivement en forte progression qui permet de faire porter les mesures de rétorsion sur des quantités appréciables, ce qui implique entre autre l'existence d'un réel contre-pouvoir du côté acheteur qui serait de nature à influencer sur les décisions du côté vendeur.

Sur base des éléments du dossier, il ne semble pas que ces circonstances soient remplies. Si Tango et l'EPT sont de puissance équivalente, tel n'est pas le cas pour le troisième opérateur potentiel Voxmobile, ni a fortiori pour un éventuel 4^{ème} opérateur inconnu à l'heure actuelle. Le marché semble avoir atteint un point de maturité avancé. Si on peut estimer que du fait du développement du réseau 3G, les opérateurs en place disposeront tous de capacités excédentaires, il faut cependant relever l'absence de contre-pouvoir du côté acheteur et l'immobilité du marché du fait de l'absence d'entrants potentiels sur le marché du côté de la demande qui permettraient aux concurrents sur le marché de gros de réagir utilement aux déviations de la ligne commune adoptées par un des membres de l'oligopole. L'ILR entrevoit bien la possibilité d'une évolution sur ce point par l'entrée de nouveaux fournisseurs (offres couplant services fixe et mobile), mais cette évolution semble trop conditionnelle pour pouvoir être considérée actuellement comme étant de nature à favoriser à l'avenir les possibilités de mesures de rétorsion.

On peut donc estimer que la deuxième condition dégagée dans la jurisprudence du TPICE n'est pas remplie.

21. Le troisième critère renvoie à l'analyse des barrières à l'entrée sur le marché et du comportement des entreprises concurrentes, qui garderaient une ligne d'action individuelle, et des consommateurs, en ce qu'il faut rechercher si ces éléments sont de nature à entamer les effets favorables que la ligne d'action commune peut produire sur la situation de ceux qui y adhèrent.

A cet égard, il faut constater qu'il n'existe à l'heure actuelle que deux opérateurs qui exploitent réellement un réseau et que les barrières à l'entrée sont élevées. Pour devenir

opérateur, il faut acquérir une licence, dont une seule reste disponible. Il y a une faible probabilité qu'à court terme, un autre opérateur puisse venir contrer une éventuelle ligne d'action commune des deux opérateurs actifs. Pour devenir fournisseur de services, il faut trouver un accord avec un des opérateurs : les entrants potentiels sont donc dépendants des opérateurs et ne sont pas en mesure, du moins pendant une phase de démarrage probablement prolongée (voir le cas de Voxmobile) à faire pression sur les opérateurs. S'il est exact que certaines caractéristiques du marché de détail, notamment la portabilité des numéros, peuvent influencer, en raison de l'intégration verticale entre opérateurs et fournisseurs de services et à travers le comportement des utilisateurs finaux, sur les stratégies adoptées sur le marché de gros, cette influence n'est cependant pas à elle seule déterminante.

On peut donc estimer que les résultats de la ligne d'action commune qu'adopteraient l'EPT et Tango ne pourraient pas être mis en péril par l'action d'autres concurrents ou par les consommateurs.

22. En définitive, on peut cependant conclure avec l'Institut Luxembourgeois de Régulation, bien que sur base de considérations partiellement différentes, que les éléments en place ne permettent pas de caractériser une position dominante conjointe entre l'EPT et Tango, en l'absence notamment de la possibilité de représailles efficaces que indistinctement l'un ou l'autre pourrait mettre en œuvre pour discipliner son concurrent en cas de déviation de la ligne d'action commune.

23. En l'absence de position dominante, individuelle ou conjointe, c'est à juste titre que l'ILR ne propose pas de remèdes.

Conclusion

24. Le Conseil de la concurrence ne s'oppose pas aux mesures envisagées par l'Institut Luxembourgeois de Régulation dans le cadre du marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux téléphoniques publics mobiles.

Ainsi délibéré et avisé en date du 18 novembre 2005.

(signé)
Thierry HOSCHEIT
Président

(signé)
Carlo SCHNEIDER
Conseiller

(signé)
Jean-Claude WIWINIUS
Conseiller