

Avis N° CC-AV-02/2005
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 la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles individuels

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 la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles individuels ;

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 la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles individuels (marché N° 16 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 les marchés de gros pertinents sont
 - le marché de la terminaison d'appel vocal sur le réseau mobile de l'Entreprise des Postes et Télécommunications (ci-après l'EPT)
 - le marché de la terminaison d'appel vocal sur le réseau mobile de Tango
 - le marché de la terminaison d'appel vocal sur le réseau mobile de Voxmobile
- que chacune de ces trois entreprises occupe une position dominante individuelle sur le marché de la terminaison d'appel vocal sur son propre réseau mobile
- que les remèdes appropriés portent sur

- la satisfaction des demandes raisonnables d'accès à des éléments de réseau spécifiques et à des ressources associées et l'autorisation de leur utilisation en vue de l'interconnexion des réseaux ou des ressources réseau
- la non-discrimination
- la transparence
- le contrôle des prix

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 incluant les appels vers mobile off net (c'est-à-dire vers un réseau d'un opérateur autre que celui de l'appelant), sur les réseaux de deuxième et de troisième génération pour retenir en fin de compte comme marchés de gros pertinents les marchés de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles de respectivement l'EPT, Tango et Voxmobile.

L'Institut aborde encore la question du mécanisme des passerelles mobiles pour conclure qu'il ne s'agit pas d'un service substituable aux appels mobile off net, mais d'un moyen pour arbitrer entre des tarifs de la terminaison d'appel vocal sur le réseau mobile sur le marché de gros et les tarifs des appels on net sur le marché de détail.

9. La méthodologie adoptée et l'appréciation portée par l'Institut Luxembourgeois de Régulation ne donnent pas lieu à observations de la part du Conseil de la concurrence. On peut notamment embrasser l'opinion, développée après avoir relevé la discussion qui peut être menée à cet égard, que ni les appels vers ligne fixe, ni les SMS ne sont pleinement substituables aux appels vers mobile off net.

Sur l'existence d'entreprises dominantes

10. L'objet de l'analyse de marché est de déterminer s'il est concurrentiel, i.e. de savoir 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 que chacune des entreprises dispose d'un

monopole sur son propre réseau mobile, ce qui amène à présumer une position dominante pour chacun d'eux.

L'Institut vérifie par la suite à l'aide d'autres critères si cette présomption se vérifie, pour en arriver à la conclusion que tel est le cas. Dans cette logique, l'Institut identifie comme principal obstacle concurrentiel la possibilité qu'a chacun des opérateurs de maintenir des prix de terminaison d'appel vocal sur son réseau à un niveau élevé au dessus du niveau concurrentiel.

12. Cette analyse ne rencontre pas d'objections de la part du Conseil de la concurrence, sauf à relever qu'à l'heure actuelle, la position dominante détenue par chacun des opérateurs couvre aussi bien les réseaux de 2^{ième} génération que les réseaux de 3^{ième} génération pour lesquels ils disposent d'une licence.

Sur le développement des remèdes appropriés

13. Après avoir développé le cadre légal, tant ancien que nouveau, qui fixe la latitude laissée à l'Institut pour adopter les mesures les plus diverses en fonction des exigences particulières rencontrées, l'Institut propose d'adopter 4 remèdes à imposer aux entreprises dominantes identifiées :

- la satisfaction des demandes raisonnables d'accès à des éléments de réseau spécifiques et à des ressources associées et l'autorisation de leur utilisation en vue de l'interconnexion des réseaux ou des ressources réseau
- la non-discrimination
- la transparence
- le contrôle des prix

L'Institut donne pour chacun d'eux tant une définition générale que sa nature et son contenu concret et développe la justification et la proportionnalité de chacun des remèdes proposé.

14. Ces remèdes s'inscrivent dans le cadre légal qui s'impose à l'Institut et ils sont nécessaires et suffisants pour remédier au problème concurrentiel identifié. C'est notamment à bon droit que l'Institut relève qu'ils interagissent pour partie entre eux de telle sorte que notamment la non-discrimination ne produit ses pleins effets qu'en conjugaison avec la transparence.

15. Le Conseil de la concurrence relève toutefois une imprécision par rapport à ces deux obligations. La définition du remède portant sur la non-discrimination énonce exactement que les opérateurs doivent appliquer aux concurrents des conditions équivalentes et des services identiques à ce qu'ils fournissent à *leurs propres services ou à leurs filiales ou partenaires*. Cette dernière précision est par la suite partiellement perdue de vue :

- en précisant la nature et le contenu du remède proposé quant à la non-discrimination, il n'est fait état au regard de l'éventail de services offerts que des seuls services offerts par le fournisseur lui-même (alors qu'au regard du prix de gros, il est encore expressément fait référence aux services internes, filiales et partenaires). Afin d'éviter toute discussion future, il paraît utile de compléter le volet portant sur l'éventail de services équivalent par la référence aux filiales et partenaires
- en développant le remède relatif à la transparence, l'analyse perd de vue l'aspect lié aux services internes, filiales et partenaires, puisqu'elle omet d'englober les prix de ces prestations dans les informations que doivent fournir les opérateurs dominants (alors cependant, tel que relevé ci-dessus, il y est encore expressément fait référence dans le cadre des développements relatifs à l'obligation de non-discrimination). L'obligation de transparence, telle que formulée actuellement, vise seulement à révéler les éléments relatifs aux conventions d'interconnexion, et ne vise donc pas les services fournis en interne aux services propres, respectivement aux filiales et partenaires en dehors de toute convention d'interconnexion. Il semble utile de compléter ce remède par ce point.

16. Sous réserve de ces précisions, le Conseil approuve la démarche de l'Institut Luxembourgeois de Régulation.

Conclusion

17. 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 la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles individuels.

Ainsi délibéré et avisé en date du 18 novembre 2005.

(signé)
Thierry HOSCHEIT
Président

(signé)
Carlo SCHNEIDER
Conseiller

(signé)
Jean-Claude WIWINIUS
Conseiller