

Avis N° 2006-AV-03
du
Conseil de la concurrence
du 27 juin 2006
relatif à une demande d'avis de l'Institut Luxembourgeois de Régulation portant
sur l'analyse du marché de la fourniture en gros d'accès à la large bande

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 22 mai 2006 portant sur l'analyse du marché de la fourniture en gros d'accès à la large bande ;

Vu la publication de la prolongation du délai de consultation jusqu'au 14 juillet 2006 ;

Vu les réflexions développées par l'Inspection de la concurrence annexées au présent avis ;

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 22 mai 2006 de son analyse portant sur le marché de la fourniture en gros d'accès à la large bande (marché N° 12 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 dominantes 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 la fourniture en gros d'accès à la large bande
- que l'Entreprise des Postes et Télécommunications (EPT) peut être désignée comme opérateur puissant sur le marché national de l'accès à la large bande
- que les remèdes appropriés portent sur
 - les prestations d'accès et d'interconnexion
 - la non-discrimination
 - la transparence

- la séparation comptable
 - le contrôle des prix et les obligations relatives au système de comptabilisation des coûts
6. L'analyse de l'Institut porte sur une période prospective de trois ans.

Appréciation du Conseil de la concurrence

Remarques préliminaires

7. 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).

8. 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. 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

9. 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.

A cet effet, l'Institut fournit d'abord une description du marché de détail en aval, essentiellement par référence aux analyses des marchés 1 et 2 (portant sur l'analyse du marché de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle et non résidentielle qui ont été avisée par le Conseil de la concurrence dans son avis N° 2006-AV-01). Il faut en retenir que ce marché porte sur la transmission du trafic voix et du trafic de données, sur base d'un accès soit analogique soit numérique. Dans le document d'analyse sous examen, l'Institut décrit plus particulièrement le marché de détail des services d'accès haut débit, en constatant une pénétration relativement faible des connexions par câble coaxial et une relative uniformité des offres d'accès entre opérateurs.

10. L'Institut décrit ensuite les différents types d'offres de gros d'accès haut débit définis par le groupement des régulateurs européens, les spécificités du réseau historiquement mis en place par l'EPT et l'offre de gros d'accès haut débit actuellement proposée par l'EPT, comprenant la fourniture de la connexion à l'utilisateur final et la liaison d'interconnexion avec la plateforme de service de l'opérateur alternatif. Il faut en retenir que la structure du réseau de l'EPT ne permet pas toutes les fonctionnalités définies par le groupement des régulateurs européens et que l'offre de gros fournie par l'EPT requiert un abonnement téléphonique du client final auprès de l'EPT, alors qu'elle semble toutefois permettre aux opérateurs alternatifs de répliquer sur leurs clients les offres de détail que l'EPT fait à ses propres clients.

L'offre mise en place par l'EPT sur ce marché utilise la même infrastructure que celle employée sur le marché de la fourniture en gros d'accès dégroupé aux boucles et sous-boucles et sur laquelle s'appuie en aval le marché de détail de l'accès au réseau téléphonique en position déterminée : la paire de cuivre et la fibre optique pour autant qu'elle est déployée.

11. Cette démarche amène l'Institut Luxembourgeois de Régulation à vérifier la définition du marché pertinent à travers le test de substituabilité. Ce test porte sur deux points.

- 1) La substituabilité entre l'offre d'accès large bande de l'EPT et les offres des câblo-opérateurs sur les canaux de fréquences des réseaux câblés de télévision à destination des opérateurs alternatifs

12. D'un point de vue technique, les deux solutions sont de nature à pouvoir offrir le même service à l'utilisateur final. Pour cette raison, les deux produits peuvent être considérés comme substituables dans le cadre de l'analyse du marché de détail de l'accès au réseau téléphonique en position déterminée (voir les analyses de marché concernant ces deux marchés et l'avis afférent du Conseil de la concurrence N° 2006-AV-01).

C'est cependant à juste titre que l'Institut relève qu'en l'état actuel du développement des réseaux câblés, marqué par un important morcellement, ceux-ci ne constituent pas sur le marché de gros du côté de la demande un produit substituable au réseau à large bande.

L'Inspection de la concurrence développe à cet égard une vue partiellement divergente, en ce qu'elle fait valoir qu'il existe un certain nombre de réseaux de câble de télévision qui sont adaptés au trafic bidirectionnel, et sont déjà utilisés pour du trafic voix et données, et que dans les zones couvertes par ces réseaux, ils constituent un produit substituable, tant du côté de la demande que du côté de l'offre. Ces réseaux permettraient en effet aux câblo-opérateurs concernés d'offrir le cas échéant des accès à d'autres opérateurs alternatifs, au lieu de ne les exploiter que pour leur propre compte. L'Inspection consent qu'une telle analyse influe nécessairement sur la définition géographique du marché.

13. Considérée du côté de l'offre, les deux produits ne semblent pas non plus substituables, en raison des barrières techniques, temporelles et financières au développement de l'offre d'accès sur un réseau de câble de télévision.

14. En raison des potentialités offertes par les réseaux câblés, le Conseil tient toutefois à rappeler son avis exprimé dans le cadre des analyses du marché de détail de l'accès au réseau téléphonique en position déterminée en ce qu'il conviendrait d'examiner les possibilités de mettre un terme à ce morcellement en vue d'accroître l'efficacité de cette technique et contribuer au développement de l'accès à large bande. Une telle évolution requiert le cas échéant une démarche volontariste de l'autorité publique afin d'en évaluer la faisabilité d'un point de vue technique, financier, commercial, ...

2) La substituabilité entre l'offre d'accès large bande de l'EPT et les différents types de dégroupage (partiel ou total, sur la boucle ou la sous-boucle)

15. Le Conseil souscrit entièrement à l'analyse selon laquelle les différentes possibilités de dégroupage ne constituent pas des produits substituables à l'offre d'accès large bande de l'EPT, ni du côté de la demande, ni du côté de l'offre.

3) La définition géographique des marchés

16. L'Institut évalue finalement l'étendue géographique des différents marchés définis par lui pour conclure que cette étendue est nationale.

Le Conseil approuve cette démarche.

Dans ce cadre et en relation avec ses considérations développées au sujet des réseaux de câble de télévision, l'Inspection de la concurrence soulève la question de savoir si la prise

en compte des accès par les réseaux de câble de télévision en tant que produit substituable du côté de la demande sur les parties du territoire national sur lesquelles sont déployés de tels réseaux bidirectionnels ne devrait pas amener à conclure à l'existence de conditions de concurrence différentes sur ces parties du territoire afin d'aboutir à une segmentation géographique du marché.

Sur l'existence d'entreprises dominantes

17. 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)

18. A la suite d'une appréciation prima facie des facteurs structurants du marché (développement du marché et parts de marché, dynamique concurrentielle et impact sur les marchés en aval, barrières à l'entrée et/ou à l'expansion, contre-pouvoir des acheteurs) et d'une analyse prospective du marché et des développements technologiques, l'Institut propose que l'EPT soit désignée opérateur puissant sur le marché national de l'accès dégroupé, total ou partiel, aux boucles et sous-boucles s'appuyant sur la paire de cuivre ou la fibre optique.

19. Cette conclusion ne rencontre pas d'objections de la part du Conseil de la concurrence.

Dans ce cadre, l'Inspection relève l'étroite corrélation qui existe entre le marché sous examen (accès à bande large) et le marché 11 (dégroupage total et partiel de la boucle et sous-boucle) en soulignant l'expérience française qui a permis de multiplier les accès dégroupé par le facteur 6 essentiellement grâce aux revenus générés au profit des opérateurs alternatifs dans leurs relations avec les utilisateurs finals à la suite de l'ouverture de l'accès large bande.

Sur le développement des remèdes appropriés

20. 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 5 remèdes à imposer à l'entreprise dominante identifiée :

- les prestations d'accès et d'interconnexion
- la non-discrimination
- la transparence
- la séparation comptable
- le contrôle des prix et les obligations relatives au système de comptabilisation des coûts

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.

21. 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 et la transparence ne produisent leurs pleins effets qu'en conjugaison avec la séparation comptable.

22. Au regard de l'obligation de transparence, le Conseil note avec satisfaction que l'Institut propose l'obligation de publier une offre de référence. Une telle offre ne peut qu'accélérer le développement de la concurrence, en revenant notamment sur les imperfections de l'offre actuelle qui n'est pas soumise à réglementation. Le Conseil propose toutefois d'assortir cette obligation d'un délai limite, dont le non-respect peut le cas échéant entraîner une décision d'office de la part de l'Institut.

23. Le Conseil approuve également la proposition de l'Institut, pour les raisons qu'il indique, de baser les obligations relatives au système de comptabilisation des coûts sur un système *retail minus*.

24. Le Conseil souhaite toutefois revenir plus longuement sur la demande de certains opérateurs d'obliger l'EPT à fournir des offres en gros d'accès à haut débit. Le Conseil comprend que cette demande tend à permettre aux opérateurs alternatifs d'offrir sur le marché de détail des produits qui se différencient plus nettement des produits y offerts par l'EPT.

L'Institut reconnaît que l'offre de revente actuelle, remédiant à la seule question de l'accès au réseau, ne laisse que peu de marge de différenciation entre les produits offerts sur le marché de détail, et qu'au contraire une offre *bitstream*, donnant accès à des éléments de réseau supplémentaires, permet une plus grande différenciation et serait

bénéfique pour le développement des marchés de détail en stimulant l'innovation et le dynamisme.

Le Conseil partage l'idée que la possibilité conférée aux opérateurs alternatifs de se distinguer de l'offre de l'opérateur historique non seulement sur les prix et des éléments mineurs, mais également sur les caractéristiques techniques de base telle que la vitesse de connexion est un moteur essentiel à l'innovation et au progrès technologique. Dans ce cadre, on peut rappeler que les vitesses de connexion actuellement offertes au Luxembourg sont loin de ce que permet la technologie et de ce qui se pratique dans d'autres pays.

L'Institut envisage toutefois de ne pas donner suite à la sollicitation des opérateurs alternatifs au motif essentiellement que le dégroupage permet une différenciation suffisante, mais que les opérateurs alternatifs ne tirent pas profit de cette possibilité, de sorte qu'il faudrait admettre qu'il n'y avait pas de demande sur le marché de détail pour de tels produits alternatifs. Ce n'est qu'au fur et mesure que la preuve serait établie de l'existence d'une demande en ce sens qu'il serait envisageable de développer un remède supplémentaire.

Le Conseil n'est toutefois pas en mesure de suivre l'Institut dans ce raisonnement. Le Conseil estime que la question est abordée à l'envers s'il faut d'abord démontrer la preuve de l'existence d'une demande avant de prendre des mesures visant à l'ouverture du marché. Ne faut-il pas au contraire apprécier si un produit donné est en mesure d'apporter une plus-value en termes de concurrence et de satisfaction des besoins des consommateurs et dans l'affirmative prendre les mesures nécessaires pour ouvrir le marché en ce sens.

Le Conseil ne peut pas non plus suivre l'Institut dans son affirmation selon laquelle il n'existerait pas de demande sur le marché de détail pour des produits différenciés. Le fait que les opérateurs alternatifs sollicitent l'introduction d'une offre de gros semble au contraire démontrer qu'ils voient un marché pour de tels produits. Le fait qu'ils ne les aient pas encore développés peut tenir à d'autres raisons que l'absence de demande sur le marché de détail.

Il semble en effet certain, et l'Institut l'affirme par ailleurs, que le dégroupage, bien qu'offrant une alternative technique pour différencier les offres, ne présente pas une alternative en termes de coûts en raison de l'importance des investissements auquel l'opérateur alternatif doit consentir pour la mettre en œuvre.

Dans ce cadre, l'Inspection relève encore qu'il n'y a guère de différence d'un point de vue technique entre l'offre de gros d'accès large bande telle qu'envisagée par l'Institut dans son analyse sous avis et l'offre de revente sur le marché de détail qu'il propose d'imposer dans le cadre de l'analyse des marchés 1 et 2 (accès au réseau téléphonique en position déterminée), de sorte qu'elle n'apporterait pas de plus-value en termes de différenciation des produits, l'opérateur historique restant de plus maître de toute évolution future.

25. Contrairement à l'affirmation de l'Institut, il ne semble pas aux yeux du Conseil que les seuls remèdes proposés (négociation de bonne foi, interdiction du retrait de l'accès, accès aux interfaces techniques, colocalisation, accès aux systèmes d'assistance opérationnelle), en l'absence de l'obligation de fournir une offre de gros de type *bitstream* permettant de différencier les offres sur le marché haut débit de détail, permettent aux opérateurs alternatifs d'entrer sur le marché et de monter en puissance avant d'investir dans leur propre infrastructure. Le Conseil invite partant l'Institut à revoir son analyse sur ce point et d'envisager d'imposer l'obligation à charge de l'entreprise puissante de fournir une telle offre, et ce par le biais d'une offre de référence, moyen le plus apte à garantir un fonctionnement efficace et transparent du marché.

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

Conclusion

27. Tout en invitant l'Institut Luxembourgeois de Régulation à reconsidérer sa position en ce qui concerne l'obligation à charge de l'EPT de fournir des offres de gros permettant aux opérateurs alternatifs de différencier leurs offres haut débit de détail de celles offertes par l'EPT, le Conseil de la concurrence ne s'oppose pas aux mesures envisagées par l'Institut Luxembourgeois de Régulation dans le cadre du marché de la fourniture en gros d'accès à large bande.

Ainsi délibéré et avisé en date du 27 juin 2006.

(signé)
Thierry HOSCHEIT
Président

(signé)
Carlo SCHNEIDER
Conseiller

(signé)
Jean-Claude WIWINIUS
Conseiller

Annexe: Réflexions de l'Inspection de la concurrence du 22 juin 2006.