

Avis N° 2006-AV-04
du
Conseil de la concurrence
du 17 août 2006

relatif à une demande d'avis de l'Institut Luxembourgeois de Régulation portant sur l'analyse

- 1. le marché national des services téléphoniques nationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle résidentielle**
- 2. le marché national des services téléphoniques internationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle résidentielle**
- 3. le marché national des services téléphoniques nationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle**
- 4. le marché national des services téléphoniques internationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle.**

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 juillet 2006 portant sur l'analyse

1. du marché national des services téléphoniques nationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle résidentielle
2. du marché national des services téléphoniques internationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle résidentielle
3. du marché national des services téléphoniques nationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle
4. du marché national des services téléphoniques internationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle

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 24 juillet 2006 de son analyse portant sur

- le marché national des services téléphoniques nationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle résidentielle (marché N° 3 identifié dans la Recommandation du 11 février 2003)
- le marché national des services téléphoniques internationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle résidentielle (marché N° 4 identifié dans la Recommandation du 11 février 2003)
- le marché national des services téléphoniques nationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle (marché N° 5 identifié dans la Recommandation du 11 février 2003)
- le marché national des services téléphoniques internationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle (marché N° 6 identifié dans la Recommandation du 11 février 2003) .

Les marchés soumis à examen constituent des marchés de détail, c'est-à-dire des marchés de services et produits fournis aux utilisateurs finals, par opposition aux marchés de gros, qui sont les marchés de l'accès pour les opérateurs aux installations nécessaires à la fourniture de ces services et produits aux utilisateurs finals.

Ces marchés de détail sont définis dans la Recommandation comme faisant partie du volet plus global de la fourniture de raccordements au réseau téléphonique public et l'utilisation de ce réseau en positions déterminées. Il s'agit plus spécifiquement du volet « utilisation », le volet « fourniture de raccordements » étant traité par les marchés 1 et 2 qui font l'objet d'une procédure de consultation à part et pour lesquels le Conseil a adopté son avis N° 2006-AV-04 du 1^{er} juin 2006.

S'agissant de marchés de détail, la notion de service universel peut intervenir, sans que celle-ci n'influe cependant de façon déterminante sur l'analyse.

5. L'analyse de l'Institut porte sur une période prospective de trois ans.

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

6. La démarche de l'Institut Luxembourgeois de Régulation, expliquée d'abord dans ses grandes lignes pour ensuite être adaptée au cas concret des marchés sous examen, consiste à d'abord définir le marché pertinent, ensuite à l'analyser et à déterminer les entreprises qui seraient éventuellement dominantes sur ces marchés pour en fin de compte se pencher sur les remèdes qui pourraient être adoptés pour palier aux déficiences constatées. Une annexe renvoie quant aux méthodologies adoptées pour l'examen de chacun de ces trois volets aux analyses antérieures de l'Institut opérées pour les marchés des groupes Accès et Mobile.

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

- les marchés pertinents sont
 - le marché national des services téléphoniques nationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle résidentielle
 - le marché national des services téléphoniques internationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle résidentielle
 - le marché national des services téléphoniques nationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle
 - le marché national des services téléphoniques internationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle

- (L'Institut fait abstraction, au vue de la taille réduite du territoire luxembourgeois, d'une subdivision en marchés locaux. Cette approche est approuvée par le Conseil)
- que l'Entreprises des Postes et Télécommunications (ci-après EPT) dispose d'une puissance significative sur ces marchés
 - que les remèdes appropriés portent sur
 - la non-discrimination
 - la transparence
 - la séparation comptable
 - le contrôle des prix et les obligations relatives au système de comptabilisation des coûts

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).

Le Conseil tient cependant à préciser que ni les remèdes proposés par l'Institut à l'heure actuelle et adoptés le cas échéant ultérieurement, ni le présente avis du Conseil ne préjugent d'une éventuelle procédure sur base de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence s'il devait s'avérer que nonobstant le respect de ces remèdes, l'opérateur puissant devait être en mesure d'adopter des comportements anti-concurrentiels prohibés par la loi.

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 des marchés pertinents

9. Les marchés soumis à examen mettent en relation les utilisateurs finals avec les opérateurs qui leur offrent un service de téléphonie en position fixe par le biais duquel les utilisateurs peuvent effectuer des appels vocaux.

Les opérateurs fournissent ces services par différents moyens :

- sur les réseaux téléphoniques traditionnels.
Les opérateurs accèdent à ces réseaux soit en mode direct lorsqu'ils détiennent les éléments d'infrastructure nécessaires à cet effet (c'est-à-dire soit qu'ils sont propriétaires du réseau, soit qu'ils ont accès à la boucle local par le dégroupage), soit en mode indirect lorsqu'ils acheminent le trafic qu'ils captent par le réseau d'un autre opérateur (c'est-à-dire qu'ils offrent les services par la voie de la sélection ou de la présélection). Une troisième solution offerte aux opérateurs est la revente lorsqu'ils achètent à un autre opérateur un volume de trafic qu'ils revendent aux utilisateurs. La commercialisation du trafic et l'acheminement du trafic sont alors dissociés.
- sur les réseaux de câble de télévision
L'utilisation du câble de télévision est mise en œuvre par un seul câblo-opérateur, qui est le seul à y offrir des services de téléphonie fixe.
- sur les réseaux à large bande
Une part du trafic téléphonique est captée sur le réseau Internet par la technique du VoB (Voice over Broadband).

10. L'Institut Luxembourgeois de Régulation, après avoir exposé en détail les différentes offres de services téléphoniques existant sur le marché luxembourgeois pour la clientèle résidentielle d'une part et la clientèle résidentielle d'autre part, tant en ce qui concerne les moyens mis en œuvre par les opérateurs que les tarifs, procède à la définition des marchés pertinents 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 l'aide du test du monopoleur hypothétique.

Dans ce cadre, l'Institut Luxembourgeois de Régulation examine la substituabilité par rapport à 11 points différents. Cet examen appelle de la part du Conseil les remarques suivantes.

11. Le Conseil tient d'abord à rappeler que la notion de la substituabilité s'apprécie en premier lieu par rapport aux caractéristiques objectives des services, leur prix et leur utilité ou fonction afin de déterminer si un second produit peut être considéré comme

pouvant se substituer au produit dont le marché est sous analyse et partant comme pouvant être considéré comme faisant partie du même marché.

Cette analyse peut être appuyée par le test du monopoleur hypothétique, appliqué tout d'abord du côté de la demande. De ce côté du marché, ce test revient à chercher si, en cas de hausse légère, mais réelle et durable, du prix du service dont le marché est sous examen, pratiquée par un monopoleur hypothétique, les consommateurs se tourneraient vers un autre service afin de le substituer au produit en cause, en tenant compte de tous les éléments pouvant entrer en ligne de compte, tel que les barrières psychologiques ou les coûts de migration. Tous les produits entrant en ligne de considération font alors partie du même marché.

Appliqué du côté de l'offre, le test du monopoleur hypothétique revient à apprécier le comportement d'autres entreprises en cas de hausse légère, mais réelle et significative du prix du service offert par un monopoleur hypothétique, en ce qu'il s'agit de savoir s'ils peuvent fournir rapidement et facilement, entre autres sans coûts excessifs, un service équivalent à celui du monopoleur hypothétique.

1) l'Institut Luxembourgeois de Régulation examine

- la substituabilité entre les services d'accès au réseau téléphonique public en position déterminée et les services téléphoniques accessibles au public en position déterminée (pages 24 et 25)
- la substituabilité entre les services téléphoniques accessibles au public en position déterminée pour la clientèle résidentielle et les services téléphoniques accessibles au public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle aux pages 27 et 28

12. Le Conseil ne perçoit pas bien la pertinence de ces critères, qui se confondent pour le premier avec celui qui se trouve à la base de la distinction entre les marchés 1 et 2 d'une part (qui font l'objet d'une consultation à part qui a donné lieu à l'avis N° 2006-AV-01 du Conseil du 1^{er} juin 2006) et les marchés 3 à 6 d'autre part et, pour le second, avec celui qui se trouve à la base de la distinction entre les marchés 3 et 4 d'une part et les marchés 5 et 6 d'autre part, tels que définis par la Commission européenne dans sa recommandation. Par ailleurs, si le premier examen se fait par rapport à un critère qui peut être considéré comme pertinent (en ce qu'il y a des services différents), le Conseil ne perçoit pas dans quelle mesure dans le cadre du deuxième examen une modification des clientèles cibles, qui ont des besoins différents, peut influencer sur la question de la substituabilité du/des services en question.

Ces questions auraient de l'avis du Conseil dû être traitées en guise d'introduction afin de vérifier s'il fallait retenir des marchés plus étroits ou plus larges que ceux retenus dans la recommandation.

13. Au fond, le Conseil partage toutefois l'avis de l'Institut pour dire que les deux services (accès et service téléphonique) et les deux catégories de clientèles (résidentielle et non résidentielle) ont des caractéristiques, respectivement des besoins différents, et qu'un opérateur actif sur un marché, surtout lorsqu'il est extrêmement spécialisé, ne peut pas aisément étendre ses activités sur le/les autre(s) marché(s), ce qui justifie que l'ensemble de ces marchés soient séparés et puissent le cas échéant faire l'objet d'appréciations différentes.

- 2) l'Institut prend en compte l'existence de la téléphonie mobile à deux égards en examinant
- la substituabilité entre les services téléphoniques accessibles au public en position déterminée et les services téléphoniques accessibles au public en position non déterminée (pages 25 et 26)
 - la substituabilité entre les services téléphoniques accessibles au public « fixe vers fixe » et les services téléphoniques accessibles au public « fixe vers mobile » (pages 31 et 32)

14. Sur le premier point, il s'agit de vérifier si dans ce cadre la téléphonie mobile constitue un service substituable à la téléphonie fixe. Il s'agit d'un sujet récurrent, qui a déjà été abordé dans le cadre de l'analyse du marché de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux téléphoniques publics mobiles (marché 15) (qui a fait l'objet d'une consultation à part qui a donné lieu à l'avis N° avis N° CC-AV-01/2005 du 18 novembre 2005 et d'une décision N° 06/93 de l'Institut du 9 mai 2006) et de l'analyse des marchés de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle et pour la clientèle non résidentielle (marchés 1 et 2) (qui font l'objet d'une consultation à part qui a donné lieu à l'avis N° 2006-AV-01 du Conseil du 1^{ier} juin 2006). Depuis les avis et analyses afférents, les marchés n'ont pas subi d'évolution fondamentale devant conduire à modifier l'appréciation qui avait été faite consistant à retenir l'absence de substituabilité entre les deux secteurs. Le Conseil note toutefois que l'Institut intègre dans son analyse des réflexions expresses sur l'évolution rapide qui peut affecter ce domaine.

15. Sur le deuxième point, il s'agit de savoir si à la connexion depuis un poste fixe vers un autre poste fixe peut être substituée une connexion vers un poste mobile. Tout en reconnaissant l'identité de fonctionnalités et d'usages, l'Institut conclut que du côté de la demande, cette substituabilité ne joue pas en raison de la différence de qualité du service et des différences de tarifs.

Le Conseil estime toutefois que dans la pratique aujourd'hui, l'utilisateur ne fait plus guère la différence entre une connexion vers un poste fixe et une connexion vers un poste mobile, et que donc les deux services sont substituables du côté de la demande. Cette différence d'appréciation n'affecte toutefois pas le fond de l'analyse, puisque l'Institut conclut in fine néanmoins à la substituabilité entre les deux services en raison de la substituabilité du côté de l'offre.

- 3) l'Institut Luxembourgeois de Régulation procède à un examen en fonction de la technique sous-jacente au trafic en analysant
- la substituabilité entre les services téléphoniques accessibles au public en position déterminée sur le réseau téléphonique commuté et les services téléphoniques accessibles au public en position déterminée sur les réseaux câblés adaptés à la téléphonie (pages 26 et 27)
 - la substituabilité entre les services téléphoniques accessibles au public en position déterminée sur le réseau téléphonique commuté et les services téléphoniques accessibles au public en position déterminée sur les connexions Internet à haut débit (pages 32 à 34)

16. Ces critères font appel à la question de savoir si la téléphonie traditionnelle sur réseau commuté est concurrencée, ou est susceptible d'être concurrencée, par l'émergence des nouvelles technologies que sont le transport de la voie sur le câble coaxial et le réseau Internet.

17. Le premier de ces aspects a déjà été vu dans le cadre de l'analyse des marchés de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle et pour la clientèle non résidentielle (marchés 1 et 2) (qui font l'objet d'une consultation à part qui a donné lieu à l'avis N° 2006-AV-01 du Conseil du 1^{er} juin 2006) et a conduit à admettre la substituabilité dans le cadre des marchés « accès ».

Le Conseil approuve la conclusion de l'Institut consistant à retenir également la substituabilité entre ces deux techniques dans le cadre des marchés « services », tout en rappelant encore une fois l'importance que peut revêtir à ses yeux le développement des réseaux de câblodistribution en termes d'accroissement de la concurrence.

18. Pour le second aspect, l'Institut distingue entre d'une part les services VoB pour lesquels l'opérateur exerce le contrôle de la qualité de la communication (qualifiés de type 1 : ce sont les services de VoIP commercialisés en conjonction avec un accès au réseau Internet et qui bénéficient de l'attribution d'un numéro géographique du plan de numérotation nationale) et d'autre part les services VoIP pour lesquels l'opérateur n'exerce pas ce contrôle de la qualité (qualifiés de type 2 : ce sont les connexions peer to peer, les services sans attribution de numéro permettant d'effectuer seulement des appels sortants et les services commercialisés indépendamment de la fourniture d'un accès au réseau Internet et bénéficient d'un numéro non géographique du plan de numérotation national).

L'Institut conclut à la substituabilité entre les services téléphoniques accessibles au public en position déterminée sur le réseau téléphonique commuté et les services téléphoniques accessibles au public en position déterminée sur les connexions Internet à haut débit du type 1. Le Conseil approuve cette approche. Les deux services offrent en effet les mêmes fonctionnalités et la même qualité de service aux utilisateurs. La

circonstance que les protocoles de communication soient différents est sans incidence moyen de s'intéressant pas à la technologie sous-jacente au service qu'il utilise.

L'Institut conclut à l'absence de substituabilité entre les services téléphoniques accessibles au public en position déterminée sur le réseau téléphonique commuté et les services téléphoniques accessibles au public en position déterminée sur les connexions Internet à haut débit du type 2. Cette conclusion est assurément exacte pour les services peer to peer, puisqu'ils ne permettent pas d'appeler n'importe quel correspondant, et pour les services permettant seulement des appels sortants, puisqu'ils ne permettent pas les appels entrants. Ces services n'offrent donc pas les mêmes services qu'un service téléphonique sur ligne commutée.

Le Conseil s'interroge toutefois sur l'adéquation, surtout à terme, de cette conclusion en ce qui concerne les services commercialisés de manière indépendante de la fourniture d'un accès au réseau Internet, dans la mesure où cette conclusion semble reposer essentiellement sur la différence de qualité offerte par ces services par rapport au réseau commuté. Il conviendrait d'examiner plus en détail la réelle différence de qualité qui subsiste à l'heure actuelle, l'évolution probable de cette différence de qualité compte tenu de l'évolution des technologies et l'incidence de cette différence de qualité et de son évolution sur le comportement des consommateurs. Compte tenu de l'ampleur réduite à l'heure actuelle du trafic empruntant cette voie et de l'horizon triennal de l'analyse, le Conseil approuve toutefois la position de l'Institut.

- 4) L'Institut envisage ensuite trois volets de substitution en fonction de la localisation des points de connexion en examinant
 - la substituabilité entre les services téléphoniques accessibles au public en position déterminée locaux et les services téléphoniques accessibles au public en position déterminée nationaux (page 28)
 - la substituabilité entre les services téléphoniques accessibles au public en position déterminée nationaux et les services téléphoniques accessibles au public en position déterminée internationaux (pages 29 et 30)
 - la substituabilité entre les services téléphoniques accessibles au public en position déterminée internationaux vers une destination et les services téléphoniques accessibles au public en position déterminée internationaux vers une autre destination (pages 30 et 31)

19. Le premier point a trait à une sub-division des marchés 3 et 5 que la Commission a suggérée dans le cadre de sa Recommandation. C'est de façon évidente que cette sub-division n'est pas reprise dans le cadre de l'analyse de la situation au Luxembourg et qu'il faut considérer que les marchés locaux et nationaux se confondent.

20. Sur le deuxième point, le Conseil approuve la conclusion de l'absence de substituabilité au regard du fait que du côté de la demande, il paraît certain qu'un appel vers une destination internationale ne peut pas se substituer à un appel vers une

destination nationale. Aux yeux du Conseil, ce seul constat suffit pour exclure toute substituabilité, même considérée du côté de l'offre, sans qu'il ne soit besoin de se poser la question de savoir si un concurrent pourrait aisément et sans frais excessif offrir un service vers une destination internationale : un tel service ne remplit pas les mêmes fonctionnalités qu'un service vers une destination nationale et n'a donc pas à entrer en ligne de compte.

21. Cette dernière considération amène le Conseil à mettre en cause la conclusion que l'Institut adopte sur le troisième point lorsque, après avoir relevé que du côté de la demande, un appel vers une destination internationale n'est pas substituable à un service vers une autre destination internationale, il développe que du côté de l'offre, un opérateur offrant des services internationaux vers certaines destinations peut aisément et à moindre frais étendre ses services vers d'autres destinations internationales, pour en déduire la substituabilité du côté de l'offre entre ces deux catégories de services. Il est important de noter que la substitution entre deux services ne peut être retenue qu'à la condition première que pour l'utilisateur, il s'agisse d'un service équivalent à celui auquel il faut chercher un substitut. Cette condition n'étant pas remplie entre un service vers une destination internationale et un service vers une autre destination internationale, le Conseil contredit l'analyse de l'Institut et conclut à l'absence de substituabilité entre ces deux catégories de services.

Cette divergence n'affecte toutefois pas le fond de l'analyse concernant l'existence d'un opérateur dominant et les remèdes à imposer

5) à la page 35, l'Institut examine la substituabilité entre les services téléphoniques accessibles au public en position déterminée prépayés et les services téléphoniques accessibles au public en position déterminée post payés

22. La seule différence entre ces deux services réside dans le mode de paiement, le Conseil approuve la conclusion de l'Institut consistant à retenir la substituabilité entre les deux services.

6) finalement, l'Institut aborde aux pages 35 et 36 la question de la substituabilité entre les services téléphoniques accessibles au public en position déterminée interpersonnels et les services téléphoniques accessibles au public en position déterminée à destination d'un fournisseur de services

23. Le Conseil estime que l'Institut relève à bon droit que pour l'utilisateur, ces deux services ne remplissent pas les mêmes fonctions, et que partant ils ne sont pas substituables de ce côté. Toutefois, pour les motifs développés ci-dessus aux points 20 et 21, le Conseil estime que ce constat devrait amener à exclure de même la substituabilité

du côté de l'offre, puisque même supposer qu'un autre opérateur parvienne rapidement, aisément et à moindre frais à offrir des services à destination d'un fournisseur de services, les utilisateurs n'y recouraient pas en raison de l'absence de satisfaction des mêmes besoins qu'un service interpersonnel.

Cette divergence d'approche n'est toutefois pas de nature à affecter le fond de l'analyse au regard de l'existence d'une entreprise puissante et des remèdes à adopter.

7) La définition géographique des marchés

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

Le Conseil est en mesure d'approuver cette approche, de même que l'intention affichée par l'Institut d'être attentif à l'évolution dans le secteur de la câblodistribution.

Sur l'existence d'entreprises dominantes

25. 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)

26. A la suite d'une appréciation *prima facie* des facteurs structurants du marché (nombre et activités des principaux opérateurs, taille du marché, parts de marché et concentration du marché, dynamique concurrentielle), d'autres facteurs impactant la concurrence sur le marché (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 Luxembourgeois de Régulation propose de retenir que l'EPT soit désignée opérateur puissant sur l'ensemble des quatre marchés soumis à analyse.

27. Le Conseil partage l'analyse faite à cet égard par l'Institut. Il retient à cet égard plus particulièrement les parts de marché importantes que l'EPT détient sur chacun des marchés, que ce soit en volume ou en valeur, ainsi que la stabilité des prix pratiqués par l'EPT qui, face à l'évolution et au niveau des prix pratiqués par les autres opérateurs, tend à démontrer l'absence à l'heure actuelle de pression concurrentielle.

28. Sur le détail des développements faits dans ce cadre, le Conseil tient toutefois par ailleurs à faire les réflexions suivantes.

29. En ce qui concerne les économies d'échelle et de gamme, la rédaction de l'analyse semble manquer de rigueur. En ce qui concerne les économies d'échelle, la motivation est tenue en termes généraux, alors que la conclusion ne se réfère qu'aux services téléphoniques nationaux. En ce qui concerne les économies de gamme, la motivation évoque les services téléphoniques internationaux, tandis que la conclusion mentionne uniquement les services téléphoniques nationaux. La rigueur scientifique nécessiterait que les conclusions concordent avec la motivation sur le fond, le Conseil ne voit pas de raisons d'apprécier différemment les services téléphoniques nationaux et internationaux.

30. Le Conseil attire encore l'attention sur les risques potentiels engendrés par l'intégration verticale et horizontale dans le chef de l'EPT au regard du jeu de la concurrence du fait des entraves qui peuvent en résulter (discriminations, ...) d'une part et des pratiques qui peuvent en découler d'autre part (subventions croisées, ventes couplées, ...) que le Conseil a déjà partiellement évoqués dans son avis N° 2006-AV-01 du 1^{er} juin 2006 relatif aux marchés de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée. Les effets d'intégration horizontale risquent par ailleurs d'être majorés par des effets de concentration au du fait de prises de participations dans d'autres entreprises commercialisant leurs services par le biais de techniques nouvelles. Il conviendra d'être particulièrement attentif à l'évolution de la situation économique à cet égard.

31. Finalement, si le Conseil approuve l'importance accordée par l'Institut, dans le cadre des analyses de marché sous examen ainsi que dans d'autres analyses de marché, au développement des réseaux câblés, il tient toutefois à souligner qu'il semble plus opportun de prendre en considération, afin de mesurer son impact, le pourcentage de la population résidentielle et non résidentielle qui peut tirer avantage d'une connexion à un tel réseau, plutôt que le pourcentage du territoire couvert par de tels réseaux aptes à fournir des services de téléphonie. Par ailleurs, le développement futur de ces réseaux mérite également d'être mis en relation avec la politique d'aménagement du territoire afin de les étendre vers les régions susceptibles de, ou appelées à, subir une évolution de la population résidentielle et/ou non résidentielle.

Sur le développement des remèdes appropriés

32. 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'imposer à l'entreprise identifiée comme puissante les obligations suivantes :

- 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.

L'Institut propose de supprimer dans le cadre de ces marchés de détail toute obligation relative aux prestations d'accès et à l'interconnexion, compte tenu notamment des obligations tenant à la sélection et à la présélection imposés sur le marché de gros, qui sont considérées comme étant suffisantes pour garantir l'accès sur les marchés de détail.

33. D'une façon générale, ces remèdes s'inscrivent dans le cadre légal qui s'impose à l'Institut et le Conseil estime qu'ils sont nécessaires et suffisants pour remédier au problème concurrentiel identifié. Il peut en effet être fait abstraction de remèdes en termes de prestations d'accès et d'interconnexion sur ces marchés de détail au regard des obligations tenant à la sélection et à la présélection prévus sur les marchés de gros en rapport avec les marchés de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée (marchés 1 et 2 qui ont fait l'objet d'une consultation à part ayant donné lieu à l'avis du Conseil N° 2006-AV-01 du 1^{er} juin 2006). Cette conclusion ne vaudra évidemment que pour autant que ces obligations seront effectivement maintenues dans le cadre des analyses de marché portant sur ces marchés et produiront les résultats escomptés.

34. C'est encore à juste titre que l'Institut relève que les différents remèdes interagissent pour partie entre eux de telle sorte que notamment la non-discrimination ne produit ses pleins effets qu'en conjugaison avec la transparence et la séparation comptable.

35. Le Conseil tient en effet à insister sur l'importance de l'obligation de tenir une comptabilité séparée par rapport aux différents services offerts sur les marchés par l'entreprise dominante. Le Conseil souscrit aux développements que l'Institut consacre dans ce cadre aux risques concurrentiels engendrés par les pratiques, par exemple en

matière de prix, que peut permettre une position dominante, surtout couplée à des effets d'intégration verticale et/ou horizontale. Seule une séparation comptable réelle, transparente et efficace permet aux autorités de vérifier la bonne comptabilisation des coûts afin de prévenir ou le cas échéant de mettre un terme à de telles pratiques anti-concurrentielles. Ainsi, la séparation comptable constitue aux yeux du Conseil une obligation essentielle pour assurer l'efficacité des autres remèdes proposés et le jeu efficace de la concurrence.

36. Sur le contrôle des prix, l'Institut entend abandonner toute obligation d'orientation vers les coûts en la remplaçant par une interdiction de pratiques des prix excessifs ou prédateurs, des subventions croisées ou tout autre comportement anti-concurrentiel en estimant en substance que l'obligation d'orientation vers les coûts imposée sur le marché 8 relatif au départ d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée et le marché 9 relatif à la terminaison d'appel sur divers réseaux téléphoniques publics individuels en position déterminée ainsi que l'obligation de fournir la revente de l'abonnement imposée sur les marchés de gros dans le cadre des marchés 1 et 2 relatifs à l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée permettent de développer la concurrence sur les marchés de détail des services téléphoniques et qu'il peut exercer un contrôle sur les prix reflétant un comportement anticoncurrentiel.

Cette approche appelle de la part du Conseil un certain nombre de remarques.

37. Tout d'abord, l'approche de l'Institut se distingue de celle adoptée dans le cadre des marchés 1 et 2 qui sont également des marchés de détail où il a proposé de remplacer l'obligation d'orientation vers les coûts par une obligation de prix raisonnable. Bien que l'Institut se soit référé dans le cadre des analyses de ces deux marchés à la nécessité d'éviter par le biais de ce contrôle les distorsions de concurrence, il faut relever que les développements actuels sont plus précis à cet égard et le Conseil s'interroge sur les raisons de cette différence d'approche.

38. Ensuite, l'approche proposée par l'Institut présuppose que les remèdes tenant à l'orientation vers les coûts sur les marchés 8 et 9 ainsi qu'à la revente de l'abonnement sur les marchés de gros en rapport avec les marchés 1 et 2 soient effectivement mis en œuvre. Le marché 8 fait l'objet d'une consultation à part donnant lieu à un avis du Conseil de ce même jour (avis N° 2006-AV-05) et cette obligation y est proposée et elle trouve l'approbation du Conseil. Le Conseil ne se trouve toutefois pas encore saisi d'une consultation relativement au marché 9 et ne peut donc se prononcer au stade actuel sur la question de savoir si un tel remède y est proposé et lui paraît approprié. En ce qui concerne la revente de l'abonnement, elle est proposée dans le cadre de l'analyse des marchés 1 et 2 et a trouvé l'approbation du Conseil dans son avis N° 2006-AV 01 du 1^{er} juin 2006. Il faut toutefois relever que ce remède n'y est pas proposé sur le marché des services d'accès primaire, qui ne concerne que la clientèle non résidentielle. L'argument actuellement avancé par l'Institut pour justifier la suppression de l'obligation vers les coûts ne joue donc pas sur ce marché restreint. Dans la mesure toutefois où la concurrence sur ce marché est plus développée et qu'elle fait intervenir d'autres aspects importants, tel que la diversité des services associés à la téléphonie et la qualité du

service, on peut estimer que la revente de l'abonnement ne joue pas un rôle aussi fondamental dans ce cadre et que l'absence d'une obligation à cet égard ne préjudicie pas de l'évolution concurrentielle sur ce marché.

Toujours est-il qu'en raison du lien établi par l'Institut entre les remèdes proposés sur certains marchés et l'allègement consécutif des remèdes sur d'autres marchés, le Conseil estime que cet allègement ne peut être maintenu à terme que si les remèdes sur les autres marchés produisent effectivement les résultats escomptés.

39. Au fond, il ne peut être question à proprement parler d'une substitution d'une obligation nouvelle (interdiction des pratiques anticoncurrentielles en matière de prix) à une obligation ancienne (orientation des prix vers les coûts). L'interdiction des pratiques anticoncurrentielles existe indépendamment de toute décision de l'Institut en vertu des articles 3 à 5 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, dont plus particulièrement l'article 5 a trait aux abus de position dominante, et la mise en œuvre de cette interdiction est confiée au Conseil de la concurrence. L'approche envisagée par l'Institut revient donc en pratique à la simple suppression de l'obligation d'orientation des prix vers les coûts, avec un contrôle des prix en fonction de critères plus généraux tirés du droit de la concurrence.

40. Cette approche, outre qu'elle marque la convergence entre le droit de la régulation et le droit de la concurrence, appelle toutefois à s'interroger d'une part sur la méthodologie que l'Institut entend adopter et d'autre part sur l'interaction entre ces deux domaines.

41. Sur la question de la méthodologie, le document de l'Institut n'indique pas clairement de quelle façon il entend opérer le contrôle des prix par référence à l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles. S'il fait le rapprochement avec l'obligation de transparence et partant l'obligation de communication préalable de toute offre destinée au public, l'Institut omet toutefois de préciser les modalités pratiques de la mise en œuvre de son contrôle, notamment sur la question de savoir s'il se réserve le droit d'interdire expressément la mise sur le marché d'une offre qui lui semble incompatible avec les principes découlant de l'interdiction qu'il entend adopter et s'il faut à cet effet solliciter une décision expresse de sa part, ni s'il entend consulter les concurrents de l'entreprise dominante dans ce cadre. Les modalités d'appréciation du caractère anticoncurrentiel d'un prix restent de même à préciser. Reste aussi la question de savoir si l'Institut entend se réserver le droit d'exiger le retrait d'une offre commercialisée s'il devait apparaître ultérieurement que nonobstant une appréciation initiale, le prix pratiqué relève néanmoins d'une pratique anticoncurrentielle. En tout état de cause, le mécanisme proposé par l'Institut requiert une approche parcimonieuse à l'effet de ne pas mélanger dans les procédures droit de la régulation et droit de la concurrence.

42. Sur la question de l'interaction entre droit de la régulation et droit de la concurrence, et en rapport avec le dernier problème évoqué au point précédent, le Conseil tient à souligner à l'attention des opérateurs économiques qu'à ses yeux, l'appréciation

portée par l'Institut sur le caractère anticoncurrentiel d'une pratique de prix n'a d'incidences que dans le stricte cadre de la régulation dont est en charge l'Institut, et ne saurait préjudicier de l'appréciation que le Conseil pourrait être amené à porter s'il devait être saisi de la même pratique. Cette approche découle nécessairement de l'autonomie institutionnelle des deux organes. Il est encore renvoyé sur cet aspect aux développements faits au point 7 ci-dessus.

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

Conclusion

44. Le Conseil de la concurrence ne s'oppose pas aux mesures envisagées par l'Institut Luxembourgeois de Régulation dans le cadre

1. du marché national des services téléphoniques nationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle résidentielle
2. du marché national des services téléphoniques internationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle résidentielle
3. du marché national des services téléphoniques nationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle
4. du marché national des services téléphoniques internationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle

Ainsi délibéré et avisé en date du 17 août 2006.

(signé)
Thierry HOSCHEIT
Président

(signé)
Carlo SCHNEIDER
Conseiller

(signé)
Jean-Claude WIWINIUS
Conseiller