

Avis N° 2006-AV-05
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
du marché de gros du départ d'appel sur le réseau téléphonique public en position
déterminée

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 du marché de gros du départ d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée ;

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 de gros du départ d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée (marché N° 8 identifié dans la Recommandation du 11 février 2003).

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 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 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

- le marché pertinent est le marché de gros national du départ d'appel sur le réseau téléphonique en position déterminée

- que l'Entreprises des Postes et Télécommunications (ci-après EPT) peut être désignée comme opérateur puissant sur ce marché
- que les remèdes appropriés portent
 - l'accès et l'interconnexion
 - la non-discrimination
 - la séparation comptable
 - la transparence
 - 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, accompagné de l'annexe confidentielle à laquelle il est fait référence au point 3.1.3.. 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. La prestation de départ d'appel correspond à un service d'acheminement de trafic entre un utilisateur final et un point d'interconnexion. Sur le territoire luxembourgeois, seule l'EPT est en mesure de fournir la prestation de départ d'appel à tous les opérateurs sur tout le territoire grâce à son infrastructure de réseau. L'offre que l'EPT est tenue de faire à tous les opérateurs fait l'objet d'une approbation par l'Institut Luxembourgeois de Régulation. Cette offre est indispensable pour garantir le jeu de la concurrence sur les marchés de détail en aval en ce qu'elle permet aux opérateurs alternatifs d'offrir leurs services aux utilisateurs finals en leur garantissant l'acheminement du trafic.

Le même service d'acheminement du trafic est encore assuré par les opérateurs alternatifs qui ont investi dans le dégroupage de la boucle locale. Mais ce service est limité aux parties du territoire couvertes par l'opération de dégroupage et ces opérateurs n'assurent ce service que pour leurs propres besoins, à l'exclusion des autres opérateurs. Dans la mesure où l'autofourniture est à exclure des données lorsqu'il est procédé à l'analyse de marché, il n'y a donc pas lieu de tenir compte de cette activité.

10. La relation entre l'opérateur alternatif et l'utilisateur final sur le marché de détail base sur les techniques de la sélection ou de la présélection, qui permettent aux utilisateurs de choisir, soit au cas par cas, soit d'une façon générale, l'opérateur dont ils sollicitent les services pour l'acheminement d'un appel.

Par ailleurs, la structure du réseau fait que l'interconnexion entre l'opérateur offrant le service et celui qui l'utilise peut se faire soit au niveau régional dans un des trois commutateurs utilisés pour l'acheminement du trafic régionale, soit au niveau national dans un des deux commutateurs utilisés pour l'acheminement du trafic nationale et internationale.

11. A partir de ces données, l'Institut Luxembourgeois de Régulation définit le marché pertinent 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.

Dans ce cadre, l'Institut Luxembourgeois de Régulation examine la substituabilité par rapport à 2 points différents. Cet examen appelle de la part du Conseil les remarques suivantes.

12. D'une façon générale, aucun des deux aspects traités ne revient à examiner s'il existe un service substituable sur le marché de gros au service du départ d'appel fournit

par l'EPT. L'Institut fait notamment abstraction dans ce cadre des offres qui pourraient être faites par des opérateurs de câblo-distribution entrant sur le marché des services téléphoniques en position déterminée, ainsi que de celles qui sont déjà techniquement possibles de la part des opérateurs alternatifs qui ont investi dans le dégroupage de la boucle locale, alors même qu'il est fait état au point 3.1.1. du document de la possibilité de telles offres.

En ce qui concerne les opérateurs alternatifs, l'Institut y estime qu'ils n'auraient pas d'intérêt stratégique à fournir des services de départ d'appel à des opérateurs tiers, i.e. des concurrents. Cette affirmation est assurément exacte, mais elle s'applique de la même façon à l'EPT, et elle ne saurait constituer aux yeux du conseil un motif suffisant pour exclure de service de l'analyse au stade de la recherche de produits substituables.

Au fond, la substituabilité semble toutefois avérée, tant du côté de la demande, puisque ces offres ne couvrent pas tout le territoire et qu'un accord d'interconnexion à ce niveau ne remplit pas le même usage qu'un accord national avec l'EPT, que du côté de l'offre, puisqu'un opérateur alternatif ayant investi dans un dégroupage partiel de la boucle locale sera peu enclin à étendre ce dégroupage au niveau national en raison des investissements que cela requiert.

En ce qui concerne les câblo-distributeur, il faut retenir qu'ils n'offrent pas de service substituable à l'heure actuelle, et qu'il est difficile de dire s'ils le feront à l'horizon de l'analyse. Dès lors, parallèlement à l'approche adoptée par l'Institut dans le cadre d'autres analyses de marché, le Conseil l'invite à être attentif également sur le présent marché à l'évolution du secteur de la câblo-distribution.

13. L'approche de l'Institut se limite alors à examiner la substituabilité entre eux des différents aspects techniques à disposition des opérateurs alternatifs pour intervenir sur les marchés de détail (sélection ou présélection) respectivement pour gérer le flux du trafic et les coûts y liés (interconnexion régionale ou nationale).

Le Conseil approuve l'analyse de l'Institut selon laquelle il y a substituabilité du côté de l'offre tant entre d'une part le départ d'appel par la présélection et le départ d'appel par la sélection appel par appel que d'autre part le départ d'appel fourni grâce à une interconnexion régionale et le départ d'appel fourni grâce à une interconnexion nationale.

14. L'Institut évalue finalement 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

Sur l'existence d'entreprises dominantes

15. 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)

16. A la suite d'une appréciation *prima facie* des facteurs structurants du marché (nombre et activités des principaux opérateurs, caractéristiques des marchés en excluant les données liées à l'autofourniture, 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 dispose d'une puissance significative sur le marché de gros des services téléphoniques nationaux de départ d'appel.

Le Conseil partage cette analyse de l'Institut.

Sur le développement des remèdes appropriés

17. 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 :

- 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 proposés.

18. 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. C'est encore à juste titre 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.

19. Sans entrer dans le détail des développements faits par l'Institut, le Conseil tient à relever un certain nombre de points saillants.

Tout d'abord, les prestations d'accès et d'interconnexion sont indispensables pour permettre aux opérateurs alternatifs d'offrir utilement leurs services sur base des mécanismes de la sélection et de la présélection. L'ensemble du mécanisme mis en place à cet égard est dès lors justifié par le souci de maintenir et de développer le jeu de la concurrence. Du fait des circonstances de fait prévalant sur le marché, il n'est pas non plus excessif détendre ces modalités aux interconnexions entre opérateurs alternatifs.

L'obligation de transparence est utilement mise en œuvre à travers l'obligation pour l'EPT de publier et de faire approuver par l'Institut une offre de référence relativement à son offre de départ d'appel sur le marché de gros

Conclusion

20. 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 du départ d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée

Ainsi délibéré et avisé en date du 17 août 2006.

(signé)
Thierry HOSCHEIT
Président

(signé)
Carlo SCHNEIDER
Conseiller

(signé)
Jean-Claude WIWINIUS
Conseiller