

Avis N° 2006-AV-06
du
Conseil de la concurrence
du 14 septembre 2006
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 sur divers réseaux téléphoniques
publics individuels 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 14 août 2006 portant sur l'analyse du marché de gros de la terminaison d'appel sur divers réseaux téléphoniques publics individuels en position déterminée ;

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 14 août 2006 de son analyse portant sur le marché de gros de la terminaison d'appel sur divers réseaux téléphoniques publics individuels en position déterminée (marché N° 9 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. Une deuxième annexe, confidentielle, porte sur les tailles de marché des différents opérateurs actifs sur le marché de la terminaison d'appel.

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

- les marchés pertinents sont les marchés des services de terminaison d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée de chacun des opérateurs disposant d'éléments de réseau permettant la fourniture du service en gros de la terminaison d'appel, à savoir par ordre alphabétique Cegecom, Coditel,

- l'Entreprises des Postes et Télécommunications (ci-après EPT), Equant, Luxembourg Online, MCI, Tele2, Telenet et Voxmobile
- que chacun de ces opérateurs peut être désignée comme opérateur puissant sur le marché couvert par son réseau
 - que les remèdes appropriés doivent être modulés en fonction des positions respectives des opérateurs et portent
 - en ce qui concerne l'EPT sur
 - l'accès et l'interconnexion
 - la non-discrimination
 - la transparence
 - la séparation comptable
 - le contrôle des prix et les obligations relatives au système de comptabilisation des coûts
 - en ce qui concerne les autres opérateurs sur
 - l'accès et l'interconnexion
 - la non-discrimination
 - 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 3.1.2.. Le Conseil admet comme étant exactes 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. Le service de terminaison d'appel correspond au service offert par un opérateur sur son réseau destiné à acheminer les appels entrant vers les clients finaux connectés à son réseau. Sur le territoire luxembourgeois, tous les opérateurs qui ont notifié à l'Institut Luxembourgeois de Régulation un service de réseau téléphonie fixe et utilisant des ressources du plan national de numérotation est en position d'offrir ce service sur ses éléments de réseau. L'offre de l'EPT dans ce cadre est actuellement incluse dans l'Offre de Référence d'interconnexion (RIO), tandis que l'offre des autres opérateurs est soumise à la seule obligation de fournir la prestation d'accès et l'interconnexion.

Le développement de réseaux séparés et de services différenciés par des opérateurs différents est la prémisse de base du développement de la concurrence, de sorte que la prestation d'accès et l'interconnexion entre tous les opérateurs sont indispensables pour assurer l'acheminement sans restrictions du trafic entre tous les utilisateurs finaux.

10. L'analyse de l'ILR ne décrit que l'offre de terminaison d'appel fournie par l'EPT telle qu'elle résulte de la dernière RIO approuvée en janvier 2006. Les offres des autres opérateurs n'étant à l'heure actuelle soumise à aucune régulation particulière, à part l'obligation générale d'assurer la prestation d'accès et l'interconnexion, l'Institut relève qu'elles sont soumises à la libre négociation entre opérateurs et n'en fournit aucune description en guise d'introduction. Toutefois, au point 2.3, il est précisé que les tarifs de chaque opérateur sont uniformes sur l'ensemble de leur réseau. Le Conseil regrette de ne pas disposer de plus d'informations à ce sujet.

11. A partir des données fournies, 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 4 points différents. Cet examen appelle de la part du Conseil les remarques suivantes.

- 1) la substituabilité entre les services de terminaison d'appel sur un réseau téléphonique public A en position déterminée et les services de terminaison d'appel sur un réseau téléphonique public B en position déterminée

12. Il est certain que les deux services n'assurent pas la même fonction du point de vue de leur utilité et utilisation. Ils ne sont donc très certainement pas substituables, ni du côté de la demande, ni du côté de l'offre. Concernant la substituabilité du côté de l'offre, il convient encore de relever qu'il n'y pas d'incitant déterminant à vouloir investir dans l'acquisition de l'opérateur concurrent, dans la mesure où celui-ci doit assurer l'accès et l'interconnexion et que donc l'acheminement du trafic est garanti. Le Conseil approuve l'analyse de l'Institut.

- 2) la substituabilité entre le départ d'appel et la terminaison d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée

13. Ces deux services n'assurent pas non plus les mêmes fonctionnalités et ne sont donc pas substituables. L'Analyse de l'Institut est approuvée par le Conseil.

- 3) la substituabilité entre les services de terminaison d'appel vers des numéros géographiques et les services de terminaison d'appel vers des numéros d'urgence et les numéros non géographiques

14. L'Institut considère à juste titre que ces deux catégories de services ne présentent pas les mêmes fonctionnalités pour les utilisateurs finals et ne sont donc pas substituables du côté de la demande.

Du côté de l'offre, l'Institut se borne à relever qu'un opérateur offrant la terminaison d'appel vers des numéros géographiques peut sans investissements substantiels offrir la terminaison d'appel vers les autres numéros. Il semble que cette explication ne soit qu'une application imparfaite du test de substituabilité et du test du monopoleur hypothétique, alors qu'il importe en premier lieu de déterminer si deux services présentent entre eux un degré de substituabilité suffisant au regard de leurs caractéristiques objectives, de leur prix ou de leur usage potentiel. Ce n'est que si un produit répond à ces critères que le test du monopoleur hypothétique peut amener à rechercher l'éventualité de nouveaux entrants sur le marché.

Or, il n'est pas certain que le service de terminaison d'appel vers des numéros d'urgence et les numéros non géographiques assurent aux consommateurs finals la satisfaction du même besoin que le service de terminaison d'appel vers des numéros géographiques. Il

n'est donc pas certain qu'en cas d'augmentation légère, mais significative et durable des prix des services de terminaison d'appel vers des numéros géographiques d'autres opérateurs offriraient des services de terminaison d'appel vers des numéros d'urgence ou des numéros non géographiques.

Le Conseil met donc en cause les conclusions de l'Institut.

- 4) la substituabilité entre les services de terminaison d'appel par circuit commuté et les services de terminaison d'appel de type VoB

15. Cet volet a déjà été abordé dans le cadre de l'analyse du marché national des services téléphoniques nationaux et internationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle résidentielle et la clientèle non résidentielle (marché 3 à 6) qui a donné lieu à l'avis du Conseil N°2006-AV-04 du 17 août 2006.

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 nationale).

16. L'Institut énonce qu'il se dispense d'examiner la question de la substituabilité entre les services de terminaison d'appel par circuit commuté et les services de terminaison d'appel de type VoB de la deuxième catégorie au motif qu'il a conclu dans le cadre de l'analyse des marchés de détail que ces deux catégories de services n'étaient pas substituables entre eux sur ces marchés.

Le Conseil rappelle que dans son avis précité, il avait admis que cette conclusion était exacte pour les services peer to peer, puisqu'ils n'offrent pas les mêmes services qu'un service téléphonique sur ligne commutée, mais qu'il s'était interrogé sur l'adéquation, surtout à terme, de cette conclusion en ce qui concernait 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. Le Conseil avait suggéré 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.

Ce n'est donc que sous réserve de ces remarques que le Conseil peut endosser les conclusions de l'Institut dans le cadre actuellement sous examen

17. En ce qui concerne les services VoB de la première catégorie, il faut retenir comme point de départ que dans le cadre de l'analyse des marchés de détail, il a été retenu que pour les consommateurs finals, les deux services (par circuit commuté et par VoB) sont substituables dans la mesure où ils présentent dans ce cadre les mêmes caractéristiques et remplissent les mêmes besoins. Il importe donc de rechercher par le biais du test du monopoleur hypothétique s'ils sont substituables sur le marché de gros du côté de l'offre ou de la demande.

Du côté de la demande, les explications de l'Institut reviennent à considérer qu'en cas d'augmentation légère, mais significative et durable des prix des services de terminaison par circuit commuté, les opérateurs opérant sur des lignes commutées ne seraient pas incités à demander à ce que leurs appels soient assurés par la technique VoB en raison de l'importance des investissements requis pour une telle entrée. Le Conseil peut suivre l'Institut dans ce raisonnement.

Du côté de l'offre, il résulte par contre des explications de l'Institut que l'opérateur assurant des services VoB doit consentir des investissements relativement modestes pour assurer la conversion des appels sur ligne commutée vers son réseau, et qu'en cas d'augmentation légère, mais significative et durable des prix de terminaison sur ligne commutée, ils seraient incités à entrer sur le marché et à offrir leurs services. Le Conseil peut suivre ce raisonnement.

5) La définition géographique des marchés

18. L'Institut évalue l'étendue géographique des différents marchés définis par lui pour conclure que cette étendue correspond à celle de chaque opérateur pris individuellement. Il en résulte qu'il existe en l'espèce 9 marchés pertinents séparés, de taille très divergente.

Le Conseil est en mesure d'approuver cette approche.

Sur l'existence d'entreprises dominantes

19. 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)

20. Compte tenu des caractéristiques des services sous examen, et notamment du fait que les services fournis sur un réseau ne sont pas substituables aux services fournis sur un autre réseau, l'Institut en vient à la conclusion que chacun des 9 opérateurs actifs jouit d'un monopole sur son réseau.

Le Conseil approuve cette conclusion, dès lors que le fait de devoir assurer l'accès et l'interconnexion n'empêchent pas les différents opérateurs d'agir indépendamment des autres acteurs et notamment de déterminer leurs prix en dehors de toute pression concurrentielle.

21. L'Institut considère ensuite la dynamique du marché et les perspectives du marché pour retenir que ces deux aspects ne sont pas de nature à contredire ces conclusions quant à la situation des différents opérateurs sur leur réseau.

Le Conseil approuve cette analyse.

22. En fin de compte, l'Institut examine le contre-pouvoir des acheteurs sur les différents marchés pertinents pour en conclure que si chaque opérateur jouit d'une situation de monopole sur son réseau, leurs situations diffèrent néanmoins de nature fondamentale dans la mesure où les opérateurs autres que l'EPT sont soumis à un certain degré de contre-pouvoir des acheteurs, tandis que l'EPT, en raison des effets d'économie d'échelle et de gamme, de son intégration verticale et de l'étendue de son réseau s'y trouve distrait dans une large mesure.

Le Conseil approuve cette analyse, qui conduit in fine à justifier des obligations différenciées à charge de l'EPT d'une part et des autres opérateurs d'autre part.

Sur le développement des remèdes appropriés

23. 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 les obligations suivantes :

- en ce qui concerne l'EPT
 - l'accès et l'interconnexion
 - la non-discrimination
 - la transparence
 - la séparation comptable
 - le contrôle des prix et les obligations relatives au système de comptabilisation des coûts
- en ce qui concerne les huit autres opérateurs
 - l'accès et l'interconnexion
 - la non-discrimination
 - la transparence
 - 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.

24. 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.

Le Conseil approuve la démarche de l'Institut consistant à imposer des obligations moins astreignantes sur les opérateurs alternatifs par rapport à celles imposées à l'EPT (obligation tenant à l'accès et à l'interconnexion limitée à l'obligation de négocier de bonne foi, absence de publication d'offre de référence dans le cadre de l'obligation de transparence absence d'obligation de séparation comptable. Eu égard aux structures du marché telles que relevées par l'Institut, les uns et les autres ne se trouvent pas dans la même situation, de sorte que l'obligation de traitement égalitaire reposant d'une façon générale sur l'administration n'empêche pas un traitement différencié.

Au fond, le traitement différencié se justifie par les structures du marché et par les différences de structure, de taille et de puissance des entreprises.

25. C'est à juste titre que l'Institut relève que les différentes obligations interagissent pour partie entre elles de telle sorte que notamment la non-discrimination ne produit ses pleins effets qu'en conjugaison avec la transparence, et que la séparation comptable est essentielle pour assurer la transparence et éviter les subventions croisées, dont le risque est particulièrement élevé dans le chef de l'entreprise verticalement et horizontalement intégrée que constitue l'EPT.

26. Le Conseil pour sa part tient à relever l'importance en pratique de l'obligation de non-discrimination, qui assure que les utilisateurs finals bénéficient de la même qualité

de services, peu importe quel opérateur leur fournit les services. L'équivalence de la qualité de service peut en effet être considéré comme étant un élément important dans le choix des consommateurs pour tel ou tel opérateur, de sorte que par ce biais, le développement de la concurrence est soutenu.

27. Le Conseil appuie encore l'intention de l'Institut à obliger l'EPT de publier dans le cadre de l'obligation de transparence une offre de référence à approuver par l'Institut. Il s'agit du meilleur moyen pour s'assurer que tous les intervenants puissent contribuer à surveiller le marché et relever le cas échéant des violations aux obligations imposées à l'opérateur dominant.

Conclusion

28. 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 sur divers réseaux téléphoniques publics individuels en position déterminée.

Ainsi délibéré et avisé en date du 14 septembre 2006.

(signé)
Thierry HOSCHEIT
Président

(signé)
Carlo SCHNEIDER
Conseiller

(signé)
Jean-Claude WIWINIUS
Conseiller