

Avis N° 2006-AV-08
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

- 1) du marché de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle**
- 2) du marché de détail de l'accès au réseau téléphonique 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 14 août 2006 portant sur l'analyse du marché de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle et sur l'analyse du marché de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle

présente les observations qui suivent :

Rétroactes

1. Par courrier du 4 mai 2006, l'Institut Luxembourgeois de Régulation avait saisi le Conseil d'une première demande d'avis relativement à l'analyse du marché de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle et de l'analyse du marché de détail de l'accès au réseau téléphonique public

en position déterminée pour la clientèle non résidentielle. Cette demande a fait l'objet d'un avis du Conseil de la concurrence N° 2006-AV-01 du 1^{er} juin 2006.

Par courrier du 14 août 2006, l'Institut a informé le Conseil que pour des raisons procédurales, il se voyait contraint de lancer une nouvelle consultation sur ces deux marchés et a sollicité la part du Conseil un nouvel avis. A ce courrier était joint un document d'analyse des deux marchés de détail en cause, qui est identique à celui établi au mois de mai, sauf à contenir des indications plus précises relativement aux modalités de l'obligation proposée à charge de l'EPT d'offrir la revente de l'abonnement.

Le présent avis donne suite à la demande de l'Institut Luxembourgeois de Régulation du 14 août 2006.

Contexte général

2. 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

3. 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.

4. 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.

5. 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 détail de l’accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle (marché N° 1 identifié dans la Recommandation du 11 février 2003) et sur le marché de détail de l’accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la

clientèle non résidentielle (marché N° 2 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. Le terme de « accès » utilisé dans la dénomination des marchés ne doit pas induire en erreur à cet égard.

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 « fourniture de raccordements », le volet « utilisation » étant traité par les marchés 3 à 6 relatifs à différents services téléphoniques.

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

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

7. Les marchés soumis à examen mettent en relation les utilisateurs finals avec les opérateurs qui peuvent leur offrir une connexion à un réseau téléphonique public fixe.

Cette connexion peut être assurée

- par l'opérateur/exploitant d'un réseau
- par un autre opérateur par suite d'une opération de dégroupage de la boucle locale (cette option concerne l'accès au réseau)
- par un autre fournisseur par suite de la vente d'abonnements d'un opérateur
- par un autre opérateur par suite d'un mécanisme de sélection ou présélection (cette option concerne la fourniture de services téléphoniques)

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

8. 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 explicite les méthodologies adoptées pour l'examen de chacun de ces trois volets.

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

- les marchés pertinents sont
 - en ce qui concerne la clientèle résidentielle
 - le marché national de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle
 - en ce qui concerne la clientèle non résidentielle
 - le marché national de l'accès analogique au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle
 - le marché national de l'accès numérique de base au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle
 - le marché national de l'accès numérique primaire au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle
- que l'Entreprises des Postes et Télécommunications (ci-après EPT) peut être désignée comme opérateur puissant sur ces marchés
- que les remèdes appropriés portent
 - en ce qui concerne le marché de gros, sur
 - la fourniture en gros de départ d'appel sur les réseaux téléphoniques publics en position déterminée pour la sélection et la présélection
 - la fourniture en gros de la revente de l'abonnement au réseau téléphonique public en position déterminée
 - la non-discrimination
 - la transparence
 - la séparation comptable
 - en ce qui concerne le marché de détail, sur
 - 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

9. 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.

10. 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

11. L'Institut Luxembourgeois de Régulation prend comme point de départ les principaux types d'accès au réseau téléphonique qu'il considère être

- l'accès analogique
- l'accès numérique de base offrant deux raccordements (deux canaux B pour le trafic voix et le trafic de données à 64 kbit/s) et un canal D pour la signalisation à 16 kbit/s
- l'accès numérique primaire offrant 30 raccordements (trente canaux B pour le trafic voix et le trafic de données à 64 kbit/s) et un canal D pour la signalisation à 64 kbit/s
- l'accès par bande large (haut débit) sans attribution de numéro géographique (VoIP peer to peer et VoIP vers le réseau téléphonique) dont l'opérateur ne contrôle pas la qualité de service
- l'accès par bande large (haut débit) avec attribution de numéro géographique (VoIP et VoB vers le réseau téléphonique) dont l'opérateur contrôle la qualité de service

D'un point de vue technique, la connexion est assurée par

- l'utilisation de la paire de cuivre (technique traditionnelle)

- l'utilisation de la fibre optique (technique qui se développe depuis les années 1990 et tend à remplacer la paire de cuivre sur les réseaux traditionnels)
- l'utilisation des réseaux câblés de télévision (technique récente offerte actuellement par un opérateur depuis 2005)
- l'utilisation d'autres technologies, telle boucle locale radio, WiMax, réseaux électriques porteurs de ligne (techniques récentes sans véritable impact à l'heure actuelle)

Au stade du relevé des offres existantes, l'Institut constate

- en ce qui concerne la clientèle résidentielle, les offres d'accès de l'EPT (analogique et numérique de base ; par la paire de cuivre et la fibre optique), de CEGECOM (analogique et numérique de base ; par le dégroupage) et CODITEL (numérique ; par le câble coaxial)
- en ce qui concerne la clientèle non résidentielle, les offres d'accès de l'EPT (analogique, numérique de base et numérique primaire ; par la paire de cuivre et la fibre optique) et de CEGECOM (analogique, numérique de base et numérique primaire ; par son propre réseau de fibre optique et le dégroupage). L'Institut relève encore l'existence d'autres opérateurs (Telenet Solutions, orientée vers les PME et les grandes entreprises ; MCI, BT, Equant, orientées vers les grandes entreprises respectivement filiales de groupes étrangers) en évoquant l'existence limitée de réseaux propres et essentiellement le recours à des offres de gros de l'EPT.

A la page 17 de son analyse, l'Institut fait par ailleurs référence au fait que « les opérateurs mobiles sont également actifs sur les marchés de l'accès et des services téléphoniques en position déterminée (à travers le dégroupage ou la sélection/présélection du transporteur par exemple) ». Le Conseil s'interroge sur l'étendue effective de l'intervention de ces opérateurs sur les marchés de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée.

12. A partir de ces données, l'Institut Luxembourgeois de Régulation définit les 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 travers le test du monopoleur hypothétique.

Dans ce cadre, l'Institut Luxembourgeois de Régulation examine la substituabilité par rapport à 7 points différents. Cet examen appelle de la part du Conseil les remarques suivantes.

- 1) au point 2.2.4, l'Institut Luxembourgeois de Régulation examine la substituabilité entre l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle et pour la clientèle non résidentielle.

13. Le Conseil ne perçoit pas bien la pertinence de ce critère, qui se confond avec celui qui se trouve à la base de la distinction entre les marchés 1 et 2 définis par la Commission européenne dans sa recommandation. L'Institut se réfère d'ailleurs lui-

même à cette séparation et précise que son examen tend à vérifier si elle est appropriée dans le contexte du marché luxembourgeois. Par ailleurs, le Conseil ne perçoit pas dans quelle mesure une modification des clientèles cibles, qui ont des besoins différents, peut influencer sur la question de la substituabilité du/des produits en question.

Cette question aurait de l'avis du Conseil dû être traitée en guise d'introduction afin de vérifier s'il fallait retenir des marchés plus étroits ou plus larges que ceux retenus dans la recommandation.

14. Au fond, le Conseil partage toutefois l'avis de l'Institut pour dire que les deux catégories de clientèles ont des besoins différents et se trouvent à certains égards dans des positions différentes dans le rapport de force qui s'établit sur le marché, ce qui justifie que les deux marchés soient séparés et puissent le cas échéant faire l'objet d'appréciations différentes.

2) aux points 2.2.1, 2.2.2 et 2.2.3, l'Institut Luxembourgeois de Régulation examine globalement pour les deux marchés (clientèle résidentielle et clientèle non résidentielle) la substituabilité entre l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée avec trois produits de substitution potentiels.

15. a) En ce qui concerne la substituabilité entre l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée et les services téléphoniques accessibles au public en position déterminée, le Conseil relève que ce critère fait appel à la différence entre la fourniture de raccordements au réseau téléphonique public, visée aux marchés 1 et 2 de la Recommandation et actuellement sous examen, et l'utilisation de ce réseau en positions déterminées, visée par les marchés 3 à 6 de la Recommandation.

Il s'agit donc là encore de vérifier l'adéquation de la séparation opérée par la Recommandation avec la situation spécifique du Luxembourg. Cet examen se réfère toutefois au critère pertinent du produit.

16. Le Conseil partage l'analyse au fond consistant à retenir que les deux produits ne sont pas substituables, ni du point de vue de la demande, ni du point de vue de l'offre. Le Conseil tient à souligner à cet endroit l'importance de la sélection et de la présélection, qui permet d'offrir des services téléphoniques sans devoir assurer l'accès au réseau téléphonique, sur l'émergence de services concurrents sur les marchés des services téléphoniques, tout en retenant les limites de cette technique, puisqu'elle reste sans effet sur les marchés de l'accès aux réseaux téléphoniques.

17. b) En ce qui concerne la substituabilité entre l'accès sur l'architecture du réseau de l'opérateur historique EPT et l'accès à travers un réseau câblé de télévision adapté à la téléphonie, le Conseil partage l'analyse de l'Institut consistant à retenir que ces deux produits sont entièrement substituables du côté de la demande.

18. Le Conseil regrette toutefois qu'à l'heure actuelle, un seul opérateur ait fait le choix d'investir dans la mise en place d'un réseau bidirectionnel, c'est-à-dire adapté au trafic téléphonique, et que donc la faculté d'opter pour un produit de substitution soit actuellement réservée aux utilisateurs finals qui bénéficient d'une connexion au réseau de cet opérateur.

Il n'appartient évidemment pas au Conseil de critiquer les choix stratégiques et commerciaux des autres opérateurs de réseaux de télévision par câble, qui s'expliquent par l'importance des investissements à réaliser et la difficulté à les amortir. Mais le Conseil est néanmoins amené à s'interroger sur les moyens permettant de remédier à l'absence d'entrée d'autres câblo-opérateurs sur le marché de la téléphonie fixe.

La situation actuelle est due à la répartition géographique des réseaux de télévision par câble, qui fait que chaque opérateur de réseau détermine librement les choix commerciaux sur son réseau. Elle est toutefois de nature à engendrer un certain nombre de problèmes de concurrence : l'investissement dans les infrastructures fait par l'opérateur en question reste nécessairement limité à un nombre restreint d'utilisateurs finals, ce qui peut lui poser des problèmes d'amortissement et de rentabilité ; les utilisateurs finals sont aisément identifiables et peuvent facilement faire l'objet de mesures de promotion ciblées, soit pour les dissuader d'opter pour le produit alternatif, soit pour les convaincre de rejoindre l'opérateur historique. Le Conseil reviendra plus loin sur le problème des offres couplées qui peuvent avoir leur incidence également dans ce cadre.

Aussi, afin de favoriser la concurrence que peuvent opposer les réseaux de câblodistribution à d'autres réseaux par le biais du développement de produits alternatifs susceptibles de passer par ce vecteur de communication, le Conseil suggère d'examiner et d'évaluer les possibilités de développement de ces réseaux et d'interconnexion entre les réseaux de câblodistribution. La concurrence qui peut potentiellement en découler est d'autant plus vigoureuse que ces réseaux supportent aussi l'accès à Internet à haut débit.

19. c) En ce qui concerne la substituabilité entre l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée et l'accès à travers un réseau de téléphonie mobile, le Conseil partage l'analyse de l'Institut selon lequel il n'y a pas de substituabilité entre ces deux produits, ni du côté de la demande, ni du côté de l'offre. Le Conseil tient cependant à relever deux aspects en ce qui concerne les critères développés du côté de la demande : d'une part, la situation est susceptible d'évoluer à l'avenir, en ce qu'un nombre de plus en plus important d'utilisateurs sont susceptibles d'abandonner leur accès fixe pour un accès mobile, surtout en cas d'augmentation légère mais permanente des tarifs de la téléphonie fixe ; d'autre part, le critère tiré de l'accès aux services à haut débit offerts par le réseau téléphonique mobile paraît d'une importance plus grande dans le cadre de cet examen de substituabilité.

- 3) aux points 2.2.5, 2.2.6 et 2.2.7, l'Institut examine ensuite la substituabilité entre offres analogiques et offres numériques, en distinguant entre la clientèle résidentielle et la clientèle non résidentielle

20. Pour la clientèle résidentielle, l'Institut se borne à examiner la substituabilité entre l'accès analogique et l'accès numérique de base, à l'exclusion de l'accès numérique primaire. Le Conseil admet que cette exclusion est due au fait que le marché de l'accès numérique primaire est inexistant pour la clientèle résidentielle et peut suivre l'Institut dans son choix.

21. Le Conseil approuve encore l'analyse de l'Institut en ce que l'accès analogique et l'accès numérique de base sont des produits substituables du côté de la demande du fait que l'accès analogique bénéficie d'une meilleure convivialité par suite de l'adjonction de la technologie ADSL et font dès lors partie du même marché, sauf à relever deux points supplémentaires par rapport à ceux évoqués par l'Institut.

D'une part, malgré la conjonction de l'ADSL à l'accès analogique, les deux produits continuent à se différencier par le fait que l'accès analogique reste dépourvu du canal D destiné à la transmission d'une signalisation. Cette différence ne devrait toutefois pas conduire à devoir distinguer deux marchés distincts.

D'autre part, la convergence entre les deux marchés est largement tributaire de l'application de la technologie ADSL. Il en résulte que la définition du marché risque d'être affectée par d'éventuelles évolutions qui pourraient influencer cette technologie. Le marché nécessite donc de rester sous surveillance à cet égard.

22. Pour la clientèle non résidentielle, l'Institut examine successivement la substituabilité entre accès analogique et accès numérique de base, et ensuite entre accès numérique de base et accès numérique primaire pour en conclure qu'il n'y a aucune substituabilité entre ces produits et pour en déduire l'existence de trois marchés différents.

23. Le Conseil constate que dans le cadre de l'examen de substituabilité entre accès analogique et accès numérique de base, l'Institut aboutit à distinguer deux marchés séparés. Le Conseil s'interroge toutefois sur la nécessité de distinguer ces deux marchés, puisqu'une telle segmentation risque de faire perdre de vue la nécessité d'une approche globale et cohérente de l'ensemble. D'un point de vue technique, l'Institut fait abstraction de l'application de la technologie ADSL qui lui a toutefois permis de conclure à la convergence des deux marchés en ce qui concerne la clientèle résidentielle, en relevant seulement que l'accès numérique permet de disposer d'un canal D pour la signalisation. S'il est exact que la clientèle non résidentielle a plus fréquemment que la clientèle résidentielle recours à des services requérant l'utilisation du canal D, ils n'en reste pas moins que les deux produits semblent dans une large mesure substituables. Il ne faut pas non plus perdre de vue l'éventualité à terme d'une convergence encore plus grande par le développement de la technologie. Par ailleurs, les deux marchés sont soumis aux mêmes conditions de concurrence (mêmes barrières à l'entrée, mêmes opérateurs, même

opérateur en position dominante, mêmes perspectives d'évolution) et ils ne subissent pas de différence de traitement par la suite de l'analyse de l'Institut.

Il n'est donc pas certain que la segmentation plus fine proposée par l'Institut révèle une réelle utilité.

24. Le Conseil est toutefois en mesure d'approuver l'analyse de l'Institut en ce qu'il conclut à l'absence de substituabilité entre l'accès numérique de base (et par là même de l'accès analogique) d'une part et l'accès numérique primaire d'autre part. Aussi bien les caractéristiques des deux produits que les caractéristiques des marchés permettent de justifier cette segmentation.

4) La définition géographique des marchés

25. 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, alors même que l'opérateur puissant subi sur certaines parties du territoire seulement certaines concurrences (s'agissant de la clientèle résidentielle, la concurrence du câblodistributeur CODITEL sur les parties de territoire couvertes par ce réseau ; s'agissant de la clientèle résidentielle à grands comptes, la concurrence des opérateurs alternatifs qui ont développé leurs propres réseaux locaux). Il paraît en effet artificiel de vouloir définir sur base de cette seule considération des marchés locaux séparés. Une telle approche nécessiterait par ailleurs, tel que le relève à juste titre l'Institut, de devoir redéfinir les marchés géographiques au fur et à mesure que de nouvelles technologies se développeraient localement ou que de nouveaux réseaux géographiques viendraient s'ajouter aux réseaux alternatifs existants.

Dans ce contexte, le Conseil note par ailleurs avec satisfaction que l'Institut entend exercer une surveillance attentive sur la situation du câblodistributeur existant et de tout autre câblodistributeur désirant entrer sur le marché de l'accès au réseau téléphonique publique. Le Conseil estime que cette attention se justifie entièrement par la nouveauté du procédé technique, par l'effet potentiellement bénéfique sur la concurrence que son développement peut produire et par la fragilité actuelle de cette offre.

Sur l'existence d'entreprises dominantes

26. 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)

27. A la suite d'une appréciation *prima facie* des facteurs structurants du marché (nombre et activités des principaux opérateurs, caractéristiques des marchés, 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 marchés de l'accès au réseau téléphonique public.

28. Le Conseil partage l'analyse faite à cet égard par l'Institut. Il en résulte par ailleurs qu'à l'heure actuelle, l'EPT qui détient plus de 98 % de parts de marché, sauf pour le marché non résidentiel des accès numériques primaires où sa part est de 88 %, se trouve concurrencée :

- sur le marché des clients résidentiels
 - par l'offre de CEGECOM basant sur le dégroupage de la boucle locale
 - par l'offre de CODITEL basant sur son propre réseau de câble de télévision
- sur le marché des clients non résidentiels
 - par l'offre de la CEGECOM basant sur le dégroupage de la boucle locale
 - par l'offre de divers opérateurs alternatifs basant essentiellement sur le développement de leurs réseaux locaux et l'achat de gros

Sur le développement des remèdes appropriés

29. 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 :

- en ce qui concerne le marché de gros
 - les prestations d'accès et d'interconnexion. L'Institut propose de les réaliser à travers

- la fourniture en gros de départ d'appel sur les réseaux téléphoniques publics en position déterminée pour la sélection et la présélection
- la fourniture en gros de la revente de l'abonnement au réseau téléphonique public en position déterminée
 - 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 le marché de détail
 - 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.

30. 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.

31. En ce qui concerne les remèdes proposés sur les marchés de gros, compte tenu des caractéristiques générales des marchés de détail (forte position dominante d'une entreprise intégrée tant verticalement qu'horizontalement pouvant de ce fait offrir une gamme étendue de produits ; barrières à l'entrée ou à l'expansion élevées compte tenu de l'importance des investissements à réaliser pour garantir l'accès et de la difficulté à amortir ces investissements en l'absence de masse critique de clients), le Conseil accueille favorablement la démarche de l'Institut consistant à favoriser non seulement l'émergence de nouvelles technologies, mais aussi l'entrée de nouveaux concurrents en leur permettant l'accès au marché moyennant des investissements mesurés, ce qui leur permet de développer leurs modèles commerciaux sans contraintes financières excessives.

C'est ainsi que le Conseil marque son plein accord avec l'option consistant non seulement à favoriser les services de sélection et présélection, mais aussi à introduire l'obligation à charge de l'opérateur puissant d'offrir la fourniture en gros de la revente de l'abonnement (le Conseil note que ce remède n'est pas proposé pour le marché national de l'accès numérique primaire au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle).

La mise en œuvre de cette obligation est utilement considérée à travers l'obligation à charge de l'EPT de présenter une offre de référence à approuver par l'Institut. Cette

modalité garantit une bonne visibilité des conditions de l'offre de gros et assure la conformité de l'offre de gros aux exigences requises pour la stimulation de la concurrence et la prévention de toute discrimination entre différents opérateurs.

L'annexe B à l'analyse de l'Institut contient un certain nombre d'éléments de référence dont l'EPT doit tenir compte lors de la présentation de cette offre. Le Conseil note que cette liste n'est pas exhaustive, de sorte qu'elle peut faire l'objet d'aménagements futurs sur base notamment des considérations à développer par les opérateurs alternatifs qui seraient intéressés par une telle offre.

Cette liste appelle toutefois une réflexion par rapport à l'absence de portabilité du numéro, alors que le Conseil est amené à s'interroger sur les raisons de cette absence, qui n'est pas autrement motivée. Or, il ne semble pas y avoir de raisons de conclure que le mécanisme même de la portabilité ne puisse pas être considéré sur les marchés sous analyse comme étant de nature à favoriser le transfert des abonnés d'un opérateur vers un autre et ainsi à stimuler la concurrence. Il semble au contraire que la portabilité soit d'importance plus vitale dans le cadre de la téléphonie fixe, surtout résidentielle, que sur le marché de la téléphonie mobile, alors que les utilisateurs finals de la téléphonie fixe peuvent être considérés comme étant une clientèle plus traditionnelle et conservatrice, moins portée sur le changement, et que la téléphonie fixe, avec les numéros y associés, relève d'une tradition vieille de plusieurs décennies. Dans ces circonstances, il semble que l'obstacle psychologique que constitue un changement de numéro de téléphone soit de nature à empêcher des transferts massifs d'abonnés de l'opérateur historique vers les opérateurs alternatifs. Le Conseil suggère dès lors à l'Institut de prévoir la possibilité de la portabilité des numéros.

32. On peut estimer que l'ensemble des mesures envisagées par l'Institut seront adaptées pour rencontrer les préoccupations que peuvent engendrer les couplages abusifs, c'est-à-dire des offres qui contiennent un lien de couplage entre un ou plusieurs produits en monopole ou en quasi-monopole et un ou plusieurs produits en situation concurrentielle, avec un rabais sur les premiers, et ce sans que ce couplage ne comporte de justification objective ou alors qu'il constitue un obstacle à la commercialisation d'offres concurrentes et/ou porte atteinte aux intérêts des clients. Un couplage abusif peut conduire à limiter la demande dont peuvent bénéficier les concurrents, ou à augmenter le coût de l'entrée sur le marché, ce qui peut le rendre impossible. Ce couplage peut être d'ordre tarifaire, contractuel ou technique.

Une position de puissance sur un marché de détail de la téléphonie fixe place l'opérateur en question dans une position qui rend possible des couplages abusifs. Il existe un risque particulier que l'opérateur puissant ne cherche, en liant deux produits appartenant à des marchés de détail différents, à tirer avantage de sa puissance sur l'un des marchés de détail pour restreindre, par effet de levier horizontal, la concurrence sur un autre marché de détail.

En rendant obligatoire la possibilité de fournir la revente de l'abonnement du produit pour lequel l'opérateur se trouve en position puissante, tout en fixant le coût de cette

opération sur un modèle non pas axé sur les coûts, mais sur le prix de vente à l'utilisateur final pratiqué par l'opérateur puissant en déduisant les coûts évités par l'opérateur puissant du fait de cette opération, les concurrents potentiels sont mis en mesure de répliquer sur leur propre clientèle les offres faites par l'opérateur puissant.

Le Conseil invite néanmoins l'Institut à rester vigilant sur la pratique des offres couplées et de prendre le cas échéant des mesures supplémentaires s'il devait s'avérer que les remèdes actuellement proposés, une fois mis en œuvre, ne devaient pas permettre de réaliser l'objectif recherché, à savoir le développement de la concurrence sur le marché de l'accès aux réseaux de téléphonie fixe et des services y associés.

33. Le Conseil tient encore à insister sur l'importance de l'obligation de tenir une comptabilité séparée par rapport aux différents services offerts sur les marchés. Aux yeux du Conseil, il s'agit d'une obligation essentielle pour assurer l'efficacité des autres remèdes proposés.

34. Pour autant que sont concernés les remèdes proposés sur les marchés de détail, le Conseil remarque une certaine imprécision dans les développements de l'Institut. Dans le résumé de l'étude figurant aux pages i à v, il n'est pas fait mention de tels remèdes. Dans le document de présentation succincte (informel) qui accompagne l'analyse, ces remèdes sont mentionnés, sans aucune restriction quant à leur champ d'application. Dans les développements de l'analyse consacrés à ces remèdes, il est précisé au préalable que la section en question « *a pour but de décrire et de spécifier les obligations sur les marchés de détail que l'Institut entend imposer aux opérateurs puissants sur le marché luxembourgeois pour :*

- • *le marché national de l'accès analogique au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle (marché 1)*
- • *le marché national de l'accès numérique de base au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle (marché 2) »*

Ces remèdes ne viseraient donc que les accès analogiques et numériques de base concernant la clientèle non résidentielle, sans que cette double restriction (quant à la technologie et quant à la clientèle visée) ne soit argumentée. Par la suite, l'analyse se réfère par contre d'une façon générale à tous les marchés couverts par l'analyse (« *Le tableau ci-dessous résume la position de l'Institut sur la détermination des obligations sur les marchés de détail applicables aux marchés de l'accès aux réseaux téléphoniques publics en position déterminée* » ; « *La réglementation du service universel accorde aux utilisateurs finals un droit d'accès au réseau téléphonique public en position déterminée. Il n'est donc pas adapté de concevoir une telle obligation pour l'EPT dans le cadre des analyses des Marchés 1 et 2 (obligation qui sera imposée à l'opérateur en charge du service universel)* » et fait expressément référence, au titre de l'obligation de transparence, de l'obligation de notifier les offres de services concernant entre autres les accès ISDN-30, donc les accès numériques primaires, contredisant en cela la limitation exprimée au préalable.

Dans la mesure où le Conseil ne voit pas pour quelles raisons les marchés analogiques et numériques de base pour la clientèle non résidentielle devraient être traités différemment au stade des remèdes à imposer sur les marchés de détail, il est proposé d'appliquer le même régime à tous les marchés et sous-marchés identifiés

35. Quant au contenu de ces remèdes, le Conseil peut marquer son accord avec l'approche proposée par l'Institut, sauf à préciser que l'allègement des obligations relatives au contrôle des prix (passage d'une orientation vers les coûts vers un système de prix raisonnables) va de pair avec les remèdes relatifs au contrôle des prix proposés dans le cadre des marchés de gros relativement à la sélection/présélection et à la revente de l'abonnement, et que partant cet allègement ne peut être maintenu à terme que si les remèdes sur les marchés de gros produisent effectivement les résultats escomptés.

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

Conclusion

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

- 1) du marché de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle
- 2) du marché de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle

Ainsi délibéré et avisé en date du 14 septembre 2006.

(signé)
Thierry HOSCHEIT
Président

(signé)
Carlo SCHNEIDER
Conseiller

(signé)
Jean-Claude WIWINIUS
Conseiller