

Décision N° 2008-AA-01
du 26 février 2008
concernant une demande à voir prononcer des astreintes
à l'encontre de
l'établissement public Entreprise des Postes et Télécommunications,
inscrit au registre de commerce et des sociétés sous le N° J28,
établi à L-2020 Luxembourg, 8A, avenue Monterey

Le Conseil de la concurrence ;

Vu la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence ;

Vu la loi du 1^{er} décembre 1978 réglant la procédure administrative non contentieuse et le règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes ;

Vu la décision N° 2008-MC-01 du 22 janvier 2008 du Président du Conseil de la concurrence ;

Vu les observations écrites déposées par l'établissement public Entreprise des Postes et Télécommunications en date du 11 février 2008 ;

Vu les pièces du dossier ;

A) Procédure

1. Dans le cadre d'une demande de mesures conservatoires adressée au Président du Conseil de la concurrence, dirigée contre l'établissement public Entreprise des Postes et Télécommunications (ci-après l'EPT) les entreprises plaignantes, la S.A. Tele2 Luxembourg, la S.A. Tango et la S.A. Tele2 Services Luxembourg (ci-après groupe Tele2/Tango) avaient sollicité à voir assortir d'astreintes les mesures conservatoires à prononcer.

Dans la décision N° 2008-MC-01 du 22 janvier 2008, le Président a prononcé des mesures conservatoires comme suit :

Article 1er :

Il est enjoint à l'établissement public Entreprise des Postes et Télécommunications de ne pas intégrer le produit IPTV dans l'offre groupée "Integral", ni dans aucune autre offre groupée.

Cette mesure garde effet jusqu'à ce que les opérateurs concurrents soient techniquement et commercialement mis en mesure, sur base d'une offre d'accès au réseau transparente et non-discriminatoire de la part de l'établissement public Entreprise des Postes et Télécommunications, d'offrir le même produit sur le réseau fixe de télécommunications. Cette mesure cesse ses effets au plus tard au jour auquel une décision sur le fond du Conseil de la concurrence sera définitive.

Article 2 :

Il est enjoint à l'établissement public Entreprise des Postes et Télécommunications de publier dans les 15 jours de la notification de la présente décision une offre de revente de l'abonnement conforme à l'article 4, points 3 et 5 de la décision 07/105/ILR du 2 février 2007 de l'Institut Luxembourgeois de Régulation.

Relativement aux astreintes, le Président a décidé, sur base de la considération que le pouvoir de prononcer des astreintes est dévolu par la loi à la formation collégiale du Conseil de la concurrence, comme suit :

Article 3 :

La demande à voir assortir les mesures conservatoires d'astreintes est transmise au Conseil de la concurrence réuni en formation collégiale.

2. La décision N° 2008-MC-01 du 22 janvier 2008 a été notifiée par courrier recommandé avec accusé de réception en date du 22 janvier 2008 à l'EPT, aux entreprises du groupe Tele2/Tango et à leurs mandataires respectifs. Ces courriers ont été réceptionnés par l'EPT en date du 23 janvier 2008, par son mandataire le 24 janvier 2008, par les entreprises du groupe Tele2/Tango en date du 23 janvier 2008 et par leur mandataire en date du 23 janvier 2008. Elle a été notifiée à l'Inspection de la concurrence par porteur en date du 22 janvier 2008.

Les courriers de notification ont invité l'EPT, le groupe Tele2/Tango et l'Inspection de la concurrence à prendre position, pour le lundi 11 février 2008, par rapport au volet des astreintes. Seul l'EPT a fait parvenir, en date du 11 février 2008, des observations au Conseil de la concurrence.

B) Cadre juridique

3. Aux termes de l'article 20 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence :

(1) Le Conseil peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des astreintes jusqu'à concurrence de 5 pour cent du chiffre d'affaires journalier moyen réalisé au cours de l'exercice social précédent par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe dans sa décision, pour les contraindre:

1) ... ;

2) à respecter une décision ordonnant des mesures conservatoires prises en application de l'article 11 ... ;

3)

Sur cette base, il y a lieu de vérifier si des astreintes sont à prononcer dans le cas concret, et dans l'affirmative à quel montant elles doivent s'élever.

C) Appréciation

1) Le principe de l'astreinte

4. L'emploi, dans l'article 20 de la loi, du verbe « peut » indique que le Conseil de la concurrence dispose d'un pouvoir d'appréciation afin de décider s'il convient de prononcer ou de ne pas prononcer des astreintes dans une affaire donnée.

Selon le mécanisme général de la technique de l'astreinte et aux termes même de la loi, les astreintes sont destinées à contraindre leur destinataire à respecter une mesure ordonnée par ailleurs, en l'espèce des mesures conservatoires. Les astreintes constituent l'accessoire de la mesure dont elles tendent à assurer le respect en soumettant leur destinataire à la menace d'une sanction financière en cas de violation de l'injonction ou de l'interdiction qui lui a été faite.

De ce fait, le Conseil estime qu'il convient de retenir par principe qu'il convient de prononcer des astreintes afin d'assurer la mise en œuvre la plus efficace possible des mesures conservatoires ordonnées par le Président.

L'EPT fait valoir dans ses écrits qu'il conviendrait de ne pas prononcer d'astreintes en raison de divers arguments.

a) La décision du Président aurait violé les droits de la défense de l'EPT

5. L'EPT soutient que du fait de la violation de ses droits, la décision du Président serait illégale et qu'il conviendrait de ne pas le forcer à respecter une telle décision illégale. Sans préjudice d'un recours devant le tribunal administratif, l'EPT relève dans ses observations du 11 février 2008 comme griefs principaux dans ce cadre l'absence de communication des griefs préalable à la saisine du Président et le fait que la décision prend appui sur une atteinte grave, immédiate et irréparable à l'ordre public économique alors que cette notion n'aurait pas été dans les débats devant le Président.

L'argumentation présentée par l'EPT revient à demander au Conseil de la concurrence à vérifier la légalité et le bien-fondé de la décision du Président et partant à s'ériger en instance de recours contre les décisions du Président du Conseil prises dans le cadre d'une demande de mesures conservatoires. La loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence ne confère toutefois pas ce pouvoir ou cette compétence au Conseil de la concurrence siégeant en formation collégiale. En l'absence de décision juridictionnelle suspendant ou annulant les effets de la décision de mesures conservatoires, rendue soit au fond, soit sur base d'une demande de sursis à exécution, il y a lieu de tenir comme exécutoire la décision administrative préexistante du Président, sans que le Conseil de la concurrence ne puisse s'arroger les pouvoirs et compétences du Tribunal administratif, respectivement du Président de ce dernier.

L'argument de l'EPT ne forme donc pas obstacle au prononcé d'astreintes.

b) L'article 2 de la décision du Président aurait été exécuté

6. L'EPT communique un règlement N° 08/126/ILR du 6 février 2008 de l'ILR portant approbation de l'offre de référence de la revente de l'abonnement téléphonique RLO (Reference Line Rental Offer) de l'Entreprise des Postes et Télécommunications jusqu'à la fin de l'année 2010 pour faire valoir que l'article 2 de la décision N° 2008-MC-01 du 22 janvier 2008 aurait été exécuté de sa part et qu'il n'y aurait donc plus lieu à astreinte de ce chef.

Au fond, l'approbation de cette offre par l'autorité de régulation revient à la faire correspondre aux exigences posées par la décision N° 2008-MC-01 du 22 janvier 2008. Il résulte par ailleurs de l'inspection du site Internet <http://interconnect.ept.lu> de l'EPT que cette offre y a été publiée le 7 février 2008, soit endéans le délai fixé par la décision N° 2008-MC-01 du 22 janvier 2008.

Il n'y a donc plus d'intérêt ni de nécessité à prononcer des astreintes à ce titre.

c) L'article 1 de la décision du Président procéderait d'une application inexacte du droit de la concurrence

7. L'EPT soutient que la décision N° 2008-MC-01 du 22 janvier 2008 serait illégale, d'une part, pour avoir fait une fausse application du droit de la concurrence, en menant un raisonnement contradictoire relativement à la question de la part de marché à acquérir par l'EPT sur le marché de la diffusion de contenus télévisuels et radiophoniques et en retenant l'existence d'un marché séparé pour la diffusion de contenus télévisuels et radiophoniques sur base d'éléments factuels erronés et, d'autre part, pour avoir violé ses droits de la défense en retenant l'existence d'un marché séparé pour la diffusion de contenus télévisuels et radiophoniques sans donner à l'EPT l'occasion d'y prendre position. Ainsi, il conviendrait de ne pas le forcer à respecter une telle décision illégale en y joignant des astreintes.

Toutefois, pour les motifs développés ci-dessus au paragraphe 5 tenant à l'impossibilité pour le Conseil de vérifier la légalité et le bien-fondé de la décision du Président, l'argument de l'EPT n'est pas de nature à former obstacle au prononcé d'astreintes.

d) L'article 1 de la décision du Président manquerait de clarté

8. L'EPT soutient que la commercialisation d'une offre IPTV de la part d'autres opérateurs requiert non seulement un accès transparent et non discriminatoire au réseau fixe de télécommunications, mais encore que ceux-ci négocient les droits intellectuels et mettent en place une plate-forme technique. Il interprète dès lors la décision N° 2008-MC-01 du 22 janvier 2008 comme lui faisant interdiction d'intégrer son produit IPTV dans l'offre groupée "Integral" aussi longtemps que l'intégralité de ces conditions ne seraient pas réunies, alors cependant qu'elles relèveraient de l'initiative de tiers sur laquelle il n'aurait pas d'emprise. Il en déduit qu'il conviendrait de ne pas assortir d'astreintes l'exécution d'une mesure dont la réalisation échapperait, du moins pour partie, à son contrôle.

Cette argumentation doit être écartée sur base des considérations suivantes.

A titre liminaire, il faut relever que la décision N° 2008-MC-01 du 22 janvier 2008 est adressée individuellement à l'EPT. Si elle devait manquer de clarté relativement à l'identité des entreprises qui doivent contribuer à la réalisation des circonstances qui doivent être réalisées pour mettre un terme aux mesures frappant l'EPT, de telles difficultés d'exécution devraient nécessairement être tranchées en faveur d'une solution considérant les seules interventions de l'EPT comme étant pertinentes. En ce sens, la levée de l'interdiction d'intégrer le produit IPTV dans des offres groupées ne saurait être conditionnée par une action ou abstention d'une entreprise autre que l'EPT.

L'argument de l'EPT peut être compris comme exigeant une énonciation plus précise des conditions techniques et/ou commerciales qui seraient requises pour que l'interdiction d'intégrer le produit IPTV dans l'offre groupée "Integral" cesse de produire ses effets. Il n'appartient cependant pas au Président du Conseil de la concurrence en tant qu'autorité de concurrence de fixer par des prescriptions détaillées le fonctionnement des marchés. Une telle intervention risquerait de figer les évolutions techniques et de brider les dynamiques concurrentielles. Dans le cas contraire, le renvoi à des pratiques ou techniques qui sont d'actualité à un moment donné risquerait d'être obsolète plusieurs mois plus tard. La décision N° 2008-MC-01 du 22 janvier 2008 répond au souci de clarté en énonçant le test final qui doit être effectué pour que l'interdiction soit levée.

Conformément aux principes régissant actuellement le droit de la concurrence, qui mettent une responsabilité accrue à charge des entreprises dans l'appréciation de leurs comportements par rapport aux exigences du droit de la concurrence, il appartient à l'EPT en tant qu'entreprise concernée de faire sa propre évaluation, au moment où il projette de commercialiser une offre groupée incluant IPTV, quant à la question de savoir si ce test est réussi.

La décision N° 2008-MC-01 du 22 janvier 2008 est donc à cet égard suffisamment claire pour pouvoir être assortie d'astreintes.

9. L'EPT soulève encore que du fait du manque de clarté de l'article 1 de la décision N° 2008-MC-01 du 22 janvier 2008, il se verrait exposé de la part d'autres opérateurs à des demandes de paiement d'astreintes abusives. En mettant en balance les risques importants qui en résultent avec le faible risque à ce qu'il ne respecte pas l'article 1 de la décision N° 2008-MC-01 du 22 janvier 2008, il conviendrait pour le Conseil de faire abstraction du prononcé d'astreintes au nom du principe de proportionnalité.

Cet argument repose d'une part sur l'affirmation que l'article 1^{er} de la décision N° 2008-MC-01 du 22 janvier 2008 ne serait pas suffisamment précis. Cet aspect a été écarté ci-dessus au paragraphe 5.

Cet argument repose ensuite sur la prémisse erronée que le recouvrement des astreintes prononcées par le Conseil de la concurrence se fait à l'initiative des opérateurs concurrents de l'EPT. L'article 20, paragraphe 3 de la loi du 17 mai 2004

relative à la concurrence énonce toutefois clairement que « le recouvrement des astreintes est confié à l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines », signifiant par là clairement que ce recouvrement se fait à la diligence des autorités étatiques, au seul profit du Trésor public, dans le respect strict des règles juridiques applicables à cet égard. Ces règles impliquent pour le moins une vérification par le Conseil de la concurrence, en cas d'intégration future par l'EPT de IPTV dans une offre groupée, que les conditions posées à l'article 1^{er} de la décision N° 2008-MC-01 du 22 janvier 2008 pour mettre un terme à l'interdiction y énoncée soient remplies, une telle vérification se faisant nécessairement sur base des observations à recueillir auprès de l'EPT.

Cet argument repose enfin sur la considération qu'il existerait un risque faible que l'EPT ne respecte pas la décision N° 2008-MC-01 du 22 janvier 2008. Le Conseil de la concurrence n'est pas en état de mesurer de façon objective et déterminante l'importance du risque que l'EPT ne respecte pas la décision en question sur le court et le long terme. Toutefois, s'il existe un risque aussi minime soit-il que tel ne soit pas le cas, le prononcé d'astreintes est de nature à majorer les chances que la décision soit respectée. A l'inverse, si ce risque devait être inexistant, le prononcé d'astreintes n'est pas de nature à préjudicier à l'EPT.

Finalement, il n'est pas sans intérêt de relever que l'article 20, paragraphe 2 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence donne au Conseil le pouvoir de fixer en fin de compte le montant total à payer au titre des astreintes à un montant inférieur que celui qui serait normalement dû. Cette faculté constitue partant une garantie supplémentaire en faveur de l'entreprise visée par une décision d'astreintes pour faire valoir le cas échéant des circonstances particulières.

Ce deuxième argument n'est donc en définitive pas non plus de nature à convaincre le Conseil de ne pas mettre en œuvre son pouvoir d'assortir d'astreintes les mesures conservatoires prononcées.

2) Le montant de l'astreinte

a) Un montant symbolique

10. L'EPT demande à voir fixer le montant de l'astreinte à 1 € symbolique, ou à un autre montant symbolique. A l'appui de cette demande, il argue notamment de la nécessité de restreindre les conséquences d'une illégalité de la décision N° 2008-MC-01 du 22 janvier 2008.

Sur base des développements opérés ci-dessus au paragraphe 5, il faut toutefois retenir là encore que la question de la légalité de la décision du Président ne doit pas entrer en ligne de compte lors de la fixation du montant des astreintes à prononcer par le Conseil.

Par ailleurs, les astreintes poursuivent un objectif de dissuasion et ne sont en mesure de produire cet effet que si elles sont fixées à un montant suffisamment élevé pour exercer une influence significative sur la situation patrimoniale de l'entreprise visée.

Le Conseil estime partant ne pas devoir se limiter à fixer les astreintes à un montant symbolique.

b) Le maximum des astreintes en fonction du chiffre d'affaires

11. Les astreintes journalières à prononcer par le Conseil sont plafonnées par la loi à 5 pour cent du chiffre d'affaires journalier moyen réalisé au cours de l'exercice social précédent.

En l'absence d'autres précisions, il faut admettre que le renvoi à « l'exercice social précédent » vise l'exercice social précédant la décision fixant les astreintes, sinon le dernier exercice social clôturé dont les chiffres sont disponibles.

12. En l'espèce, le courrier de notification de la décision N° 2008-MC-01 du 22 janvier 2008 suggérait de se référer aux rapports et comptes annuels publiés par l'EPT.

Cette approche n'a pas fait l'objet d'objections de la part de l'EPT.

Le dernier rapport annuel disponible sur le site Internet de l'EPT se rapporte à l'année 2006. Il y a donc lieu de s'y référer.

13. L'EPT fait toutefois valoir qu'il conviendrait de tenir compte non pas de son chiffre d'affaires global, mais du seul chiffre d'affaires se rapportant à ses activités de télécommunications, qui seules étaient en cause dans le présent cadre.

Bien que la loi ne prévoie pas pareille distinction, il y a lieu d'en tenir compte en l'espèce eu égard aux obligations légales et réglementaires de séparation de ses différentes activités imposées à l'établissement public Entreprise des Postes et Télécommunications.

14. Le rapport annuel pour l'année 2006 renseigne dans le cadre des comptes annuels statutaires un chiffre d'affaires annuel au titre des services de télécommunications de 351.454.700 €. Les comptes annuels consolidés renseignent au titre des services de télécommunications la valeur de 386.900.000 €.

L'EPT fait état des seuls montants issus des comptes annuels statutaires. Compte tenu des périmètres respectifs des comptes statutaires et consolidés, il y a lieu effectivement de ne prendre en compte que les comptes statutaires, soit une valeur de 351.454.700 €.

c) La fixation du montant

15. En considération de ce chiffre, le montant journalier maximum des astreintes se situe à $[5\% \times (351.454.700 : 365) =] 48.145 \text{ €}$.

Dans ces limites, le Conseil estime approprié de fixer les astreintes journalières à la somme de 10.000 €.

3) Le contrôle de l'exigibilité des astreintes

16. Conformément à la décision N° 2008-MC-01 du 22 janvier 2008, l'astreinte journalière est due pour chaque journée au cours de laquelle l'EPT intègre IPTV dans l'offre groupée "Integral" ou dans une autre offre groupée alors que les conditions énoncées dans ladite décision ne sont pas remplies.

La mise en œuvre effective de cette disposition requiert une surveillance constante du marché et des évolutions techniques et commerciales qui s'y produisent. Le Conseil entend y associer l'Inspection de la concurrence, les opérateurs dits alternatifs et tout tiers intéressé en les invitant à signaler au Conseil tout comportement de l'EPT qui serait en violation des obligations qui lui sont imposées en vertu de la décision N° 2008-MC-01 du 22 janvier 2008.

a adopté la présente décision :

Article 1^{er} :

Fixe les astreintes journalières dues par l'établissement public Entreprise des Postes et Télécommunications en cas de non respect de l'interdiction imposée par l'article 1^{er} de la décision N° 2008-MC-01 du 22 janvier 2008 du Président du Conseil de la concurrence à la somme de 10.000 €.

Article 2 :

Constata qu'il n'y a plus lieu de prononcer des astreintes au titre de l'article 2 de la décision N° 2008-MC-01 du 22 janvier 2008 du Président du Conseil de la concurrence.

Article 3 :

Invite l'Inspection de la concurrence, les opérateurs dits alternatifs et tout tiers intéressé à signaler au Conseil tout comportement de l'établissement public

Entreprise des Postes et Télécommunications qui serait en violation des obligations qui sont imposées à ce dernier en vertu de l'article 1^{er} de la décision N° 2008-MC-01 du 22 janvier 2008 du Président du Conseil de la concurrence.

Ainsi délibéré et décidé à Luxembourg en date du 26 février 2008.

(signé)
Thierry HOSCHEIT
Président

(signé)
Christiane WEIDENHAUPT
Conseiller

(signé)
Jean-Claude WIWINIUS
Conseiller

La présente décision est susceptible d'un recours en annulation devant le Tribunal Administratif.

Le délai de recours est de trois mois à partir de la notification de la présente décision.

Le recours est introduit par requête signée d'un avocat à la Cour.