



**Décision N° 2008-MC-01**  
**du 22 janvier 2008**  
**concernant une demande à voir prononcer des mesures conservatoires**  
**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 Président du Conseil de la concurrence ;

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

Vu la loi du 1<sup>er</sup> 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 demande de l'Inspection de la concurrence du 16 août 2007 ;

Vu les convocations régulièrement adressées le 16 août 2007 à l'établissement public Entreprise des Postes et Télécommunications, à la S.A. Tele2 Luxembourg, à la S.A. Tango, à la S.A. Tele2 International Card Company et à l'Inspection de la concurrence ;

Vu l'intervention aux débats de la S.A. Tele2 Services Luxembourg ;

Vu les observations présentées oralement en date du 30 août 2007 où étaient présents MM. Joseph Glod, Guy Modert, Joël Weiler, Mme Dominique Vaudrot-Schwarz et Mes Alexandre Verheyden et Sébastien Evrard pour compte de l'établissement public Entreprise des Postes et Télécommunications, MM. Stéphane Sadoune, Didier Rouma et Me Myriam Brunel pour compte de la S.A. Tele2 Luxembourg, de la S.A. Tango, de la S.A. Tele2 International Card Company et de la S.A. Tele2 Services Luxembourg et MM. Daniel Becker et Guy Wetzel pour compte de l'Inspection de la concurrence ;

Vu les observations présentées oralement en date du 11 octobre 2007 où étaient présents MM. Joseph Glod, Guy Modert, Joël Weiler, Mme Dominique Vaudrot-

Schwarz et Mes Alexandre Verheyden et Sébastien Evrard pour compte de l'établissement public Entreprise des Postes et Télécommunications, MM. Rafael Ros Montero, Didier Rouma et Me Myriam Brunel pour compte de la S.A. Tele2 Luxembourg, de la S.A. Tango, de la S.A. Tele2 International Card Company et de la S.A. Tele2 Services Luxembourg et MM. Daniel Becker et Guy Wetzel et Mme Viviane Faber pour compte de l'Inspection de la concurrence ;

Vu les notes déposée par Me Myriam Brunel pour compte de la S.A. Tele2 Luxembourg, de la S.A. Tango, et de la S.A. Tele2 Services Luxembourg et par Mes Alexandre Verheyden et Sébastien Evrard pour compte de l'établissement public Entreprise des Postes et Télécommunications ;

Vu les pièces du dossier ;

- A) Faits
- B) Entreprises impliquées
- C) Confidentialité
- D) Les griefs et les mesures sollicitées
  - a) La commercialisation du produit "Integral"
  - b) La revente de l'abonnement
  - c) La séparation comptable
  - d) La séparation commerciale des activités postales et financières et des activités relevant du secteur des télécommunications
  - e) L'intégration de IPTV dans le paquet "Integral"
- E) Aspects de procédure
  - a) L'absence de communication des griefs
  - b) Instruction à charge et impartialité de l'Inspection de la concurrence
  - c) Non respect des délais légaux, respectivement d'un délai raisonnable pour prendre position sur les éléments produits à l'appui de la demande de mesures conservatoires
  - d) Accès au dossier complet
- F) Appréciation du bien-fondé de la demande de mesures conservatoires
  - a) Cadre juridique
  - b) Les conditions légales relatives au champ d'application des mesures conservatoires
    - i) La procédure au fond
    - ii) L'apparence suffisamment certaine d'une violation du droit de la concurrence
      - La définition du marché et la position dominante
        - Les marchés d'accès
        - Les marchés de services
        - Les lignes louées
        - La téléphonie mobile
        - La diffusion de contenus télévisuels et radiophoniques
        - La répliquabilité de l'offre "Integral"
      - L'abus de position dominante
        - Le refus de fourniture
          - Le réseau des agences commerciales
          - Le réseau de la paire cuivrée
        - La vente liée et le couplage
          - Le couplage mixte
          - La vente liée
        - Le ciseau tarifaire
        - Les prix abusivement bas ou prédateurs
        - Les prix excessifs
        - Les subventions croisées
    - iii) L'atteinte grave, immédiate et irréparable à l'ordre public économique ou à l'entreprise plaignante
      - L'atteinte grave, immédiate et irréparable à l'ordre public économique

- L'atteinte grave, immédiate et irréparable à l'entreprise plaignante
- c) Les conditions légales relatives au contenu des mesures conservatoires
  - i) La commercialisation du produit "Integral"
  - ii) La séparation commerciale des activités postales et des activités relevant du secteur des télécommunications
  - iii) L'intégration de IPTV dans le paquet "Integral"
  - iv) La revente de l'abonnement
  - v) La séparation comptable
  - vi) Les astreintes

## **A) Faits**

1. Par courrier du 16 août 2007, l'Inspection de la concurrence a saisi le Président du Conseil de la concurrence d'une demande tendant à voir prononcer des mesures conservatoires à l'encontre de l'établissement public Entreprise des Postes et Télécommunications sur base de l'article 11 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence.

Cette procédure s'insère dans le cadre d'une plainte qui a été déposée en date du 26 avril 2006 par la S.A. Tele2 Luxembourg, la S.A. Tango et la S.A. Tele2 Services Luxembourg à l'encontre de l'établissement public Entreprise des Postes et Télécommunications du chef d'abus de position dominante prohibé par l'article 82 du traité CE et par l'article 5 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence. Cette plainte a trait à la commercialisation du produit dénommé "Integral" par l'EPT, qui regroupe en un seul paquet les services de téléphonie fixe, de téléphonie mobile et d'accès Internet à large bande.

Par extension, la demande de mesures conservatoires actuellement soumises au Président du Conseil de la concurrence porte sur des aspects connexes à la commercialisation de l'offre "Integral".

## **B) Entreprises impliquées**

2. La demande de l'Inspection de la concurrence a été présentée au titre de l'atteinte portée aux intérêts des sociétés S.A. Tele2 Luxembourg, S.A. Tango et S.A. Tele2 Services Luxembourg. La convocation du 16 août a été adressée par mégarde à une S.A. Tele2 International Card Company, la S.A. Tele2 Services Luxembourg ayant été omise. Il résulte toutefois clairement de la note de Me Brunel du 10 septembre 2007 que les sociétés concernées sont la S.A. Tele2 Luxembourg, la S.A. Tango et la S.A. Tele2 Services Luxembourg. Pour autant que de besoin, il y a lieu de retenir l'intervention dans la procédure de la S.A. Tele2 Services Luxembourg.

La S.A. Tele2 Luxembourg a été constituée le 4 août 1998 avec pour objet notamment d'opérer un réseau de télécommunication et de fournir des services de télécommunications, y inclus, mais non exclusivement, des services de téléphonie fixe ou mobile, des services de transmission de données et des services de

télécommunication avec valeur ajoutée ainsi que de fournir d'autres services, et en particulier des services financiers, y relatifs.

La S.A. Tango a été constituée le 13 juin 1997 avec pour objet notamment la vente, la commercialisation, la facturation et le service clientèle pour l'exploitation de réseaux de télécommunication GSM

La S.A. Tele2 Services Luxembourg a été constituée le 12 octobre 1999 en tant que société de participations financières.

Il est expliqué dans la note du 10 septembre 2007 que la S.A. Tele2 Luxembourg est un opérateur de téléphonie fixe, que la S.A. Tango est un opérateur de téléphonie mobile et que la S.A. Tele2 Services Luxembourg commercialise les produits de ces deux sociétés. Ces trois sociétés sont désignées par la suite comme étant le groupe Tele2/Tango.

**3.** La demande est dirigée contre l'établissement public Entreprise des Postes et Télécommunications (ci-après EPT). Il s'agit d'un établissement public créé par la loi du 10 août 1992 portant création de l'entreprise des postes et télécommunications. Cet établissement a pour objet la prestation de services postaux, de services financiers postaux et de services de télécommunications, ainsi que de toutes autres prestations se rattachant directement ou indirectement à son objet ou tendant à la réalisation de celui-ci (article 3 de la loi).

### **C) Confidentialité**

**4.** Dans le cadre de l'enquête et de l'instruction relatives à la demande de mesures conservatoires, tant l'EPT que les sociétés du groupe Tele2/Tango ont communiqué au Président du Conseil de la concurrence et à l'Inspection de la concurrence un certain nombre de renseignements au sujet desquels ils ont sollicité la protection au titre de la confidentialité sur base de l'article 24, paragraphes 2 à 4 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence. Dans la mesure où ces deux entreprises ne se trouvent pas dans la même situation procédurale, ces demandes ont été traitées de façon différente.

L'EPT en tant qu'entreprise directement visée et mise en cause par la demande de mesures conservatoires jouit de droits de la défense élaborés et dispose d'un droit d'accès important au dossier qui sert d'appui à la décision à adopter. En vue d'assurer ces droits et garanties, les demandes de confidentialité présentées par le groupe Tele2/Tango ont fait l'objet d'une décision explicite de la part du Président du Conseil de la concurrence (décision N° 2007-CO-02 du 25 septembre 2007). Aucun des éléments couverts par la confidentialité en vertu de cette décision n'a été introduit dans la présente décision ni autrement considéré pour décider sur les mesures conservatoires demandées.

Le groupe Tele2/Tango en tant qu'entreprise plaignante non visée par la décision à intervenir dispose d'un moindre droit d'accès au dossier. Par suite, les demandes de

confidentialité présentées par l'EPT ont été traitées par décision implicite sur base du système d'application général explicité dans la note commune du Conseil de la concurrence et de l'Inspection de la concurrence, en ce que les renseignements au sujet desquels la confidentialité est sollicitée en bénéficient d'office provisoirement en attendant l'intervention d'une décision éventuellement contraire. Dans la mesure où il s'agit de données invoquées par l'EPT pour soutenir sa défense, elles sont reprises dans la présente décision, tout en étant occultées dans la version accessible publiquement.

#### **D) Les griefs et les mesures sollicitées**

5. Dans son courrier de saisine, l'Inspection de la concurrence expose d'une façon générale que l'EPT en tant qu'opérateur historique disposerait de tous les équipements techniques pour pouvoir fournir aux utilisateurs finals les trois produits que sont la téléphonie fixe, la téléphonie mobile et l'accès Internet à large bande en un paquet, ce dont se trouveraient empêchés à l'heure actuelle les opérateurs alternatifs, dont les sociétés du groupe Tele2/Tango, en raison de contraintes techniques, financières et réglementaires. Il en résulterait un risque de distorsion de concurrence soumis à enquête approfondie, mais pouvant donner lieu dès à présent à l'adoption de mesures conservatoires.

Les développements concrets portent sur 5 points différents.

##### a) La commercialisation du produit "Integral"

6. Il résulte des explications fournies par l'Inspection de la concurrence et le groupe Tele2/Tango que le problème se situerait, pour des raisons partiellement identiques, tant au niveau de la connexion du client final à la téléphonie fixe qu'à la connexion ADSL, c'est-à-dire la connexion à large bande.

Pour ces deux catégories de services, les opérateurs alternatifs ne seraient pas en mesure, sur une part appréciable du marché, de contracter directement avec les clients à défaut de pouvoir proposer, suite aux agissements de l'EPT, une offre techniquement satisfaisante et commercialement viable.

La seule solution pour les opérateurs alternatifs pour entrer directement en relation avec les clients consisterait actuellement à mettre en œuvre le dégroupage total (couvrant tant les communications téléphoniques que les liaisons ADSL), ce qui ne serait commercialement viable cependant que pour une partie infime du marché, et poserait des problèmes additionnels pour les clients connectés par la fibre optique. Cette solution ne donnerait pas non plus aux opérateurs alternatifs la maîtrise technique sur les offres.

Il en résulterait que les clients finals qui désirent se fournir en communications téléphoniques auprès d'un opérateur alternatif ne pourraient avoir recours qu'à la solution de la sélection ou de la présélection. Or, dans ce cas de figure, l'opérateur

alternatif ne facturerait que les communications, tandis que l'EPT facturerait toujours directement la connexion au réseau, c'est-à-dire le prix de l'abonnement.

De même, si le dégroupage partiel (ne couvrant que les liaisons ADSL) permettrait de fournir les clients en accès Internet à large bande, il ne serait cependant pas non plus une solution, car les clients seraient tenus de garder leur abonnement, soit téléphonique, soit ISDN de base, auprès de l'EPT, qui leur facturerait donc directement ce service.

Par voie de conséquence, au niveau des offres groupées, lorsqu'un client désirerait recourir auprès d'un opérateur alternatif à un produit concurrent au produit "Integral" de l'EPT, il se verrait contraint de conclure deux contrats distincts, le premier avec l'opérateur alternatif pour le package téléphonie fixe-téléphonie mobile-Internet, et le second avec l'EPT pour la connexion au réseau, tandis que les clients qui souscrivent au produit "Integral" de l'EPT ne concluraient qu'un seul contrat avec cet établissement englobant aussi bien les services téléphonie fixe-téléphonie mobile-Internet que la connexion au réseau.

**7.** De ce fait, l'EPT serait mis à deux égards dans une situation préférentielle dans ses relations avec lesdits clients finals.

D'une part, il faudrait tenir compte de l'aspect psychologique du côté des clients. Ceux-ci préféreraient conclure un seul contrat pour l'ensemble des prestations dont ils ont besoin. Cette considération aurait été confirmée dans le cadre d'enquêtes d'opinion. Par ailleurs, en recevant deux factures séparées, les clients auraient subjectivement l'impression de payer plus cher pour les mêmes services que si ces services étaient regroupés sur une même facture. Finalement, les clients verraient une simplification de gestion dans le fait de ne recevoir qu'une seule facture pour tous les services, puisqu'ils n'auraient qu'une opération de paiement à effectuer. Pour toutes ces raisons, les clients auraient naturellement tendance à se tourner vers l'EPT tant que les opérateurs alternatifs ne seraient pas en mesure de facturer l'intégralité des services et prestations. Depuis le lancement de l'offre "Integral" de l'EPT au mois de novembre 2005, il en serait déjà résulté un important transfert de clients du groupe Tele2/Tango vers l'EPT.

D'autre part, en raison du fait que les clients ayant souscrit une offre de services combinés auprès d'un opérateur alternatif resteraient néanmoins en relation commerciale avec l'EPT, ce dernier disposerait de la base de donnée clientèle des opérateurs alternatifs et pourrait opérer des campagnes de publicité et de commercialisation ciblées à l'effet de détourner les clients des opérateurs alternatifs à son profit.

**8.** L'Inspection de la concurrence et le groupe Tele2/Tango en concluent à voir interdire à l'EPT de faire de la publicité pour son produit "Integral", le groupe Tele2/Tango précisant que cette interdiction doit rester en vigueur soit jusqu'à l'adoption d'une décision du Conseil de la concurrence sur le fond, soit jusqu'à l'établissement de conditions sur le marché permettant de répliquer utilement les offres de l'EPT.

Le groupe Tele2/Tango pour sa part demande en outre à voir prononcer des mesures conservatoires en relation avec deux catégories de personnes. D'après ces sociétés, ces mesures seraient seules de nature à éviter la création d'une situation irrémédiable sur le marché.

En ce qui concerne les personnes qui ne sont pas encore client "Integral" auprès de l'EPT, le groupe Tele2/Tango demande à voir interdire à l'EPT de commercialiser son offre "Integral" auprès de ceux-ci, et ce soit jusqu'à l'adoption d'une décision du Conseil de la concurrence sur le fond, soit jusqu'à l'établissement de conditions sur le marché permettant de répliquer utilement les offres de l'EPT.

En ce qui concerne les personnes qui ont déjà souscrit un contrat "Integral" auprès de l'EPT, le groupe Tele2/Tango demande à voir enjoindre à l'EPT de proposer à ceux-ci des offres découplées.

b) La revente de l'abonnement

**9.** L'Inspection de la concurrence et le groupe Tele2/Tango expliquent par ailleurs sur base des explications faites au point précédent que la question de la connexion au réseau pourrait être résolue si les opérateurs alternatifs pouvaient opérer la revente de l'abonnement téléphonique de l'EPT, de façon à ce que ces opérateurs puissent facturer aux clients finals également les frais de la connexion, sans que ces clients ne soient par ailleurs en relations commerciales avec l'EPT.

Ils exposent que l'Institut Luxembourgeois de Régulation a imposé à l'EPT par décision 07/105/ILR du 2 février 2007 l'obligation d'accorder aux opérateurs alternatifs qui en font la demande cette revente de l'abonnement sur base d'une offre de référence à approuver par l'Institut Luxembourgeois de Régulation, mais que les propositions actuelles de l'EPT quant à la marge concédée aux opérateurs alternatifs et au niveau de la qualité du service offert ne permettraient pas à ceux-ci de mener des opérations de revente bénéficiaires. Le groupe Tele2/Tango ajoute que compte tenu des nombreux problèmes subsistants, il faudrait s'attendre à ce que l'approbation définitive de cette offre de référence tarde à intervenir.

**10.** L'Inspection de la concurrence ne formule pas de demande formelle à cet égard.

Le groupe Tele2/Tango pour sa part demande à voir enjoindre à l'EPT de présenter dans le cadre de la procédure en cours auprès de l'Institut Luxembourgeois de Régulation une offre de référence englobant une marge de 20% (*retail minus 20%*), ainsi que des modalités de nature à permettre une mise en place effective de conditions de concurrence permettant de répliquer les offres de l'EPT.

c) La séparation comptable

**11.** L'Inspection de la concurrence explique que la séparation comptable entre les différentes activités exercées par l'EPT est une exigence fondamentale requise aussi bien par la loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et les services de communications électroniques que par les décisions et prises de positions successives de l'Institut

Luxembourgeois de Régulation, qui s'explique par le souci d'éviter les subventions croisées et les tarifs prédateurs et de garantir une orientation des tarifs vers les coûts, mais que l'EPT resterait en défaut de réaliser concrètement une telle séparation comptable.

Le groupe Tele2/Tango ajoute que la tenue effective d'une comptabilité séparée permettrait de contrôler effectivement si l'EPT sépare ses différentes activités (postales, financières, télécommunications) et de vérifier si les services facturés en interne entre les différentes activités le sont en fonction du coût réel. Une telle comptabilité séparée devrait ainsi permettre notamment d'apprécier si l'EPT ne procède pas à des subventions croisées entre ses différentes branches d'activités.

**12.** L'Inspection de la concurrence demande à voir exiger de la part de l'EPT qu'il mette en œuvre cette séparation comptable.

Le groupe Tele2/Tango pour sa part, sur base des explications données par l'EPT lors de la 1<sup>re</sup> réunion en date du 30 août 2007, portant en substance affirmation que la séparation comptable était appliquée par ses soins sur base des exigences formulées par l'Institut Luxembourgeois de Régulation et était contrôlée par un réviseur d'entreprises externe et l'Institut Luxembourgeois de Régulation, a demandé dans sa note du 10 septembre 2007 à voir enjoindre à l'EPT de soumettre les preuves de l'existence d'une telle séparation comptable, la méthode de dissociation choisie et les preuves de sa mise en œuvre.

d) La séparation commerciale des activités postales et financières et des activités relevant du secteur des télécommunications

**13.** L'Inspection de la concurrence relève que l'EPT dispose d'un monopole légal en ce qui concerne certaines activités postales et les services financiers postaux, qu'il exerce à travers un réseau étendu de points de commercialisation à travers le pays. L'EPT profiterait de l'existence de ce réseau de vente pour y commercialiser également ses produits relevant du domaine des télécommunications, dont notamment le produit "Integral". Du fait de l'existence de ce réseau de distribution capillaire, l'EPT bénéficierait d'un avantage concurrentiel en raison du fait que pour les services en situation de monopole légal, les clients/consommateurs devraient se rendre dans ces points de vente, où ils se trouveraient alors confrontés aux produits relevant du secteur des télécommunications pour lesquels l'EPT se trouve en situation de concurrence.

Le groupe Tele2/Tango ajoute que le personnel employé dans les points de commercialisation sont polyvalents, qu'ils peuvent informer les clients non seulement sur les produits et services en situation de monopole, mais aussi sur les produits et services pour lesquels l'EPT se trouve en situation de concurrence avec d'autres opérateurs, et qu'ils peuvent vendre les uns et les autres.

**14.** L'Inspection de la concurrence demande dans ce cadre à voir ordonner une séparation géographique entre les lieux de commercialisation des produits et services en situation de monopole légal d'une part et les produits et services en situation concurrentielle d'autre part.

Dans le même sens, le groupe Tele2/Tango demande à voir interdire à l'EPT

- de fournir des prestations en rapport avec des produits et services relevant du secteur des télécommunications
- et
- de commercialiser des produits et services relevant du secteur des télécommunications

dans les points de vente consacrés aux services postaux et financiers, et ce soit jusqu'à l'adoption d'une décision du Conseil de la concurrence sur le fond, soit jusqu'à l'établissement de conditions sur le marché permettant de répliquer utilement les offres de l'EPT.

Le groupe Tele2/Tango demande encore à voir interdire à l'EPT de faire de la publicité pour des produits et services relevant du secteur des télécommunications en général et pour le produit "Integral" en particulier dans les points de vente consacrés aux services postaux et financiers, sans préciser la durée d'application d'une telle mesure.

- e) L'intégration de IPTV dans le paquet "Integral"

**15.** L'Inspection de la concurrence explique que l'EPT est sur le point de commercialiser une offre de programmes de télévision et de radio par son réseau à large bande, comprenant tout à la fois un certain nombre de programmes de télévision et de radio et une offre de vidéo à la demande, et que pour pouvoir profiter de cette offre, le client doit disposer d'un abonnement ADSL auprès de l'EPT. Elle entrevoit comme évolution probable que l'EPT intègre cette offre IPTV à plus ou moins courte échéance dans son offre "Integral", ce qui d'une part rendrait cette offre encore plus attractive en raison de son contenu même, et d'un autre côté mettrait ses concurrents, qu'ils soient opérateurs de télécommunications ou opérateurs de distribution de télévision par câble, dans une situation de désavantage concurrentiel manifeste dans la mesure où ils ne seraient pas en mesure d'offrir le même paquet de services. En raison du comportement à attendre des consommateurs face à une telle offre attractive, il faudrait s'attendre à un accroissement de la dominance de l'EPT sur le marché de l'ADSL.

**16.** Elle demande partant à voir interdire à l'EPT d'intégrer son offre IPTV dans son paquet "Integral".

L'Inspection de la concurrence est rejointe dans cette demande par le groupe Tele2/Tango, qui demande à voir étendre une telle interdiction à tous autres produits à venir, en précisant que pareille interdiction devrait rester en vigueur soit jusqu'à l'adoption d'une décision du Conseil de la concurrence sur le fond, soit jusqu'à l'établissement de conditions sur le marché permettant de répliquer utilement les offres de l'EPT.

**17.** Il faut relever que pour l'Inspection de la concurrence et le groupe Tele2/Tango, ces points ne sont pas à considérer de façon isolée les uns des autres, mais constituent un ensemble d'aspects qui caractérisent le marché des télécommunications au Luxembourg, où l'EPT disposerait du fait de sa situation historique de certains

avantages d'un point de vue légal, financier et technique qui lui permettraient de commercialiser des offres que ses concurrents ne pourraient pas reproduire à l'identique, faute de pouvoir avoir recours aux mêmes ressources. Le résultat en serait en fin de compte une concentration des clients auprès de l'EPT, avec une diminution corrélative de la clientèle auprès des autres opérateurs de télécommunications. Or, le développement de nouveaux produits et services dans ce secteur requerrait une certaine masse critique de clients pour pouvoir rentabiliser les investissements. A défaut de disposer de cette masse critique, les opérateurs dits alternatifs se verraient par voie de conséquence limités dans leurs démarches innovatrices. En fin de compte, les comportements de l'EPT nuiraient aux intérêts des consommateurs.

### **E) Aspects de procédure**

**18.** Avant d'entrer dans le débat sur le fond des reproches formulés et des mesures sollicitées, l'EPT a soulevé dans un courrier du 28 août 2007, lors de la réunion du 30 août 2007, ainsi que dans un courrier du 7 septembre 2007 des aspects procéduraux qui d'après lui empêcheraient la poursuite de la procédure telle qu'engagée. Sa demande à voir délayer la procédure sur ces bases ayant été écarté lors de cette réunion, il convient actuellement d'en fournir la motivation écrite exhaustive. Dans sa note du 8 octobre 2007, l'EPT a soulevé un aspect supplémentaire.

#### **a) L'absence de communication des griefs**

**19.** L'EPT soutient que l'article 23 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence soumettrait l'adoption de toute mesure conservatoire à la notification préalable d'une communication des griefs, celle-ci devant contenir les griefs formulés contre l'entreprise visée, ainsi que la nature et l'appréciation juridique des faits à l'origine de l'ouverture de la procédure. Or, la demande de mesures conservatoires présentée par l'Inspection de la concurrence en date du 16 août 2007, qui lui a été communiquée ensemble avec la convocation pour la réunion du 30 août 2007, ne constituerait pas une telle communication des griefs répondant aux exigences de la loi. Elle ne contiendrait ni description de la nature des faits ni leur appréciation juridique, ni encore en ce qui concerne le domaine des mesures conservatoires les éléments nécessaires pour apprécier l'urgence de la demande, la preuve *prima facie* d'une violation du droit de la concurrence et la proportionnalité entre les problèmes identifiés et les mesures sollicitées.

L'EPT en déduit que le Président ne saurait être saisi d'une demande de mesures conservatoires, et à tout le moins que ses droits de la défense seraient violés du fait de l'absence de communication des griefs.

**20.** Ces développements doivent être écartés au vue du fait que l'article 23, prévoyant l'envoi d'une communication des griefs, ne trouve pas à s'appliquer en matière de mesures conservatoires, alors même qu'il y est fait référence à l'article 11, traitant des mesures conservatoires.

S'il est vrai qu'un texte législatif clair ne doit pas donner lieu à interprétation, mais uniquement à application dans les termes qui lui ont été donnés par le législateur, et que le renvoi par l'article 23 à l'article 11 semble *a priori* dénué d'ambiguïté, force est toutefois de relever que la rédaction de l'article 23 n'est pas claire et qu'il y a lieu de l'interpréter. Il convient en premier lieu de relever les aspects qui le rendent imprécis, pour ensuite examiner quel sens il y a lieu de donner à ses termes.

**21.** Sur la première étape du raisonnement, il faut d'abord relever que l'incohérence de l'article 23, ou du moins ses lacunes rédactionnelles, appert de sa seule syntaxe, dès lors que la 1<sup>re</sup> demi-phrase de la phrase unique que constitue l'article 23, alinéa 1<sup>er</sup> débute par le pronom personnel « il », partant un sujet au masculin, tandis que la 2<sup>e</sup> demi-phrase, devant se référer au même sujet, évoque « l'Inspection », partant un sujet au féminin.

S'il fallait admettre que l'emploi du pronom personnel « il » ne constitue qu'une erreur rédactionnelle et que ce terme devait être remplacée par le pronom personnel « elle », la phrase signifierait que l'Inspection de la concurrence notifie la communication des griefs avant qu'elle ne prenne les décisions visées. Or, il est constant que l'Inspection de la concurrence n'a aucune compétence pour prendre l'une quelconque des décisions visées par l'article 23.

S'il fallait admettre que l'emploi du pronom personnel « il » renvoie au Conseil de la concurrence, qui n'est au demeurant mentionné nulle part dans cet article, le texte n'en demeurerait pas moins incohérent s'il fallait admettre que le renvoi à l'article 11 concerne les mesures conservatoires elles-mêmes, puisque la phrase reviendrait alors à dire que le Conseil de la concurrence prend de telles décisions, alors cependant qu'elles relèvent de la compétence du Président du Conseil de la concurrence.

S'il fallait admettre que l'emploi du pronom personnel « il » renvoie au Président du Conseil de la concurrence, qui n'est au demeurant mentionné nulle part dans cet article, le texte n'en demeurerait pas moins incohérent, puisque le texte se réfère par la suite à des décisions que ne sont manifestement pas de la compétence du Président (décisions sur le fond de l'article 10, décisions sur des amendes de l'article 18).

En second lieu, et en ce qui concerne la signification au fond de la disposition de l'article 23, et à supposer que l'exigence d'une communication des griefs contenue dans l'article 23, alinéa 1<sup>er</sup> doive s'appliquer aux procédures devant mener à l'adoption d'une mesure conservatoire, il faudrait retenir qu'il faudrait tout autant y appliquer le délai de un mois prévu à l'article 23, alinéa 3 (dont s'est d'ailleurs prévalu l'EPT), ainsi que le délai de 2 mois prévu à l'article 24, paragraphe 5, alinéa 1. Toutefois, la possibilité de faire adopter des mesures conservatoires est conditionnée par le constat d'une atteinte grave, immédiate et irréparable à l'ordre public économique ou à l'entreprise plaignante. En présence d'une telle situation, l'observation des délais dont disposent les articles 23 et 24 peut être de nature à altérer irrémédiablement la situation concurrentielle sur le marché avant l'intervention d'une décision ordonnant des mesures conservatoires.

Dans ce cadre, il faut encore noter que les règles applicables aux procédures menées par la Commission européenne sur base du Règlement (CE) N° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité prévoient la possibilité de réduire le délai de réponse en

matière de mesures conservatoires à la durée d'une semaine (voir article 17, paragraphe 2 du règlement (CE) N° 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE).

Les délais prévus aux articles 23 et 24 sont donc incompatibles avec les caractéristiques des mesures conservatoires prévues par l'article 11 (voir en ce sens également Conseil d'Etat français, 30 octobre 1987, JVC Vidéo France ; Cour d'appel de Paris, 28 janvier 2005, Orange Caraïbe c/ Bouygues Télécom Caraïbe et France Télécom). Or, on ne peut admettre que le législateur ait voulu instituer une procédure pour parer aux situations d'urgence tout en la privant de tout effet utile en y assortissant des délais préfixes trop longs.

Il faut dès lors admettre que le renvoi à l'article 11 dans les articles 23 et 24 ne peut valoir référence aux décisions adoptées sur base de l'article 11 ordonnant des mesures conservatoires. Cette appréciation est confortée pour autant que de besoin par l'examen de l'article 24 seul, qui dispose que « avant de prendre les décisions prévues aux articles ..., 11 ..., le Conseil ... », alors qu'il est constant que les décisions prévues à l'article 11 ne relèvent pas de la compétence du Conseil, mais de son Président.

**22.** Sur base de ce constat, il échet dès lors de s'interroger sur les raisons de la présence, respectivement sur la signification, du renvoi à l'article 11 contenu dans l'article 23, alinéa 1<sup>er</sup>.

Il est constant à cet égard que la rédaction du texte finalement adopté est identique à celle qui avait été proposée dans le projet de loi initial (article 22 à ce moment). L'examen attentif des travaux parlementaires permet toutefois de relever une variation du champ d'application de différentes dispositions au cours des travaux parlementaires.

A cet effet, il convient de mettre en relation l'article 22 du projet de loi avec les pouvoirs qui y étaient prévus au profit du Conseil de la concurrence et tels qu'ils ont évolué par la suite. Dans le projet de loi initial, il était prévu que le Conseil de la concurrence puisse ordonner la cessation des violations au droit de la concurrence (article 10 du projet de loi) et prononcer des amendes en cas de violation des règles de fond et en cas de violation d'une mesure conservatoire ordonnée par le Président (article 17, paragraphe 2 du projet de loi). Les violations de la loi dans le cadre de l'exécution des enquêtes relevaient dans ce projet du droit pénal (article 17, paragraphe 1<sup>er</sup> du projet de loi).

Dans la mesure où l'article 22 du projet de loi renvoyait aux articles 10, 11 et 17, paragraphe 3, il faut considérer là encore le renvoi à l'article 11, s'il devait être compris comme renvoi aux mesures conservatoires elles-mêmes, comme erreur rédactionnelle, car l'article 22 traitait des décisions à prendre par le Conseil de la concurrence, alors cependant que l'adoption de mesures conservatoires devait relever dès ce projet de loi de la compétence du Président du Conseil (article 11 du projet de loi). Ce renvoi à l'article 11 doit dès lors être compris dans ce cadre comme devant concerner les décisions que le Conseil pouvait prendre en rapport avec les mesures conservatoires, à savoir les amendes en cas de non-respect d'une telle mesure ordonnée par le Président (article 17, paragraphe 2).

Au cours des travaux parlementaires, les compétences du Conseil de la concurrence pour prononcer des amendes ont d'abord été élargies aux violations de la loi dans le cadre de l'exécution des enquêtes qui relevaient au départ du droit pénal (Avis du Conseil d'Etat du 16 mars 2004, proposition de nouvelle rédaction de l'article 17 ; cette proposition est reprise sur ce point dans l'amendement N° 3 de la Commission de l'économie, de l'énergie, des postes et des transports de la Chambre des Députés du 23 mars 2004 dans la nouvelle rédaction de l'article 18). L'amendement N° 4 de la Commission de l'économie, de l'énergie, des postes et des transports de la Chambre des Députés a complété en parallèle dans l'article 24 (ancien article 22) le renvoi aux articles 10, 11, 18, paragraphe 1<sup>er</sup>, point 5 et 18, paragraphe 2 (qui était l'ancien article 17, paragraphe 3). Lors de l'élargissement de ces compétences du Conseil de la concurrence, la question de l'application des dispositions relatives à la communication des griefs à ces nouvelles compétences n'a toutefois pas été discutée.

Par la suite, dans son avis complémentaire du 20 avril 2004, le Conseil d'Etat s'est opposé à ce que le Conseil puisse prononcer des amendes en cas d'inobservation d'une mesure conservatoire prononcée par le Président, et le rapport final de la Commission de l'économie, de l'énergie, des postes et des transports de la Chambre des Députés du 27 avril 2004 a fait suite à cette opposition en supprimant dans l'article 18 la possibilité afférente, réduisant ainsi le champ d'application des compétences du Conseil pour prononcer des amendes. La rédaction de l'article 23 n'a pas été modifiée à cette occasion, ni sa signification discutée.

Il faut retenir de cette évolution que le projet de texte initial entendait dans son article 22 imposer le procédé de la communication des griefs dans toutes les procédures impliquant une décision de la part du Conseil frappant définitivement les entreprises visées, à savoir celles ordonnant la cessation d'une violation des règles de fond du droit de la concurrence et celles imposant des amendes du chef soit d'une violation des règles de fond du droit de la concurrence, soit du non-respect d'une mesure conservatoire ordonnée par le Président. Ce projet de texte n'entendait pas imposer l'obligation d'une communication des griefs dans les procédures de mesures conservatoires. Par la suite, du fait des modifications successives des compétences du Conseil pour prononcer des décisions frappant définitivement les entreprises, la rédaction de l'article 22, devenu en cours de procédure législative l'article 23, n'a pas été revue en conséquence, sans toutefois qu'il ne résulte des travaux parlementaires l'intention du législateur d'étendre le procédé de la communication des griefs à des hypothèses autres que celles visées dans le projet initial. Le maintien du renvoi à l'article 11 dans l'article 23 doit partant être considéré comme un simple oubli.

**23.** Pour être complet, il faut réfuter toute argumentation par analogie avec les règles procédurales applicables devant la Commission européenne en matière de droit de la concurrence.

Il résulte de ce qui précède que l'exigence de la communication des griefs au sens de l'article 23 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence ne s'applique pas en cas de demande de mesures conservatoires. Compte tenu de la structure institutionnelle de la Commission européenne, comportant un collège des commissaires en tant qu'organe de décision qui ne rencontre pas les entreprises concernées par une procédure, il est normal que dans les procédures communautaires, les arguments

soient présentés et débattus extensivement par écrit. Pareille exigence ne se retrouve pas dans une structure institutionnelle, telle que celle mise en place au Luxembourg, où l'organe de décision opère au cours d'une audition une rencontre physique avec les entreprises impliquées. Les régimes procéduraux nationaux ne prévoient par ailleurs pas toujours la formalité d'une communication des griefs en matière de mesures conservatoires (voir par exemple l'article L464-1 du Code de commerce français ; en Belgique, l'article 62 de la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée au 15 septembre 2006, prévoit un rapport motivé moins circonstancié que celui de l'article 45 dans les procédures au fond ; en Allemagne, l'article 32A du Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ne prévoit pas de communication des griefs ou rapport dans le cadre des mesures conservatoires dénommées « einstweilige Massnahmen »).

Pour autant que de besoin, il faut retenir que la demande de l'Inspection de la concurrence du 16 août 2007 répond à des exigences allégées de formulation des faits et reproches. Celle-ci a été complétée par la suite par la note du groupe Tele2/Tango du 10 septembre 2007 et par les discussions et l'instruction menées au cours des réunions. C'est à tort que l'EPT se focalise sur l'aspect purement formel d'une communication des griefs selon les us en vigueur devant d'autres autorités et devant émaner de l'Inspection de la concurrence, dès lors que l'essentiel n'est pas la forme ou l'auteur de l'acte, mais le contenu de l'information qui est portée à la connaissance de l'entreprise concernée.

**24.** Dans la mesure où l'EPT met plus généralement en avant par son argument la protection de ses droits de la défense en ce qu'à défaut de communication des griefs, il ne serait pas informé des reproches qui lui sont adressés, ni des éléments essentiels requis pour asseoir la demande de mesures conservatoires, il faut retenir que cet aspect des droits de la défense peut être sauvegardé par d'autres procédés qu'une communication des griefs écrite, notamment par un débat contradictoire tel que tenu en l'espèce.

b) Instruction à charge et impartialité de l'Inspection de la concurrence

**25.** L'EPT reproche à l'Inspection de la concurrence de n'avoir mené à l'heure actuelle qu'une instruction à son encontre à charge, sans la mener à décharge. Ainsi, cette enquête ne serait basée à l'heure actuelle que sur les seules allégations et données fournies par le groupe Tele2/Tango. Ce faisant, l'Inspection de la concurrence aurait méconnu le principe d'impartialité. L'EPT estime qu'il aurait appartenu à l'Inspection de la concurrence de compléter son enquête par des investigations propres, soit auprès de l'EPT, soit auprès d'autres acteurs. L'EPT souligne encore qu'il aurait appartenu à l'Inspection de la concurrence de solliciter sa prise de position avant de formellement saisir le Président du Conseil de la concurrence d'une demande de mesures conservatoires.

**26.** A l'appui de ce moyen, l'EPT invoque deux arguments de texte.

Le premier est tiré des travaux préparatoires à l'adoption de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, en ce qu'il y a été écrit que l'Inspection de la concurrence devait instruire à charge et à décharge.

Toutefois, s'agissant d'avis et de rapports dressés dans le cadre de l'élaboration de la loi, ces développements n'ont pas de valeur juridique contraignante et ne peuvent être assortis d'aucune sanction.

Le second argument est tiré de la loi du 1<sup>er</sup> décembre 1978 réglant la procédure administrative non contentieuse, en ce que les administrations sont tenues de respecter le principe d'impartialité.

Conformément à l'article 4 de ladite loi, cité par l'EPT, cette obligation ne s'applique toutefois qu'aux décisions administratives. Or, l'Inspection de la concurrence n'adopte aucune décision en l'espèce, de sorte que le respect de l'obligation d'impartialité ne lui est pas opposable en toute son étendue, et qu'en tout état de cause, sa violation ne saurait entraîner de conséquences juridiques.

**27.** Par ailleurs, à supposer que l'Inspection de la concurrence soit tenue à une obligation d'impartialité, et même à supposer qu'il faille retenir que l'enquête menée jusqu'à un certain stade par l'Inspection de la concurrence ait été menée en sens unique, ce qui reste à être discuté dans la mesure où une demande de renseignements a d'ores et déjà été adressée à l'EPT dans le cadre de la procédure au fond de sorte que le dossier renseigne d'autres éléments factuels que ceux fournis par le seul groupe Tele2/Tango, cette circonstance ne saurait vicier la procédure menée devant le Président du Conseil de la concurrence et doit rester sans incidences sur les pouvoirs du Président du Conseil de la concurrence pour se prononcer sur une demande de mesures conservatoires, dès lors qu'il a pris lui-même le soin de veiller au respect des droits procéduraux de toutes les parties concernées. Tel a été le cas en l'espèce, alors que l'EPT a eu la possibilité de développer amplement ses moyens et arguments tant lors des deux auditions tenues devant le Président que dans les notes et pièces versées audit Président.

**28.** Au point 71 de sa note du 8 octobre 2007, l'EPT semble soulever un problème d'impartialité tenant à la personne du Président du Conseil de la concurrence, dans la mesure où celui-ci aurait exprimé son opinion dans le cadre de la demande de confidentialité ayant abouti à la décision N° 2007-CO-02 du 25 septembre 2007 sur la portée des informations produites par le groupe Tele2/Tango.

Ce reproche doit être écarté, puisque la phrase en question citée par l'EPT énonce bien qu'il « semble » que ces données soient suffisantes, exprimant par là une appréciation préalable qui ne lie pas le Président dans le cadre de la procédure de mesures conservatoires.

- c) Non respect des délais légaux, respectivement d'un délai raisonnable pour prendre position sur les éléments produits à l'appui de la demande de mesures conservatoires

**29.** Tout au long de la procédure, l'EPT a fait valoir que les délais de la procédure ne lui permettraient pas de préparer convenablement sa défense.

Pour autant que cet argument prend appui sur le délai préfixe prévu à l'article 24, paragraphe 5 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, il y a lieu de retenir sur base de l'argumentation ci-dessus développée en rapport avec l'argument tiré de l'absence de communication des griefs que cette disposition légale ne s'applique pas dans le cadre d'une demande de mesures conservatoires.

**30.** Pour autant que l'argument prenne appui sur la notion générale de délai raisonnable, il convient de décrire le déroulement de la procédure relative à la demande de mesures conservatoires.

La demande de mesures conservatoires a été déposée au Conseil de la concurrence en date du 16 août 2007. Par courriers du même jour, les parties concernées ont été convoquées à se présenter devant le Président du Conseil de la concurrence en date du 30 août 2007.

Lors de cette réunion, après discussion sur les différents points avancés dans la demande, qui a révélé la nécessité d'apporter des éléments d'appréciation supplémentaires, il a été convenu que l'Inspection de la concurrence et le groupe Tele2/Tango procèdent en ce sens endéans les meilleurs délais, et que l'EPT dispose à partir de la communication de ces éléments d'un délai de 3 semaines pour prendre position de son côté, une réunion additionnelle devant être fixée endéans une semaine après l'expiration de ce délai. L'EPT a accepté cette façon de procéder après avoir réclamé un délai minimum de 4 semaines pour répondre aux éléments à fournir par le groupe Tele2/Tango.

Le groupe Tele2/Tango a communiqué une note avec pièces en date du 7 septembre 2007, ce qui laissait à l'EPT jusqu'au 1<sup>er</sup> octobre 2007 pour prendre position. Dans cette note, le groupe Tele2/Tango a demandé à voir conférer la protection de la confidentialité à certaines informations contenues dans les pièces y annexées.

Par courrier du 12 septembre 2007, l'EPT a demandé à avoir accès intégral au dossier administratif.

Par courrier du 14 septembre 2007, une réunion a été fixée au 5 octobre 2007.

Par courrier du 21 septembre 2007, le groupe Tele2/Tango a motivé plus en avant sa demande de confidentialité, tout en demandant à voir conférer la même protection à la plainte au fond originellement déposée le 26 avril 2006.

Par décision N° 2007-CO-02 du 25 septembre 2007, il a été fait droit à la demande de confidentialité du groupe Tele2/Tango.

Par courrier du même 25 septembre 2007, cette décision a été communiquée à toutes les parties prenantes et la réunion prévue pour le 5 octobre 2007 a été reportée au 11 octobre 2007.

Par courrier du 26 septembre 2007, l'Inspection de la concurrence a transmis à l'EPT copie du dossier administratif dans les limites de la décision N° 2007-CO-02 du 25 septembre 2007.

Par courrier du 8 octobre 2007, l'EPT a présenté une note écrite, étayée par de nombreux documents, à l'appui de sa position. Ces note et documents étaient accompagnés d'une demande de confidentialité

Par courrier du 10 octobre 2008, l'EPT a communiqué un courrier de l'ILR intervenu dans le cadre de la problématique de la revente de l'abonnement, ainsi qu'une prise de position de sa part par rapport au courrier de l'ILR. L'EPT a demandé à voir couvrir l'intégralité de ces éléments par la confidentialité.

Une deuxième réunion a eu lieu en date du 11 octobre 2007.

Par courrier du 22 octobre 2007, le groupe Tele2/Tango a soumis certains éléments additionnels dont il avait été question lors de la réunion du 11 octobre 2007.

Par courrier du 26 octobre 2007, l'EPT a donné suite aux demandes qui lui avaient été adressées lors de la réunion du 11 octobre 2007 en motivant ses diverses demandes de confidentialité et en apportant des précisions supplémentaires qui lui avaient été demandées. Il a encore pris position sur les éléments complémentaires versés par le groupe Tele2/Tango en date du 22 octobre 2007.

Par courrier du 31 octobre 2007, le groupe Tele2/Tango a annoncé vouloir soumettre des observations additionnelles, ce qui a été fait par courrier daté du 15 novembre 2007, parvenu au Conseil de la concurrence par fax en date du 15 novembre 2007 et par courrier ordinaire en date du 21 novembre 2007.

Par courrier du 16 novembre 2007, l'EPT a déclaré vouloir prendre position par rapport à ces éléments. Cette prise de position a été effectuée par courrier du 23 novembre 2007.

Par courrier du 10 décembre 2007, le groupe Tele2/Tango a annoncé vouloir déposer au courant de la semaine de brèves conclusions et un récapitulatif des données chiffrées.

Le mandataire de l'EPT a annoncé par courrier du 14 décembre 2007 vouloir répondre à un tel courrier, tout en s'interrogeant sur le processus qui a mené à la démarche du mandataire du groupe Tele2/Tango du 10 décembre 2007.

Les interrogations afférentes ont été clarifiées dans un échange de courriers entre le Président du Conseil de la concurrence, le Rapporteur général de l'Inspection de la concurrence et le mandataire de l'EPT entre le 17 décembre 2007 et le 19 décembre 2007.

Les conclusions et récapitulatifs annoncés par le mandataire de groupe Tele2/Tango dans son courrier du 10 décembre 2007 n'ont en fin de compte pas été communiqués.

Par courrier du 21 décembre 2007, le Rapporteur général a encore versé aux débats un document de travail de la Commission européenne du 15 octobre 2007, COCOM07-50 FINAL, portant sur le « Broadband access in the EU : situation at 1 July 2007 », en complément à un document similaire retraçant la situation de l'accès à la large bande au 1<sup>er</sup> janvier 2007 qui avait été antérieurement versé par l'EPT.

Sur base de ce déroulement, il faut retenir que l'EPT a disposé de délais suffisants pour préparer ses réponses et pour prendre position sur tous les aspects pertinents. Il l'a d'ailleurs fait en produisant des notes substantielles à l'appui de sa position.

d) Accès au dossier complet

**31.** L'EPT soulève qu'il n'a pas eu accès à l'intégralité du dossier constitué à ce jour auprès de l'Inspection de la concurrence. Il relève plus particulièrement ne pas avoir pu prendre connaissance ni de la plainte au fond déposée par le groupe Tele2/Tango au mois d'avril 2006, ni des annexes 8 et 10 jointes par le groupe Tele2/Tango à sa note du 10 septembre 2007 (ces éléments ayant été couverts par la confidentialité par décision du Président du Conseil de la concurrence N° 2007-CO-02 du 25 septembre 2007), ni encore de l'ensemble des éléments soumis oralement par le groupe Tele2/Tango à l'Inspection de la concurrence en prévision de la préparation de la demande de mesures conservatoires.

L'EPT en tire qu'il y aurait en l'espèce violation de ses droits de la défense.

**32.** A cet égard, il faut en premier lieu retenir qu'il ne résulte pas du dossier soumis au Président que le groupe Tele2/Tango aurait remis de quelconques documents à l'Inspection de la concurrence. Même si tel était le cas, cette circonstance devrait rester sans incidences dans la mesure où de tels documents n'ont pas été soumis dans le cadre de la procédure actuellement sous examen relative à la demande de mesures conservatoires.

Une violation des droits de l'EPT pourrait être constituée dans deux cas de figure, qui ne sont toutefois pas réalisés en l'espèce.

Le premier cas de figure serait celui dans lequel le dossier contiendrait des éléments d'information de nature à soutenir ou à prouver la violation de la loi (document inculpatoire) et sur lesquels l'autorité investie du pouvoir de décision, en l'espèce le Président du Conseil de la concurrence, prendrait appui pour motiver une décision préjudiciant aux intérêts ou aux droits de l'entreprise concernée. Tel ne sera pas le cas dans le cadre de la présente décision, de sorte qu'il n'y a pas violation des droits de la défense.

Le second cas de figure serait celui dans lequel l'autorité de concurrence disposerait dans son dossier d'éléments d'information qui permettraient à l'entreprise concernée d'asseoir sa propre défense (document disculpatoire), et que l'autorité refuserait de révéler à cette entreprise. Les documents couverts par la confidentialité ne sont pas *a priori* de cette nature, et en tout cas l'EPT ne motive pas en quoi il en serait ainsi. Il n'y a donc pas non plus violation des droits de la défense à cet égard.

**F) Appréciation du bien-fondé de la demande de mesures conservatoires**

a) Cadre juridique

**33.** Le champ d'intervention de mesures conservatoires est délimité par l'article 11 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence par trois conditions :

- la première condition est implicitement contenue dans l'article 11, paragraphe 2 en ce que la procédure menant à l'adoption de mesures conservatoires doit sinon constituer l'accessoire d'une procédure tendant à vérifier au fond l'existence d'une violation du droit de la concurrence, du moins être accompagnée d'éléments qui permettent d'affirmer que le Conseil de la concurrence est susceptible d'être saisi à terme en vue de l'adoption d'une décision sur le fond.
- la seconde condition n'est pas expressément énoncée dans le texte, mais elle est sous-jacente au champ d'application de la loi : les éléments du dossier doivent révéler une violation du droit de la concurrence.

Au stade des mesures conservatoires, il n'est toutefois pas requis que la preuve de cette violation soit établie de façon absolue et avec le même degré de certitude que dans le cadre d'une procédure au fond devant aboutir à une décision définitive. Il suffit, mais il est toutefois nécessaire, de constater sur base des pièces du dossier une présomption d'infraction raisonnablement forte. Dans le cadre du domaine de l'abus de position dominante, cette appréciation requiert d'une part le constat d'une position dominante dans le chef de l'entreprise visée, ce qui implique nécessairement une définition du moins sommaire du marché en cause, et d'autre part le constat d'un comportement qui est susceptible d'être qualifié d'abus au sens de l'article 5 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence ou de l'article 82 du traité CE.

La Cour de cassation française juge à cet égard que l'octroi de mesures conservatoires est justifié dès lors que les faits dénoncés sont suffisamment caractérisés pour être tenus comme la cause directe et certaine de l'atteinte relevée (Cour de cassation française, 18 avril 2000, France Telecom c/ NumériCâble).

- la troisième condition est énoncée dans le texte en ce que la pratique constatée dans le cadre de l'examen de la 2<sup>e</sup> condition doit être de nature à porter une atteinte grave, immédiate et irréparable à l'ordre public économique<sup>1</sup> ou à l'entreprise plaignante.

Ces termes expriment en d'autres mots l'idée qu'il doit y avoir urgence à adopter les mesures sollicitées, sous peine de créer une situation préjudiciable définitive au détriment soit de l'économie ou d'un secteur économique, soit d'une entreprise en particulier.

Les notions de « urgence » et de « atteinte grave, immédiate et irréparable à l'ordre public économique ou à l'entreprise plaignante » recouvrent la même réalité : la démonstration de l'existence d'une telle atteinte à laquelle il importe de mettre un terme implique qu'il y a urgence de ce faire. Cette identité est clairement exprimée dans le Règlement (CE) N° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, dont l'article 8, paragraphe 1<sup>er</sup> énonce que des mesures provisoires peuvent être ordonnées « dans les cas d'urgence justifiés

---

<sup>1</sup> Le texte de la loi insère erronément la conjonction « et » entre les termes « public » et « économique ».

par le fait qu'un préjudice grave et irréparable risque d'être causé à la concurrence ».

Il n'est pas requis que l'atteinte soit déjà réalisée et qu'il faille la faire cesser. Les mesures conservatoires peuvent aussi être ordonnées de manière préventive afin d'éviter la survenance d'une atteinte visée par la loi, pour autant que sa réalisation soit établie avec un degré de certitude suffisant.

A l'inverse, il ne suffit pas que soit établie une situation de simple déséquilibre entre concurrents. Les mesures conservatoires ne sont pas destinées à palier à un tel déséquilibre ou à une situation contentieuse qui, bien que révélant des problèmes concurrentiels, ne sont pas de nature à porter une atteinte grave, immédiate et irréparable soit à l'ordre public économique, soit à l'entreprise plaignante.

**34.** L'article 11 décrit par ailleurs la nature des mesures qui peuvent être ordonnées en tant que mesures conservatoires, en apportant trois précisions :

- les mesures peuvent consister soit en une injonction de suspendre l'application des comportements déterminés dans le cadre de l'appréciation de l'existence d'une violation apparente au droit de la concurrence, soit en une injonction de revenir à l'état antérieur.

Les mesures visées ont par essence un caractère conservatoire en ce qu'elles ne sont destinées qu'à assurer le maintien d'un *statu quo* sur le marché. Elles ne peuvent pas comporter d'intervention structurelle sur les conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence sur le ou les marchés concernés. Elles ne peuvent pas non plus s'apparenter à une mesure de régulation du marché.

Toutefois, cette disposition légale ne doit pas recevoir une application uniquement littérale. L'énumération y contenue n'est pas limitative, et n'interdit partant pas au Président du Conseil de prendre toutes autres mesures de nature à prévenir ou à redresser les situations économiques déviantes en vue de rétablir l'ordre public économique ou de remédier à la situation portant atteinte aux intérêts de l'entreprise plaignante (voir en ce sens Cour d'appel de Paris, 21 mai 2002, TDF c/ Antalis ; Cour de cassation française 4 février 1997, Super Béton c/ Ministre de l'Economie et autres), pour autant que les autres conditions légales sont respectées.

- les mesures doivent être proportionnées à la violation constatée et les mesures doivent être strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence.

Ces dispositions imposent le respect de la règle de proportionnalité. Les mesures conservatoires ne doivent pas avoir pour objet ou pour effet de réaliser un but autre que la cessation ou la prévention de l'atteinte au droit de la concurrence relevée.

- les mesures prises au titre de mesures conservatoires ne peuvent être d'application que pendant la durée nécessaire à l'adoption d'une décision sur le fond par le Conseil de la concurrence.

Elles ont ainsi un caractère essentiellement provisoire, destinées à maintenir le *statu quo* en attendant une appréciation finale et décisive par le Conseil de la concurrence dans le cadre de la procédure au fond.

**35.** Ces éléments doivent être vérifiés individuellement pour chaque atteinte (ou risque d'atteinte) à l'ordre public économique ou à l'entreprise plaignante établie au cours de la procédure, respectivement pour chaque mesure sollicitée.

b) Les conditions légales relatives au champ d'application des mesures conservatoires

i) La procédure au fond

**36.** Il résulte des pièces soumises au Président que le groupe Tele2/Tango a adressé en date du 26 avril 2006 un courrier à l'Inspection de la concurrence dans lequel il se plaint de certains comportements de l'EPT dans le cadre du marché des télécommunications, et en particulier en rapport avec l'offre groupée "Integral" regroupant des services de téléphonie fixe, téléphonie mobile et accès Internet à large bande.

Ce courrier a fait l'objet d'un accusé de réception du 4 mai 2006 et l'Inspection de la concurrence y a donné des premières suites par l'envoi d'une demande de renseignements à l'EPT en date du 11 août 2006, à laquelle celui-ci a répondu au mois d'octobre 2006, tout en sollicitant auprès du Président du Conseil de la concurrence la confidentialité en ce qui concerne certaines informations contenues dans ses réponses.

Ces éléments établissent à suffisance de droit l'existence d'un dossier d'enquête susceptible de mener à une décision du Conseil de la concurrence mettant un terme à la procédure au fond.

ii) L'apparence suffisamment certaine d'une violation du droit de la concurrence

**37.** Les reproches formulés à l'encontre de l'EPT sont basés sur l'article 5 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, respectivement l'article 82 du traité CE, qui prohibent l'abus de position dominante.

La position dominante peut être définie comme étant une situation de puissance économique qui permet à une entreprise de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui donnant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement des consommateurs.

La notion d'exploitation abusive est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli, et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence. Il s'ensuit que ces règles interdisent à une entreprise dominante d'éliminer un concurrent et de renforcer ainsi sa position en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites. Dans cette perspective, toute concurrence par les prix ne peut être considérée comme légitime.

L'interdiction édictée se justifie également par le souci de ne pas causer de préjudice aux consommateurs.

Par conséquent, si la constatation de l'existence d'une position dominante n'implique en soi aucun reproche à l'égard de l'entreprise concernée, il lui incombe, indépendamment des causes d'une telle position, une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée dans le marché. De même, si l'existence d'une position dominante ne prive pas une entreprise placée dans cette position du droit de préserver ses propres intérêts commerciaux, lorsque ceux-ci sont menacés, et si cette entreprise a la faculté, dans une mesure raisonnable, d'accomplir les actes qu'elle juge appropriés en vue de protéger ses intérêts, on ne peut, cependant, admettre de tels comportements lorsqu'ils ont pour objet de renforcer cette position dominante et d'en abuser.

(voir en ce sens notamment TPICE 17 septembre 2007, T-201/04, affaire Microsoft, N°229)

**38.** Si dans le cadre d'une procédure au fond il revient dès lors de rechercher et de démontrer notamment si le comportement d'une entreprise dominante a pour objet ou pour effet de créer des conditions de marché telles que celles-ci ne permettent pas le maintien des concurrents sur le marché de manière viable, il suffit de relever dans le cadre d'une demande de mesures conservatoires que le comportement adopté est susceptible avec un degré de certitude suffisant à produire ce résultat. Les mesures conservatoires sont alors destinées à maintenir le cas échéant des conditions de marché propres au maintien des concurrents ou à l'arrivée de nouveaux concurrents en attendant une décision sur le fond.

A cet effet, il importe d'examiner en premier lieu la situation du marché et les positions des opérateurs économiques, pour ensuite examiner la nature du comportement de l'opérateur défini comme étant dominant.

**39.** Ces analyses et les conclusions à en tirer doivent être situées dans le contexte particulier des marchés des services de télécommunications en général et du marché luxembourgeois en particulier. Dans ce contexte, il faut tenir compte des points suivants.

1) Les économies d'échelle se réalisent au profit d'une entreprises lorsque, du fait de l'augmentation des unités produites ou vendues, elle est en mesure de réduire le coût moyen par unité produite ou vendue. En économie de marché, toute entreprise est supposée adopter un comportement rationnel en cherchant à maximiser ses bénéfices, notamment en recherchant des économies d'échelle. Par ailleurs, les entreprises doivent en règle générale atteindre une taille critique en termes de volumes produits et vendus pour être viables et compétitives sur le marché.

Or, il faut tenir compte du fait qu'en raison de la taille limitée du marché luxembourgeois des télécommunications, limité en principe au territoire national, il existe des limites naturelles aux économies d'échelle potentielles et au volume d'affaires. Seul un nombre limité de concurrents peuvent en principe se maintenir sur le marché, et toute disparition d'un opérateur réduit parallèlement la pression concurrentielle sur les opérateurs subsistants.

2) Les marchés des télécommunications couvrent une grande variété de services qui, bien qu'étant différents, sont similaires et pour partie complémentaires, que ce soit d'un point de vue technique ou dans l'optique des clients finals. L'opérateur qui est en mesure d'offrir tous ces services peut ainsi profiter d'effets de gamme, en ce sens que les clients qui entendent souscrire à plusieurs ou tous les services sont attirés vers le concurrent qui est en mesure d'offrir tous ces services. Par effet de levier, cette situation permet à l'opérateur en question de plus facilement atteindre ou conserver une taille critique et réaliser des économies d'échelle.

3) Les services de téléphonie mobile peuvent produire des effets de réseau. On qualifie d'effet de réseau la situation dans laquelle, en raison de l'importance du nombre de participants à une plateforme, il devient plus intéressant pour d'autres utilisateurs de participer au fonctionnement de cette plateforme. Dès lors, plus la part de marché d'un opérateur est importante, plus l'effet de levier induit par l'effet de réseau est susceptible de lui profiter en attirant de nouveaux clients.

Ces effets peuvent se produire sur le marché de la téléphonie mobile en raison de l'absence de frais d'interconnexion lorsqu'un appel téléphonique prend son départ et a son arrivée sur le même réseau, ce qui permet aux opérateurs d'offrir ces appels à coût réduit (qui peut prendre la forme d'un forfait) ou nul. Les trois opérateurs de téléphonie mobile actifs au Luxembourg mettent en œuvre une telle pratique des prix à des degrés variables.

4) Les offres sur les marchés des télécommunications sont multiples et variées, et de ce fait souvent difficilement comparables pour les clients finals, qui peuvent avoir des problèmes à se faire une idée réelle, sur le long terme, sur l'offre la plus avantageuse pour eux. Les opérateurs ont intérêt à fidéliser leur clientèle afin d'éviter des variations importantes dans leurs chiffres d'affaires du fait des migrations de clients. Cette fidélisation peut s'opérer par la conclusion de contrats à longue durée, auquel les opérateurs incitent le cas échéant les clients en y associant des avantages considérables. Dans les faits, la clientèle est volatile sur certains services, tandis qu'elle ne l'est pas pour d'autres. En couplant divers services, les opérateurs cherchent à lier les clients plus volatiles.

Cet aspect lié au comportement des clients et pour partie aux pratiques commerciales a pour effet de figer les situations de marché et rendre difficilement réversible une position de marché acquise, respectivement d'exiger des efforts soutenus et importants de la part des concurrents pour y revenir.

**40.** Il y a finalement lieu d'apporter une précision supplémentaire en ce qui concerne le cadre de la présente analyse.

Lors des réunions et dans sa note du 8 octobre 2007, l'EPT a insisté sur le fait que la demande de mesures conservatoires présentée par l'Inspection de la concurrence énonçait comme marché pertinent le marché des offres groupées, mais que cette délimitation du marché n'était appuyée par aucun examen de substituabilité et contraire à toutes les pratiques décisionnelles à travers l'Europe. Il n'y aurait donc pas lieu de retenir pareille délimitation du marché pour les besoins de la décision sur les

mesures conservatoires, sinon à déclarer la demande irrecevable en l'état faute de précisions suffisantes sur le(s) marché(s) pertinent(s).

Prenant appui sur la délimitation du marché proposée par l'Inspection de la concurrence, l'EPT fait valoir à différentes reprises de façon incidente que la saisine du Président est limitée par rapport au marché des offres groupées pour en conclure plus ou moins expressément que le Président ne pourrait pas prendre de décision de mesures conservatoires sur un marché autre que celui des offres groupées.

Une telle approche méconnaît l'étendue des pouvoirs et compétences du Président du Conseil de la concurrence. Sa saisine, tout comme celle du Conseil de la concurrence siégeant en formation collégiale dans le cadre des affaires au fond, s'effectue *in rem*, c'est-à-dire par rapport à un ensemble de faits présentés par les parties et/ou l'Inspection de la concurrence et qui s'articulent entre eux. Si les entreprises plaignantes et/ou l'Inspection de la concurrence peuvent dans leurs écritures et présentations orales proposer une délimitation du(des) marchés, une appréciation des positions de force sur ce(s) marché(s), une description des comportements décelés et une qualification juridique de la situation, ces éléments ne sont toutefois toujours destinés qu'à orienter les débats, sans qu'ils ne puissent lier le Président, ni empêcher celui-ci de faire varier sa décision par rapport à ces éléments tels que proposés. Il peut au contraire retenir toutes les pratiques révélées au cours de la procédure et qui, bien que non visées dans la saisine, poursuivent le même effet ou le même objet que celles retenues dans la saisine, pour autant qu'elles ne s'étendent pas à d'autres marchés. Il appartient en définitive au Président de toiser la demande qui lui est soumise en y apportant telles appréciations et qualifications qui lui paraissent convenir sur base de la valeur probante qu'il attribue aux éléments factuels qui lui sont communiqués et qui ont été soumis au débat contradictoire.

**41.** Pour la mise en œuvre de la démarche exposée au paragraphe précédent, il faut tenir compte par la suite de ce que, en termes généraux, les reproches adressés à l'EPT peuvent être résumés comme faisant référence à une stratégie d'éviction ou d'exclusion, par laquelle l'EPT tenterait soit d'exclure les sociétés du groupe Tele2/Tango, et le cas échéant d'autres opérateurs alternatifs, des marchés de la téléphonie fixe, de la téléphonie mobile et de l'accès Internet à large bande, soit de consolider ou d'augmenter sa propre position, le cas échéant dominante, sur ces marchés.

Cette stratégie serait mise en œuvre à travers l'instrument commercial de l'offre "Integral" en ce que cette offre

- serait constituée de telle façon qu'elle serait très attrayante pour les clients (inclusion de différents tarifs préférentiels, tel que « Relax », et services, tel que la télévision) mais difficilement duplicable, sinon impossible à dupliquer, par les concurrents en raison de contraintes techniques et financières (accès difficile à une offre de gros techniquement, commercialement et financièrement efficace permettant de concourir avec l'EPT sur le marché de détail), et pourrait faire l'objet de subventions croisées indécélables (en raison de l'absence de comptabilité séparée)
- serait proposée au public à travers des canaux de marketing et de commercialisation auxquels les concurrents n'auraient pas accès (maintien du lien contractuel entre l'EPT et les clients de l'opérateur alternatif comportant

l'envoi d'une facture unique) ou dont l'EPT ne disposerait qu'en raison du cumul dans son activité de différents métiers (réseaux de bureaux de postes et de services financiers).

Cette stratégie serait réalisée par des effets de levier par lesquels l'EPT tenterait d'étendre sa domination existante sur un ou plusieurs marchés sur d'autres marchés concurrentiels.

Cette précision amène à distinguer entre d'un côté le(s) marché(s) qui représentent la cible du comportement reproché à l'EPT, à savoir essentiellement les marchés de détail des services de téléphonie fixe, mobile, accès Internet à large bande et diffusion de contenus télévisuels et radiophoniques, et de l'autre côté les marchés à partir desquels le comportement reproché à l'EPT serait mis en œuvre, à savoir essentiellement les marchés de gros en amont, mais également les marchés de détail en question.

- La définition du marché et la position dominante

**42.** Les comportements reprochés à l'EPT concernent les services de téléphonie fixe, de téléphonie mobile et d'accès Internet à large bande, qui sont regroupés par l'EPT dans une offre dénommée "Integral". A ces trois services visés par la plainte originale s'ajoute actuellement la fourniture de contenus télévisuels et radiophoniques, dont il n'est pas exclu qu'elle soit destinée à plus ou moins brève échéance à être intégrée dans l'offre groupée "Integral".

Dans sa demande de mesures conservatoires du 16 août 2007, l'Inspection de la concurrence définit le marché pertinent comme étant celui des offres groupées au niveau national. Sur base de chiffres confidentiels extraits d'une réponse de l'EPT à une demande de renseignements du 11 août 2006, elle montre la rapide progression du nombre de clients ayant souscrit à l'offre "Integral" auprès de l'EPT depuis le lancement de cette offre à l'automne 2005.

L'EPT conteste cette analyse en relevant que l'Inspection de la concurrence n'aurait procédé à aucune analyse de substituabilité afin d'examiner si d'autres produits devraient être inclus dans le même marché. L'EPT fait valoir que la pratique décisionnelle auprès d'autres autorités de concurrence consisterait à distinguer trois marchés différents, et que l'Inspection de la concurrence resterait en défaut de justifier pourquoi elle entendait se référer à un marché unique. L'EPT reproche encore à l'Inspection de la concurrence de définir de façon trop restrictive le marché supposé des offres groupées en y incluant seulement les offres regroupant téléphonie fixe, téléphonie mobile et accès Internet à large bande, alors que les réalités du marché révéleraient une multitude d'offres regroupant dans des combinaisons variables téléphonie fixe, téléphonie mobile, accès Internet à large bande et fourniture de contenus télévisuels et radiophoniques. A défaut de définition de marché clairement établie, l'EPT demande à voir renvoyer le dossier à l'Inspection de la concurrence pour complément d'enquête.

**43.** Il est raisonnable d'admettre qu'une application rigoureuse du test de substituabilité du monopoleur hypothétique conduit à la conclusion qu'en cas

d'augmentation légère mais durable du prix des offres groupées, les clients pourraient se tourner vers les offres individuelles des trois services qui constituent actuellement l'offre groupée de l'EPT.

L'EPT a donc raison de souligner que l'offre groupée incluant des services de téléphonie fixe, de téléphonie mobile et d'accès Internet à large bande est à considérer dans le cadre des trois marchés individuels afférents.

Ceci mène à la conclusion que malgré les termes de la saisine du Président, se référant aux seules offres groupées comprenant trois services, les débats portent sur les marchés des trois services individuels.

Faute d'incertitude sur ce point, il n'y a donc pas lieu à ce stade de faire droit aux conclusions de l'EPT et de renvoyer le dossier pour enquête.

**44.** Cette conclusion doit également conduire à faire abstraction des développements consacrés par l'EPT à l'existence ou l'absence de position dominante dans son chef sur le marché des offres groupées.

Il faut toutefois retenir en ce qui concerne les développements afférents que, contrairement à ce que veut laisser sous-entendre l'EPT, l'existence de nombreuses offres de la part de concurrents n'est pas *a priori* et à elle seule de nature à démentir l'existence d'une position dominante dans son chef. L'existence de ces offres ne fait que démontrer l'intérêt commercial pour les entreprises à se positionner par rapport à de telles offres et l'ampleur de leurs tentatives de ce faire.

Dans le même ordre d'idées, il faut écarter l'argument de l'EPT consistant à soutenir que l'absence de pratique anticoncurrentielle dans son chef serait démontrée par le fait qu'il n'a pas été le premier à lancer des offres groupées, mais qu'il n'a fait que riposter aux offres antérieures des concurrents. Abstraction faite de la discussion menée entre les parties sur la question de savoir si les offres antérieures sont à considérer dans le présent cadre, il faut retenir que l'antériorité des pratiques n'est pas de nature à infirmer ou confirmer l'existence d'une pratique anticoncurrentielle ou d'une position dominante. Ce peut être soit le fruit d'une démarche commerciale normale, soit une riposte visant à évincer un concurrent qui tente de contester la position de l'opérateur dominant.

**45.** Il faut en outre relever que la discussion relative à la définition du marché telle qu'esquissée ci-dessus porte uniquement sur le ou les marché(s) de détail directement concerné(s), c'est-à-dire les relations avec les clients finals portant sur la fourniture de services (téléphonie fixe, téléphonie mobile, accès Internet). Toutefois, dans le cadre de la délimitation du(des) marché(s) pertinent(s) pour les besoins de la présente affaire, et compte tenu de la teneur des reproches qui sont dirigés contre l'EPT, la discussion sur ce(s) marché(s) de détail de services n'est pas à elle seule pertinente. Les reproches dirigés contre l'EPT doivent être mis en relation avec les marchés de détail d'accès aux réseaux (accès au réseau câblé, concernant tant les connexions téléphoniques fixes que les connexions au réseau à large bande) et concernent en outre pour une grande partie la manière dont est organisé l'accès des concurrents de l'EPT aux réseaux de la téléphonie fixe et à large bande sur les marchés d'accès de gros. Tant les développements consacrés à la commercialisation de l'offre "Integral" que

ceux tenant à la revente de l'abonnement téléphonique concernent en effet les conditions commerciales, financières et techniques auxquelles les sociétés du groupe Tele2/Tango peuvent avoir accès au réseau physique constitué par la paire de cuivre appartenant à l'EPT. Les problèmes relevés en rapport avec l'IPTV tiennent par ailleurs également pour partie à cet accès.

Le lien entre les marchés de détail et les marchés de gros sous-jacents sont évidents, dans la mesure où l'accès aux marchés de gros est indispensable aux opérateurs dits alternatifs pour pouvoir développer et présenter leurs propres offres, de services et d'accès, sur les marchés de détail. Il paraît donc pertinent d'évaluer également la question de la position dominante par rapport aux données des marchés de gros sous-jacents, tout en les mettant en relation avec les données sur les marchés de détail.

**46.** Interpellé lors de la réunion du 11 octobre 2007 par le Président du Conseil de la concurrence sur l'incidence de la prise en compte éventuelle des marchés de gros sur les pratiques qui lui sont reprochés, l'EPT s'est bornée d'une part à relever que ces marchés n'avaient été mentionnés ni par l'Inspection de la concurrence ni par le groupe Tele2/Tango, et d'autre part que dans la mesure où il faudrait en tenir compte et qu'une position dominante dans son chef serait établie sur ces marchés, cet élément serait sans relevance dans la mesure où il serait tenu de fournir les prestations des marchés de gros de façon non-discriminatoire à ses concurrents.

Cet argumentaire doit rester sans incidence sur le présent dossier.

Il a été dit ci-dessus au paragraphe 40 que le Président n'était pas limité dans son appréciation par les qualifications et délimitations proposées par les parties, mais qu'il devait tenir compte de l'ensemble des éléments soumis aux débats, pour autant que sa démarche ne déborde pas sur d'autres marchés que ceux visés par la saisine. Or, il a été d'autre part expliqué au paragraphe 45 que compte tenu de la nature des griefs adressés à l'EPT, impliquant une étroite interaction entre différents marchés de détails et entre marchés de détail et marchés de gros, il était certain dès le départ que la situation des différents marchés de gros était à prendre en considération. Leur inclusion dans l'analyse ne modifie donc pas les termes du débat.

S'il est d'autre part exact qu'en tant qu'acteur dominant sur les marchés de gros, l'EPT est tenu de fournir ses concurrents à des conditions non discriminatoires, l'objet de la procédure basée sur la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence consiste justement à vérifier si cette obligation est respectée. L'existence de cette obligation légale et réglementaire découlant de la régulation des marchés, pour autant que cette dernière existe à ce jour, n'empêche donc pas l'autorité de concurrence de mettre en œuvre de son côté ses pouvoirs légaux de recherche et de décision.

**47.** Dans le cadre de l'analyse de la position de force de l'EPT sur les différents marchés pertinents, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des documents de consultation, avis et décisions émis par différentes autorités dans le cadre des analyses de marché effectuées par l'Institut Luxembourgeois de Régulation sur base de la loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et les services de communications électroniques. Ces documents peuvent être considérés dans la mesure où il s'agit de documents publiquement accessibles sur le site Internet de l'Institut Luxembourgeois de Régulation et où ils sont dans les débats pour avoir été invoqués par l'EPT, par le

groupe Tele2/Tango et par l'Inspection de la concurrence. Ces analyses de marché donnent une vue d'ensemble claire et cohérente sur la situation concurrentielle sur les marchés des télécommunications au Luxembourg.

Pour les besoins d'une décision sur une demande de mesures conservatoires, il y a lieu de s'y référer comme constituant un faisceau d'indices précis, clairs et concordants, sans qu'il ne faille procéder à ce stade à des analyses actualisées détaillées. Ce n'est que s'il est démontré que les chiffres sur lesquels basent les conclusions de ces procédures ont fondamentalement changé depuis qu'ils ont été relevés qu'il y a lieu de revoir le cas échéant les conclusions à en tirer.

L'ensemble des documents de consultation, avis et décisions est à compléter et à mettre en relation avec les pièces versées au dossier de part et d'autre.

➤ Les marchés d'accès

La position dominante de l'EPT sur les marchés de gros d'accès à l'infrastructure de réseau est établie sur base des documents de consultation du mois de mai 2006 concernant le marché de la fourniture en gros d'accès dégroupé (y compris l'accès partagé) aux boucles et sous-boucles locales (Marché 11) et le marché de la fourniture en gros d'accès à large bande (Marché 12), qui avaient suggéré de désigner l'EPT comme opérateur dominant, compte tenu de parts de marché de 100% sur les deux marchés, et d'autres aspects, tels que le développement du marché, la dynamique concurrentielle, l'existence de barrières à l'entrée élevés et non provisoires et l'absence de contre-pouvoir significatif des acheteurs.

Ces analyses de marché n'ont pas encore été conclues par une décision de l'Institut Luxembourgeois de Régulation, mais pour les besoins de la présente décision, ces documents de consultation permettent de retenir que l'EPT est en position dominante sur ces deux marchés de gros.

En aval se situent les marchés de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle (Marché 1) et pour la clientèle non résidentielle (Marché 2), qui permettent de fournir aux clients finals la prestation de la connexion physique au réseau. Cette connexion peut s'opérer sur une ligne analogique, une ligne ISDN de base ou une ligne ISDN primaire. La décision N° 07/105/ILR du 2 février 2007 définit le Marché 1 pertinent comme étant le marché national de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle et distingue au niveau du Marché 2 les marchés pertinents de l'accès analogique au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle, de l'accès numérique de base au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle et de l'accès numérique primaire au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle. L'EPT est désigné sur chacun de ces marchés et sous-marchés comme opérateur puissant. Le document de consultation du mois d'août 2006 table sur les parts de marché de plus de 98% sur le marché résidentiel, et, pour les marchés non résidentiels, proche de 99% sur le marché d'accès analogique, proches de 98% sur le marché de l'accès numérique de base et supérieur à 88% sur le marché de l'accès numérique primaire, et prend en considération d'autres aspects, tels

que la dynamique concurrentielle, l'existence de barrières à l'entrée et/ou à l'expansion et l'absence de contre-pouvoir des acheteurs.

En l'absence de la preuve d'une évolution récente ayant modifié ces données, la position dominante de l'EPT sur ces marchés peut être retenue sur base de ces éléments pour les besoins de la demande de mesures conservatoires.  
[CONFIDENTIEL]

Les services d'accès à Internet à haut débit n'ont pas fait l'objet d'une analyse de la part de l'ILR. L'Inspection de la concurrence a invoqué dans ce cadre un document de travail de la Commission européenne du 27 juillet 2007 sur la situation de l'accès à la large bande dans l'UE au 1<sup>er</sup> janvier 2007, pour dire que l'EPT dispose d'une part de marché de 74,1% sur ce marché, ainsi que des informations confidentielles fournies par l'EPT dans le cadre d'une demande de renseignements du 11 août 2006 pour dire que le nombre des clients ADSL de l'EPT a augmenté de [CONFIDENTIEL]% entre mi-2005 et mi-2006, et pour en conclure que l'EPT occupe une position dominante sur ce marché.

L'EPT ne conteste pas ces chiffres. Il conteste cependant qu'ils puissent mener à la conclusion qu'il occupe une position dominante sur ce marché. A l'encontre d'une telle conclusion, il avance une augmentation du nombre de lignes dégroupées entre août 2006 et août 2007 de près de [CONFIDENTIEL]%, ainsi que le fait qu'au cours de l'année 2007, les opérateurs alternatifs et les câblo-opérateurs ont été en mesure de capter [CONFIDENTIEL]% des nouvelles connexions Internet à large bande. Sur les mois de juin à août 2007, cette proportion serait même passée à [CONFIDENTIEL]%. D'une façon générale, l'EPT souligne qu'il serait soumis à une forte pression concurrentielle de la part des opérateurs alternatifs et des câblodistributeurs, qui ne lui permettrait pas de se comporter de manière indépendante de ses concurrents.

L'accès Internet à haut débit permet d'effectuer des téléchargements à vitesse élevée (supérieure ou égale à 144 Kbits/s). Cet accès peut être techniquement offert sur des réseaux de câble coaxial, sur des réseaux de fibre optique, sur des réseaux sans fil ou sur des réseaux téléphoniques en y associant la technique ADSL.

Il résulte du document de travail de la Commission européenne du 27 juillet 2007 sur la situation de l'accès à la large bande dans l'UE au 1<sup>er</sup> janvier 2007 une progression importante au Luxembourg du nombre d'accès Internet à large bande entre janvier 2004 et janvier 2007, passant de 15.942 unités à 98.765 unités (page 23). Sur cette période, la part totale des accès ADSL est passée de 86,9% à 90,8% (page 31), tandis que la part de l'EPT dans le nombre de ces accès à large bande est passée sur cette période de 79,3% à 74,1%, après être descendue à deux reprises à 73,5% respectivement 73,6% (page 30).

Ces données sont confirmées par des chiffres tirés d'un document de travail de la Commission européenne COCOM07-50 FINAL du 15 octobre 2007 sur la situation de l'accès large bande dans l'Union Européenne au 1<sup>er</sup> juillet 2007. Pour les besoins de la présente affaire, ces chiffres peuvent être compilés comme suit :

Accès large bande par opérateurs																			
Total général	par opérateur																		
	EPT						Opérateurs alternatifs												
	Total			DSL			Autres formes d'accès			Total						Autres formes d'accès			
	en nombre	en nombre	en % du total général	en nombre	en % du total général	en nombre	en % du total général	en nombre	en % du total général	en nombre	en % du total général	DSL			Autres formes d'accès				
												Total		Dégrouper total		Dégrouper partiel		Revente	
a = b + e	b = c + d		c		d		e = f + j		f = g + h + i		g		h		i		j		
janvier 2003	7455	6750	90,54%	6562	88,02%	188	2,52%	705	9,46%	296	3,97%	296	3,97%	0	0,00%	0	0,00%	409	5,49%
juillet 2003	10282	8611	83,75%	8308	80,80%	303	2,95%	1671	16,25%	652	6,34%	652	6,34%	0	0,00%	0	0,00%	1019	9,91%
janvier 2004	15942	12646	79,33%	12281	77,04%	365	2,29%	3296	20,67%	1579	9,90%	1579	9,90%	0	0,00%	0	0,00%	1717	10,77%
juillet 2004	25334	18630	73,54%	18101	71,45%	529	2,09%	6704	26,46%	4027	15,90%	2376	9,38%	0	0,00%	1651	6,52%	2677	10,57%
janvier 2005	37019	28747	77,65%	27906	75,38%	841	2,27%	8272	22,35%	4701	12,70%	1056	2,85%	9	0,02%	3636	9,82%	3571	9,65%
juillet 2005	53049	41395	78,03%	40657	76,64%	738	1,39%	11654	21,97%	6391	12,05%	1553	2,93%	59	0,11%	4779	9,01%	5263	9,92%
janvier 2006	70436	53387	75,80%	52402	74,40%	985	1,40%	17049	24,20%	10730	15,23%	3088	4,38%	114	0,16%	7528	10,69%	6319	8,97%
juillet 2006	80105	58994	73,65%	57875	72,25%	1119	1,40%	21111	26,35%	13995	17,47%	4801	5,99%	114	0,14%	9080	11,34%	7116	8,88%
janvier 2007	98765	73161	74,08%	72170	73,07%	991	1,00%	25604	25,92%	17540	17,76%	6534	6,62%	102	0,10%	10904	11,04%	8064	8,16%
juillet 2007	112927	82610	73,15%	81326	72,02%	1284	1,14%	30317	26,85%	21306	18,87%	8017	7,10%	102	0,09%	13166	11,66%	9011	7,98%

Accès bande large par technique																
Total général	par technique															
	DSL						autres formes d'accès									
	Total			EPT			Opérateurs alternatifs			Total		EPT		Opérateurs alternatifs		
	en nombre	en nombre	en % du total général	en nombre	en % du total général	en nombre	en % du total général	en nombre	en % du total général	en nombre	en % du total général	en nombre	en % du total général	en nombre	en % du total général	
																Total
a = b + j	b = c + d		c		d		e = f + m		g = l + n		h		i			
janvier 2003	7455	6858	91,99%	6562	88,02%	296	3,97%	597	8,01%	188	2,52%	409	5,49%			
juillet 2003	10282	8960	87,14%	8308	80,80%	652	6,34%	1322	12,86%	303	2,95%	1019	9,91%			
janvier 2004	15942	13860	86,94%	12281	77,04%	1579	9,90%	2082	13,06%	365	2,29%	1717	10,77%			
juillet 2004	25334	22128	87,35%	18101	71,45%	4027	15,90%	3206	12,65%	529	2,09%	2677	10,57%			
janvier 2005	37019	32607	88,08%	27906	75,38%	4701	12,70%	4412	11,92%	841	2,27%	3571	9,65%			
juillet 2005	53049	47048	88,69%	40657	76,64%	6391	12,05%	6001	11,31%	738	1,39%	5263	9,92%			
janvier 2006	70436	63132	89,63%	52402	74,40%	10730	15,23%	7304	10,37%	985	1,40%	6319	8,97%			
juillet 2006	80105	71870	89,72%	57875	72,25%	13995	17,47%	8235	10,28%	1119	1,40%	7116	8,88%			
janvier 2007	98765	89710	90,83%	72170	73,07%	17540	17,76%	9055	9,17%	991	1,00%	8064	8,16%			

Sur le long terme, on peut donc constater, face à une croissance rapide du marché, une relative stabilité des parts de marché. Les chiffres sur le court terme avancés par l'EPT (août 2006 à août 2007) ne contredisent pas cette évolution à long terme.

En ce qui concerne l'accroissement du nombre de lignes dégroupées, l'EPT fait état d'une augmentation de [CONFIDENTIEL]% entre août 2006 et août 2007, sans préciser l'origine de ce chiffre et sans fournir les chiffres absolus de cet accroissement. Sous cette forme, cette donnée n'est pas pertinente, car elle ne permet pas d'apprécier dans quelle mesure cette évolution a pu influencer sur la part de marché de l'EPT.

Le rapport statistique des télécommunications au Luxembourg pour l'année 2006 publié par l'ILR permet de retracer des chiffres en valeur absolue, alors qu'il y est énoncé (page 5) qu'au cours de cette année, le nombre de lignes dégroupées a accusé une augmentation de 98,6%, passant à un total de 7.025 unités. L'ILR estime que ce

dernier chiffre couvre environ 7% des raccordements Internet à large bande. Ces tendances sont confirmées par les données du document de travail de la Commission européenne COCOM07-50 FINAL du 15 octobre 2007.

L'évolution des lignes dégroupées n'est donc pas en l'état actuel de nature à mettre en cause la conclusion quant à la position dominante occupée par l'EPT sur ce marché.

Il résulte par ailleurs des chiffres indiquées par l'Institut, confirmés par le document de travail de la Commission européenne du 15 octobre 2007, que le nombre d'accès Internet à large bande prenant appui sur des réseaux câblés n'a que légèrement évolué et que le total des accès par d'autres moyens que DSL a même connu une régression au cours des derniers semestres. La technique du câble ne constitue donc pas une concurrence réelle à la paire de cuivre et le fait que les câblo-opérateurs disposent des moyens techniques pour offrir une solution alternative à l'accès Internet à large bande proposé sur le réseau téléphonique ne suffit dès lors pas à démontrer que l'EPT ne jouirait plus actuellement d'une position dominante sur ce marché. Dans ce cadre, il faut relever que dans son document de consultation relatif au Marché 11, l'ILR a conclu à l'absence de substituabilité entre l'accès dégroupé à la paire de cuivre et l'accès aux canaux de fréquence sur les réseaux câblés de télévision. Dans son avis N° 2006-AV-02 du 27 juin 2006, le Conseil de la concurrence a partagé dans ses grandes lignes cette conclusion. Par ailleurs, le rapport statistique de l'ILR cité ci-dessus relève l'absence d'évolution significative des parts de marché des câblo-opérateurs.

L'ensemble de ces éléments conduisent à retenir que l'EPT occupe une position dominante sur le marché de l'accès Internet à large bande.

#### ➤ Les marchés de services

Sur le marché de gros du départ d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée (Marché 8) (services permettant d'assurer la connexion des clients aux réseaux pour acheminer les appels sortants), la décision 07/115/ILR du 8 mars 2007 retient comme marché pertinent le marché de gros national du départ d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée et désigne l'EPT comme opérateur puissant, alors qu'il y détient une position dominante individuelle. Le document de consultation présenté dans le cadre de cette analyse de marché au mois de juillet 2006 avait évalué la part de marché de l'EPT à 100% sur ce marché de gros en excluant les autofournitures internes et à plus de 90% en incluant ces autofournitures, et avait pris en considération la dynamique du marché, l'existence de barrières à l'entrée et l'absence de contre-pouvoir significatif des acheteurs.

Sur base de ces éléments et en l'absence d'évolution significative, il y a lieu de retenir une position dominante dans le chef de l'EPT sur ce marché.

Sur le marché de gros de la terminaison d'appel sur divers réseaux téléphoniques publics individuels en position déterminée (Marché 9) (services permettant d'acheminer les appels entrant sur un réseau vers le destinataire appelé) la décision N° 07/116/ILR du 8 mars 2007 a retenu comme marchés pertinents les marchés des services de terminaison d'appel sur les réseaux téléphoniques publics en position déterminée de respectivement la S.A. Cegecom, la s.à r.l. Coditel, l'EPT, la S.A.

Equant, la S.A. Luxembourg Online, la S.A. Verizon Belgium Luxembourg, la S.A. Tele2 Luxembourg, la S.A. Telenet Solutions et la S.A. Voxmobile et a retenue comme entreprises puissantes l'EPT et les opérateurs alternatifs S.A. Cegecom, s.à r.l. Coditel, S.A. Equant, S.A. Luxembourg Online, S.A. Verizon Belgium Luxembourg, S.A. Tele2 Luxembourg, S.A. Telenet Solutions et S.A. Voxmobile.

On peut dès lors retenir une position dominante de l'EPT dans ces limites sur ce marché.

Les décisions de l'Institut Luxembourgeois de Régulation portant sur les marchés 8 et 9 ont fait l'objet d'un recours par l'EPT devant le tribunal administratif. Ces recours sont cependant sans incidence dans le cadre du présent litige, dès lors que l'EPT ne fait état ni de leur contenu, ni d'une mesure d'effet suspensif.

En aval, sur les marchés de détail des services de téléphonie fixe locaux, nationaux et internationaux en position déterminée pour la clientèle résidentielle et la clientèle non résidentielle (Marchés 3 à 6) (services de téléphonie fournis aux clients finals), la décision N° 07/113/ILR du 8 mars 2007 retient comme marchés pertinents le marché national des services téléphoniques nationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle résidentielle (Marché 3), le marché national des services téléphoniques internationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle résidentielle (Marché 4), le marché national des services téléphoniques nationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle (Marché 5) et le marché national des services téléphoniques internationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle (Marché 6). L'EPT a été désigné comme opérateur dominant sur chacun de ces marchés. Le document de consultation du mois de juillet 2006 avait retenu des parts de marché de respectivement plus de 60% pour le Marché 3, de près de 70% pour le Marché 4, de plus de 90% pour le Marché 5 et de près de 80% pour le Marché 6, et avait pris en considération la dynamique concurrentielle, l'existence de barrières à l'entrée et/ou à l'expansion et l'absence de contre-pouvoir significatif des acheteurs. Le document de travail de la Commission européenne SEC(2007) 403 du 29 mars 2007, formant l'annexe à la Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Economique et Social Européen et au Comité des Régions, portant sur la régulation et les marchés des communications électroniques en Europe en 2006 (12<sup>e</sup> rapport) (COM(2007) 155 final) retient une part de marché globale de l'EPT de 78,97% pour tous les appelés fixes (page 194).

L'EPT tente de contredire les conclusions quant à sa position dominante dans ces marchés déduite dans le cadre de ces analyses en faisant valoir une augmentation du nombre de numéros portés entre juillet 2006 et 2007 de [CONFIDENTIEL]%, avec une diminution du volume de la téléphonie fixe. De l'effet cumulé de ces deux mouvements, il déduit une fragilisation de sa position sur ce marché

Toutefois, la diminution du volume téléphoné affecte tout au plus la rentabilité ou la situation financière ou commerciale des opérateurs. Elle reste sans incidence sur les positions des opérateurs sur les marchés. De l'autre côté, l'augmentation du nombre de numéros portés ne démontre pas une réduction des parts de marché de l'EPT, dans la mesure où il n'est pas établi qu'il ait eu à en subir les conséquences. La seule référence par l'EPT à un pourcentage reste encore sans incidence particulière tant

qu'il n'est pas établi à quels chiffres absolus ce pourcentage se rapporte. Or, un document de travail de la Commission européenne du 29 mars 2007 (SEC(2007) 403) révèle un nombre limité de numéros fixes portés de 3.671 unités en août 2006. En rapportant le pourcentage avancé par l'EPT à ce chiffre, le nombre de numéros fixes portés reste toujours limité et sans incidence véritable sur la position de l'EPT sur le marché.

L'EPT avance encore que « dans sa décision 07/113/ILR, l'ILR souligne la situation possiblement précaire de l'EPT du fait de l'impact possible sur la concurrence des services concurrents VoB, du développement des réseaux câblés facilité par le lancement d'une plage de numéros dédiés aux services VoB, autant d'éléments pouvant affecter la nature concurrentielle du marché ».

Sur la forme, il faut relever que ces réserves de l'ILR ne figurent pas dans la décision citée elle-même, mais dans le document de consultation préalable de juillet 2006, qui fait partie intégrante de la décision par renvoi. Sur le fond, il faut relever que les réserves exprimées par l'ILR se terminent par la conclusion que « même si des évolutions peuvent être attendues sur la durée de l'analyse, l'Institut estime que la part de marché national de l'EPT pour la fourniture de services téléphoniques en position déterminée devrait rester très importante (a priori supérieure à 60% de part de marché) sur la période sur laquelle porte l'analyse ». Sur base de ces développements, et en l'absence d'éléments pertinents corroborant le contraire, il est possible de retenir que l'EPT occupe toujours à l'heure actuelle une position dominante sur ces marchés.

#### ➤ Les lignes louées

La décision 07/118/ILR du 8 mars 2007 concernant les marchés de gros de lignes louées (Marchés 13 et 14) définit le marché pertinent comme étant le marché national de gros de lignes louées et retient que l'EPT a une position dominante individuelle sur ce marché avec des parts de marché de plus de 60% en excluant l'autofourniture et de plus de 75% en incluant l'autofourniture, compte tenu par ailleurs de la faible dynamique concurrentielle, de l'existence de barrières à l'entrée et d'un contre-pouvoir limité des acheteurs.

Sur le marché de détail, la décision 07/114/ILR du 8 mars 2007 concernant le marché de détail de lignes louées (Marché 7) retient comme marché pertinent le marché national de détail des lignes louées d'un débit inférieur ou égal à 2 Mbit/s, avec une position dominante individuelle de l'EPT sur le marché avec des parts de marché à la fin 2004 de 80 à 90% et une faible dynamique concurrentielle, l'existence de barrières à l'entrée et l'absence de contre-pouvoir significatif des acheteurs.

La position dominante de l'EPT existe donc également sur les marchés des lignes louées (liaisons point à point permanentes et dédiées).

#### ➤ La téléphonie mobile

La décision N° 06/93 du 9 mai 2006 adoptée par l'Institut Luxembourgeois de Régulation après son analyse du marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les

réseaux téléphoniques publics mobiles (Marché 15) retient que ce marché était en situation de concurrence effective.

Sur le marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles individuels (Marché 16), la décision N° 06/92/ILR du 2 mai 2006 de l'Institut Luxembourgeois de Régulation a défini les marchés pertinents comme étant le marché de la terminaison d'appel vocal sur le réseau mobile de l'EPT, le marché de la terminaison d'appel vocal sur le réseau mobile de Tango S.A. et le marché de la terminaison d'appel vocal sur le réseau mobile de Voxmobile S.A. et a retenu une position dominante individuelle de chacun des trois opérateurs sur son propre réseau mobile.

Ces deux conclusions par rapport aux Marchés 15 et 16 doivent cependant être vues dans le présent contexte ensemble avec les parts de marché en volume des minutes sortantes sur le marché de détail de la téléphonie mobile en aval, qui ont révélé sur la période d'observation retenue pour le document de consultation élaboré dans le cadre du Marché 15 une part variant autour de 40% pour Tango et une part baissant d'environ 60% à 53% pour l'EPT et ses filiales. Ce document de consultation avait estimé que Tango était dans une situation similaire à celle de l'EPT et que partant Tango pourrait exercer une pression concurrentielle sur l'EPT.

Actuellement, les services de téléphonie mobile sont fournis par l'EPT à travers sa filiale à 100% S.A. LUXGSM. On peut retenir sur base des affirmations commerciales et publicitaires de cette dernière que sa part de marché est toujours supérieure à 50%. Dans le cadre de ses annonces relatives à ses forfaits « Relax », la S.A. LUXGSM met en effet en avant que la gratuité accordée aux appels *on-net*, c'est-à-dire sur son propre réseau, concerne « plus de 50% des GSM du pays ».

Pour la suite des présents développements, il faut en outre garder en mémoire qu'une diminution de la pression concurrentielle exercée par le groupe Tele2/Tango sur l'EPT et sa filiale sans augmentation corrélative de la pression par un autre concurrent aboutirait à un renforcement de la position de l'EPT, avec le risque de la création d'une position dominante.

➤ La diffusion de contenus télévisuels et radiophoniques

Le marché de détail de la diffusion de contenus télévisuels et radiophoniques reposait dans le passé sur la diffusion hertzienne. Actuellement, elle repose pour l'essentiel sur les réseaux de câblodistribution, qui sont gérés au niveau local par des entreprises commerciales ou des communes respectivement syndicats de communes ou des associations. Ces réseaux ne sont pas interconnectés entre eux, créant de ce fait des monopoles régionaux. Il est de notoriété publique que cette organisation du marché est actuellement en discussion, notamment à la suite de griefs présentés par des clients finals à l'encontre d'un de ces câblodistributeurs. Certains câblo-opérateurs ont élargi leur gamme de services en investissant dans la connexion et l'accès Internet à large bande sur leurs réseaux. Les antennes paraboliques, offrant des services similaires aux services des réseaux de câblodistribution, se sont développées depuis quelques années. Certaines contraintes techniques, urbanistiques et financières les empêchent toutefois d'être pleinement substituables aux réseaux câblés. Le document de travail

de la Commission européenne SEC(2007) 403 du 29 mars 2007, formant l'annexe à la Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Economique et Social Européen et au Comité des Régions, portant sur la régulation et les marchés des communications électroniques en Europe en 2006 (12<sup>e</sup> rapport) (COM(2007) 155 final) évalue les parts de marché de ces trois services à respectivement 14,3% pour la diffusion terrestre, 22,9% pour la diffusion par satellite et 62,9% pour le câble (page 194).

Le marché de la diffusion de programmes par le réseau téléphonique est un marché émergent sur lequel l'EPT est la seule entreprise, d'après les informations actuellement disponibles, à se positionner avec son produit IPTV. L'offre que l'EPT se propose de lancer est caractérisée par les éléments suivants. Le service est fourni par le biais d'une connexion au réseau téléphonique qui repose sur une technologie permettant un accès à très haut débit jusqu'à 50 Mbit/s (ADSL 2+ ou VDSL), auquel est associée une plateforme technique de haut niveau appelée "*Smartvision*", déjà mise en œuvre dans d'autres pays. Le service comporte, outre une excellente qualité d'image et de son et certains services de commodité (gestion du direct, enregistrement, contrôle parental, guide des programmes), la possibilité de réceptionner un nombre important de chaînes de télévision et de programmes de radio gratuits en qualité numérique, ainsi que des bouquets thématiques payants, et la possibilité d'utiliser la vidéo à la demande.

Compte tenu de ses caractéristiques, ce service doit être considéré comme faisant partie d'un marché à part. En effectuant une analyse de substituabilité, il faut retenir qu'aucun autre service n'offre les mêmes fonctionnalités :

- la connexion par câble coaxial permet la réception des mêmes chaînes de télévision et de radio, gratuites et payantes (sous réserve le cas échéant des offres proposées sur leurs réseaux par les différents câblo-opérateurs), et elle permet cette réception en qualité numérique. Mais aucune offre existante ou annoncée ne permet de compléter cette gamme par le service de la vidéo à la demande. Par ailleurs, le service préparé par l'EPT a vocation à avoir une couverture nationale, alors que les offres par le câble coaxial sont par définition seulement locales, par suite du morcellement des réseaux de câblodistribution
- la réception par antenne parabolique permet de même la réception des mêmes chaînes de télévision et de radio, gratuites et payantes, sous réserve d'une installation suffisamment performante et étendue pour pouvoir être orientée sur tous les satellites requis pour réceptionner toutes ces chaînes et sous réserve de conclure un contrat de fourniture supplémentaire portant sur les bouquets thématiques payants. La vidéo à la demande n'est pas non plus accessible par ce biais. Par ailleurs, l'installation d'antennes paraboliques n'est pas possible pour tous les clients sur tout le territoire national, en raison de contraintes légales, techniques, urbanistiques et financières
- la diffusion hertzienne permet techniquement la réception des programmes de télévision et de radio en qualité numérique, mais ce procédé est peu répandu et ne couvre pas tous les programmes. L'accès aux bouquets thématiques payants requiert là encore la conclusion de contrats supplémentaires, de même que la vidéo à la demande n'est pas accessible sur ce canal de diffusion.

Il n'existe donc pas de produit ou service pleinement substituable au service IPTV que l'EPT s'apprête à lancer.

Il faut par ailleurs tenir compte du fait que cette offre de service requiert une configuration particulière du réseau téléphonique sur lequel l'EPT exerce le contrôle technique et financier et auquel les concurrents n'ont à l'heure actuelle accès qu'à travers le dégroupage de la boucle locale et le contrat LuxDSL-Wholesale/Connect IP par lequel l'EPT fournit aux opérateurs alternatifs un service d'accès ADSL pour leur permettre d'offrir leurs services Internet à leurs propres clients finals. Or, il est développé ci-dessous au paragraphe 50 que le dégroupage ne présente pas pour l'heure une alternative économiquement viable pour les opérateurs alternatifs, tandis que le contrat LuxDSL-Wholesale/Connect IP constitue une offre commerciale de l'EPT, qui n'est pas actuellement régulée par l'ILR, et ne donne pas aux opérateurs alternatifs de garantie de niveau de qualité. Il ne s'agit donc pas de mécanismes qui assureraient dans l'immédiat la possibilité aux opérateurs alternatifs de se lancer sur ce marché.

Dès le lancement de ce service, l'EPT sera donc en position dominante sur ce marché.

**48.** Il n'est pas établi que les données factuelles fondant les conclusions de l'ILR sur les différents marchés, tels que relevés dans les différents documents de consultation au titre des facteurs impactant sur la concurrence (opérateurs sur les marchés, parts de marché, mais aussi absence de duplicabilité de l'infrastructure, possibilité de faire des économies d'échelle et de gamme, intégration verticale, possibilité et propension pour les clients de changer d'opérateur, contre-pouvoir des acheteurs, développements technologiques, ressources financières disponibles et accessibles, dynamique du marché...) aient été fondamentalement modifiées depuis les périodes couvertes par les analyses afférentes.

Tout au plus l'EPT se borne-t-il à souligner que la saisine du Président omettrait d'intégrer un certain nombre de réserves formulées par l'ILR dans le cadre de ses études de marché ou de données factuelles récentes.

Par rapport à ces contestations de l'EPT, il faut d'abord souligner qu'elles ne portent que sur les marchés de détail. L'EPT admet au contraire la conclusion de l'ILR selon laquelle il serait dominant sur les Marchés 1 et 2. Il n'aborde pas les Marchés de gros 8 et 9 (pour lesquels il a certes introduit un recours au tribunal administratif contre les décisions de l'ILR, mais qui n'est pas à l'heure actuelle de nature à altérer les conclusions qui ont été tirées), ni les Marchés de gros 11 et 12 (pour lesquels il n'existe certes pas de décision finale de l'ILR à l'heure actuelle, mais pour lesquels il existe des documents de consultation et des avis pertinents pour l'analyse à effectuer dans le présent cadre). Les seuls marchés de gros mentionnés encore par l'EPT dans sa note du 8 octobre 2007 sont les Marchés 15 et 16 relatifs à la téléphonie mobile pour lesquels l'ILR a retenu l'absence de position dominante dans le chef de l'EPT.

En omettant dans ses observations de prendre position par rapport à la situation sur les différents marchés de gros évoqués ci-dessus, l'EPT n'énervé en rien les données contenues dans les analyses de marché élaborées par l'ILR et qui ont été exposées ci-dessus pour retenir la position dominante de l'EPT sur les différents marchés.

En ce qui concerne les réserves et remarques que l'ILR a pu formuler dans le cadre de ses analyses et décisions quant aux possibles évolutions futures (services VoB et développement des réseaux câblés en ce qui concerne les services de téléphonie fixe), il n'y a pas lieu de s'y arrêter pour autant qu'il n'est pas démontré que ces évolutions aient effectivement eu lieu.

➤ La répliquabilité de l'offre "Integral"

**49.** L'EPT aborde dans le cadre de l'examen de son éventuelle position dominante la question de la répliquabilité de son offre "Integral", en soutenant que les opérateurs alternatifs disposeraient de tout un arsenal de moyens techniques, à savoir le dégroupage, le service de sélection/présélection et l'offre *bitstream*, qui les mettraient en mesure de répliquer son offre "Integral".

Bien que ce soit à bon droit que l'EPT souligne que les deux questions ne soient pas directement liées, il convient d'examiner cet aspect à cet endroit des développements afin de vérifier si ces moyens permettent aux opérateurs alternatifs de concurrencer efficacement l'EPT sur les marchés qui reposent sur l'infrastructure physique de réseau appartenant à l'EPT, qui ne peut elle-même être dupliquée par les concurrents.

**50.** Pour constituer une réelle solution de rechange, il ne suffit pas que des modèles alternatifs soient juridiquement et techniquement faisables. Afin de présenter un intérêt réel pour le destinataire de l'offre et contribuer à la dynamisation de la concurrence, il faut encore qu'ils soient économiquement viables et techniquement intéressants. Il faut donc vérifier si les services mis en avant par l'EPT remplissent ces conditions.

En ce qui concerne le dégroupage, il est constant que la mise en place de cette solution requiert des investissements financiers lourds qui ne peuvent valablement être envisagés d'un point de vue économique que si elle permet d'atteindre un nombre de clients suffisamment élevé à l'effet de générer des économies d'échelle suffisamment importantes pour rentabiliser l'investissement. Or, même à admettre, tel que le fait valoir l'EPT, qu'en reliant [CONFIDENTIEL]<sup>2</sup> répartiteurs sur les 50 répartiteurs existants, le groupe Tele2/Tango serait en mesure d'atteindre plus de 50% des revenus, il faut toujours tenir compte de l'étroitesse du marché luxembourgeois et du fait qu'il est très improbable que la majeure partie de ces 50% des revenus seraient acquis à l'opérateur alternatif du fait du dégroupage sur ce nombre de répartiteurs, de sorte que la rentabilité de l'investissement reste toujours sujet à doute. Il en est ainsi a fortiori pour le dégroupage des parties du territoire moins densément peuplées qui en règle générale n'incluent pas non plus de clientèle non résidentielle permettant de générer des revenus plus importants par client.

L'EPT reproche au groupe Tele2/Tango de faire abstraction dans ce cadre de l'offre CEGECOM permettant de mutualiser les coûts de colocalisation. Ce reproche n'est

---

<sup>2</sup> Sans en tirer argument à ce stade de la procédure, il faut relever que le fait pour l'EPT de demander à voir qualifier de confidentielle la donnée relative au nombre de répartiteurs qui permettent d'atteindre plus de 50% des revenus montre son attitude à vouloir conserver la maîtrise sur le réseau physique servant d'infrastructure à la fourniture des services de télécommunications, en refusant de fournir de telles informations à ses concurrents.

pas justifié dans la forme, puisque la note du groupe Tele2/Tango du 7 septembre 2007 évoque cette offre pour en souligner le caractère insuffisant. Le reproche n'est pas justifié au fond, puisque cette offre ne permet pas de résoudre fondamentalement le problème financier lié au coût d'investissement à exposer pour relier les différents points du réseau. Elle est d'une part limitée à certaines parties du territoire national et implique d'autre part en tout état de cause un investissement financier de la part de l'opérateur alternatif qui souhaite bénéficier de ce service.

Dans ce cadre, il faut finalement relever que l'argument de l'EPT consistant à soutenir qu'il se situe à un niveau d'égalité avec les opérateurs alternatifs en ce qu'ils se trouveraient tous dans une situation technique strictement identique n'est que partiellement pertinente, dès lors qu'au regard du coût d'investissement pour poser ou renouveler des connexions physiques par câble, ils ne se trouvent pas dans une situation de parfaite égalité, l'EPT disposant de par l'ancienneté de son activité de gaines en attente dans de nombreux endroits du pays, ce qui lui permet d'installer de nouveaux câbles sans importants investissements en travaux publics.

Pour autant que la discussion autour du dégroupage concerne les fibres optiques, il faut relever que l'EPT admet qu'à l'heure actuelle, aucune offre de dégroupage afférente n'est opérationnelle, cette solution étant seulement préconisée par l'ILR dans le cadre de l'analyse du Marché 11. L'EPT a encore annoncé qu'en attendant la décision de l'ILR, il travaillait sur une offre commerciale sur ce service. Il n'y a donc pas de solution alternative régulée en termes de dégroupage pour les clients reliés par la fibre de verre. L'EPT relève encore que les opérateurs alternatifs tels que le groupe Tele2/Tango pourraient relier les clients finals par la fibre optique. Toutefois, en raison des contraintes financières qu'engendre une telle solution, tels que retracées ci-dessus, il ne s'agit pas là d'une solution de substitution viable.

Dans les faits, il faut relever que les lignes ayant fait l'objet d'un dégroupage total sont limitées à 3% des lignes existantes de l'EPT, ce qui tend à démontrer sur le terrain l'attrait limité pour une telle solution. L'augmentation récente du nombre de ces lignes relevée par l'EPT n'est pas, en l'absence de précisions sur le nombre exact de lignes nouvellement dégroupées et des conditions dans lesquelles ces dégroupages ont eu lieu, de nature à invalider cette conclusion.

En ce qui concerne le service de sélection/présélection, si cette option ne semble pas engendrer de problèmes de coûts dans le chef de l'opérateur alternatif, il faut toutefois retenir que cette solution présente deux inconvénients majeurs. D'une part, l'opérateur alternatif n'a pas la maîtrise technique de la connexion, et n'est donc pas en mesure de développer de nouveaux services indépendamment de l'apport et de l'immixtion de l'EPT, qui a de ce fait une connaissance précoce des projets de ses concurrents. D'autre part, il n'est pas exclu, tel que le relève le groupe Tele2/Tango, que le fait pour les clients finals de recevoir dans ce cas de figure deux factures différentes, l'une de la part de l'EPT pour la prestation de connexion au réseau, l'autre de la part du groupe Tele2/Tango pour les services de télécommunications, est de nature à engendrer dans le chef de ceux-ci des interrogations sur le coût réel et sur l'utilité d'entretenir des relations contractuelles avec deux opérateurs, ce qui peut les amener à préférer conclure un seul contrat avec celui des opérateurs qui est en mesure de leur fournir une offre englobant tous les aspects. A cet égard, il faut noter que l'argument de l'EPT selon lequel son offre "Integral" comporte aussi pour la plupart des clients

l'envoi de deux factures n'est que partiellement pertinent, dès lors que ces factures séparées concernent des accès et services différents (téléphonie mobile et téléphonie fixe), mais que la facturation séparée mise en avant par le groupe Tele2/Tango s'effectue à l'intérieur du marché de la téléphonie fixe. La perception de la part des clients et l'aspect psychologique ne sont ainsi pas les mêmes.

Il ne saurait par ailleurs être tiré argument de ce que la double facture n'a pas formé obstacle dans le passé au développement par les opérateurs alternatifs d'offres basées sur le service de sélection/présélection, dès lors que les conditions de marché ont changé par l'introduction d'offres groupées et une conscience plus accrue des consommateurs par rapport aux spécificités des marchés des télécommunications.

Finalement, il faut noter que la facture séparée envoyée par l'EPT augmente les facilités dont dispose celui-ci pour contacter de façon ciblée les clients de services de télécommunications de ses concurrents par des opérations de marketing, soit sur les factures adressées mensuellement à ces clients, soit de façon ciblée lors d'événements particuliers.

En ce qui concerne l'offre *bitstream*, il résulte des explications même de l'EPT qu'elle se situe à un niveau supérieur dans le réseau et qu'elle ne concerne que l'accès à la large bande. Elle ne peut donc constituer de substitut aux services de connexion au réseau téléphonique. Par ailleurs, il est constant que cette offre n'est pas à l'heure actuelle régulée par l'ILR, bien que ses propositions dans le cadre de l'analyse du Marché 12 vont en ce sens. Il n'existe donc pas à l'heure actuelle de contrôle public sur les conditions tarifaires et techniques de cette offre.

Il faut donc retenir en fin de compte que si des mécanismes sont en place pour répliquer l'offre "Integral" de l'EPT, et que des offres concurrentes existent effectivement sur le marché, les opérateurs n'agissent pas sur un pied d'égalité au niveau financier et technique pour la mise en œuvre des moyens requis pour lancer ces offres.

**51.** Il faut en conséquence retenir que l'EPT occupe une position dominante sur tous les marchés, de gros et de détail, dans lesquels les prestations d'accès et de services reposent sur une infrastructure de réseau basée sur des connexions par câble. En situant cette conclusion dans le contexte de l'offre "Integral", il faut retenir que la présente affaire concerne la connexion au réseau commuté, ainsi que les services de téléphonie fixe et d'accès Internet à large bande, de même que potentiellement la diffusion de contenus télévisuels et radiophoniques.

Sur les réseaux de téléphonie mobile, l'EPT occupe également une position très forte, qui est contrebalancée d'après les analyses menées par l'ILR uniquement par la position forte occupée par Tango, sans qu'il ne soit démontré que cette situation ait changé à l'heure actuelle.

L'EPT exerce donc une domination sur l'infrastructure physique requise pour la fourniture de deux des trois services actuellement inclus dans l'offre groupée *triple play*, respectivement de trois services sur quatre potentiellement inclus dans une offre *quadruple play*. C'est avec ce constat en tête qu'il faut examiner dans quelle mesure le comportement de l'EPT peut être qualifié d'abus de position dominante.

- L'abus de position dominante

**52.** L'ensemble des conditions du marché créent une situation qui rend possible l'exploitation par l'EPT de sa position dominante. Sans préjudice d'une analyse plus détaillée à mener dans le cadre de la procédure au fond, il convient de relever que les éléments actuellement présentés soulèvent des appréhensions par rapport aux points suivants.

**53.** Certains reproches ou points soulevés touchent à des pratiques relatives aux prix.

Les prix interviennent pour une part prépondérante dans la structuration des marchés. L'EPT, du fait de sa structure interne et de la maîtrise qu'il exerce sur des éléments essentiels de l'infrastructure physique requise pour la fourniture d'un certain nombre de services de télécommunications, est en mesure d'agir sur les prix.

L'EPT est une entreprise intégrée verticalement. Il possède et gère le réseau physique, sur lequel il ne peut être concurrencé compte tenu de l'ampleur des investissements requis pour la mise en place d'un tel réseau, tout en offrant les services de détail dépendant de ce réseau physique et pour lesquels il est en concurrence avec les autres opérateurs qui sont toutefois tenus d'avoir recours au réseau physique de l'EPT.

L'EPT est une entreprise intégrée horizontalement. Il offre tous les services traditionnels du domaine des télécommunications, telle que téléphonie fixe, téléphonie mobile et accès Internet à haut débit, tout en se proposant d'étendre ses activités à d'autres services, telle que la diffusion de contenus télévisuels et radiophoniques.

Chacun de ces niveaux d'intégration lui permet de profiter d'économies de gamme, et crée par ailleurs les conditions pour que soient mises en œuvre des pratiques de prix anticoncurrentielles, tels des ciseaux tarifaires, des prix excessivement élevés, abusivement bas ou prédateurs, et des subventions croisées.

La potentialité de subventions croisées est encore majorée du fait que l'EPT exerce par ailleurs d'autres activités dans le domaine postal et financier, au titre desquels il détient certains monopoles légaux.

**54.** D'autres reproches ont trait à des pratiques relatives aux produits et services.

Les marchés des télécommunications se caractérisent par le fait que différentes offres sont similaires ou se complètent, respectivement qu'elles requièrent le même support physique, et partant que ces marchés sont étroitement associés.

L'EPT est actuellement la seule entreprise à offrir l'intégralité des services, tant sur les marchés de gros que sur les marchés de détail. En termes d'abus, cette situation lui permet, par des effets de levier relevant de comportements dans les relations avec ses concurrents et les clients ou consommateurs, d'user de sa position dominante sur un marché pour établir ou étendre une domination sur un autre marché.

La structure technique du marché des télécommunications fait que pour pouvoir offrir des services sur le marché de détail reposant sur une infrastructure physique de réseau, il faut pouvoir disposer de ce réseau. Or, actuellement seul l'EPT dispose d'un tel réseau étendu et capillaire couvrant tout le territoire national, et compte tenu des frais, coûts et investissements que comporte la mise en place d'une telle infrastructure, il faut admettre qu'aucun réseau second ne sera mis en place par un concurrent.

De ce fait, l'EPT est en mesure de tenir écarté des marchés afférents tout concurrent potentiel en lui opposant un refus de fourniture des services essentiels requis pour l'exercice de ces activités

L'évolution historique des marchés des télécommunications et de la situation de l'EPT sur ces marchés fait que l'EPT bénéficie d'une forte pénétration au sein de la clientèle finale. Ce constat est évident pour tous les services qui prennent appui sur l'infrastructure physique du fil appartenant à l'EPT. Cela est vrai, bien que dans une moindre mesure, pour les services de téléphonie mobile.

De ce fait, l'EPT bénéficie d'une importante clientèle en nombre, qui lui permet de profiter d'économies d'échelle. Par des pratiques de ventes liées et/ou de couplage de produits et services, et/ou des pratiques tarifaires, cette situation permet à l'EPT de fidéliser et de mutualiser sa clientèle au détriment de ses concurrents.

**55.** Ces différentes pratiques, prises isolément ou combinées entre elles, sont de nature à produire un effet de barrière à l'entrée ou d'exclusion à l'encontre des concurrents. Pour pouvoir adopter des mesures conservatoires, il ne suffit toutefois pas de relever que les conditions techniques ou commerciales sont données pour permettre la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles. Il faut par contre établir une probabilité suffisamment certaine que de telles pratiques sont effectivement mises en œuvre. Au stade des mesures conservatoires, il n'est pas requis de démontrer par une argumentation juridique et économique exhaustive que l'intégralité des conditions posées par les textes, la jurisprudence, la pratique décisionnelle des autorités de concurrence ou la doctrine pour que puisse être retenue l'une ou l'autre pratique soient établies. Il suffit, mais il faut, que soit établie une apparence suffisamment certaine et forte que l'une ou l'autre pratique est mise en œuvre. A cet effet, il convient de confronter les différentes pratiques relevées ci-dessus aux éléments du dossier.

**56.** Si la mise en œuvre d'une seule de ces pratiques paraît raisonnablement certaine, la demande de mesures conservatoires est justifiée en son principe. Afin de décider de la nature et du contenu des mesures à adopter au regard des exigences de la loi, il convient toutefois en tout état de cause d'apprécier le comportement de l'EPT dans tous les aspects.

➤ Le refus de fourniture

**57.** Le refus de fourniture consiste dans le fait pour une entreprise, qui est dominante sur un marché en amont portant sur un produit ou service essentiel à l'activité sur un

marché lié en aval, à refuser sans motif objectivement justifiable la fourniture de ce produit ou service à ses concurrents sur le marché en aval.

Les conditions pour que soit établi un refus de fourniture injustifié sont les suivantes (TPICE 17 septembre 2007, T-201/04, affaire Microsoft, aff. Microsoft, N° 319 à 335) :

- le produit ou service revendiqué relève d'un marché sur lequel l'entreprise qui oppose le refus dispose d'une position dominante
- le produit ou service revendiqué est essentiel à l'activité de l'opérateur demandeur sur un marché séparé, en ce sens qu'il n'y a pas d'alternative existante ou potentielle
- le refus est susceptible d'éliminer toute concurrence de la part de l'opérateur demandant l'accès
- le refus n'est pas objectivement justifié

Il y a lieu de faire abstraction dans le cadre de la présente affaire de la condition relative à l'obstacle mis à l'apparition d'un nouveau produit, qui ne doit trouver à s'appliquer qu'au regard des droits de propriété intellectuelle, qui ne sont pas en cause ici (CJCE 17 septembre 2007, aff. Microsoft, N° 334).

La pratique du refus de vente interdite par les dispositions légales sur l'abus de position dominante ne concerne pas seulement le refus net et tranché, mais également toutes les pratiques par lesquelles un opérateur dominant, tirant profit de la situation de dépendance économique ou technique dans laquelle se trouvent ses concurrents, se borne à leur offrir des services qui ne leur permettent pas d'être réellement efficaces ou concurrentiels sur le marché considéré.

### **Le réseau des agences commerciales**

**58.** Une première pratique évoquée qui soit visée par la notion de refus de fourniture a trait au fait que l'EPT dispose d'un réseau de commercialisation étendu à travers tout le pays par lequel il offre non seulement ses produits de télécommunications, mais également ses services financiers et postaux. Dans la mesure où l'EPT bénéficierait de droits exclusifs ou exorbitants pour la distribution de ces services, ce réseau de commercialisation constituerait dans son chef une facilité essentielle dont lui seul disposerait et dont il ne pourrait pas refuser l'accès au groupe Tele2/Tango. Or, l'EPT aurait déjà refusé de commercialiser les produits du groupe Tele2/Tango dans ses points de commercialisation.

L'EPT oppose à bon droit à de tels arguments qu'un réseau de commercialisation est duplicable en ce sens qu'il existe des solutions alternatives pour commercialiser les produits du groupe Tele2/Tango en dehors de ces points de vente. La preuve en est que le groupe Tele2/Tango commercialise effectivement depuis de nombreuses années ses produits auprès du grand public.

L'existence et la survie jusqu'à ce jour du groupe Tele2/Tango et d'autres opérateurs sur les différents marchés des télécommunications démontre encore que l'absence d'accès au réseau de commercialisation de l'EPT n'élimine pas toute concurrence de sa part.

Il n'y a donc pas lieu de retenir une pratique de refus de fourniture dans ce cadre.

### **Le réseau de la paire cuivrée**

**59.** Il est ensuite reproché à l'EPT de refuser au groupe Tele2/Tango une solution d'accès au réseau physique constitué par la paire de cuivre qui serait économiquement et techniquement viable pour entretenir des relations contractuelles directes avec les clients finals. Ainsi, le dégroupage total ne pourrait être opéré sur des bases économiques saines que pour certaines parties du territoire accusant une forte densité de population, puisque seul un nombre suffisamment important de clients permettrait d'amortir les investissements lourds qu'engendre une opération de dégroupage. Le service de sélection/présélection quant à lui poserait des problèmes d'acceptation de la part des clients, puisque ce service maintient un lien contractuel entre le client et l'EPT. Compte tenu d'un certain nombre de considérations psychologiques, ce service ne serait pas perçu par les clients comme solution de rechange équivalente à d'autres solutions et ne permettrait pas au groupe Tele2/Tango de tirer pleinement profit des facultés offertes et de développer son offre *triple play*. Quant à l'offre qualifiée par l'EPT de *bitstream*, le groupe Tele2/Tango relève qu'elle ne correspond pas à la notion d'offre *bitstream* telle que généralement acceptée au niveau communautaire, dès lors qu'il s'agit d'une offre commerciale de la part de l'EPT, offerte aux seules conditions que l'EPT est disposée à consentir, et non pas d'une offre régulée par le régulateur garantissant un niveau minimal de qualité de service.

Le groupe Tele2/Tango soutient que seule une offre de revente de l'abonnement avec une marge suffisante permettrait de surmonter ces obstacles, mais que l'EPT se refuserait à mettre un tel outil à sa disposition à des conditions tarifaires permettant l'émergence d'une concurrence réelle.

**60.** L'EPT se défend contre le reproche qui lui est adressé en avançant qu'il mettrait depuis toujours à disposition des opérateurs alternatifs dans le cadre d'une offre régulée la possibilité du dégroupage, partiel ou total, qui leur permettrait d'offrir directement les prestations d'accès aux clients finals, ainsi que le service de sélection/présélection. Par ailleurs, il offrirait un service non régulé d'accès au débit binaire (*bitstream*) et s'apprêterait à lancer sur le marché une offre commerciale de revente de l'abonnement, ce qui permettrait là encore aux opérateurs alternatifs de conclure directement des conventions d'accès au réseau avec les clients finals.

**61.** A titre liminaire, il faut relever que l'argument du groupe Tele2/Tango et de l'Inspection de la concurrence revient à soutenir que le refus de vente porterait sur l'offre de revente de l'abonnement, et non pas sur l'offre de dégroupage, l'offre CS/CPS ou l'offre *bitstream*. Ces trois offres ne sont abordées par le groupe Tele2/Tango et l'Inspection de la concurrence que pour démontrer le caractère indispensable de l'offre de revente de l'abonnement, compte tenu de l'insuffisance de ces modes d'accès. C'est donc erronément que l'EPT tente de porter le débat sur la question de savoir si ces trois offres alternatives font l'objet d'un refus de sa part.

**62.** Ensuite, il convient de vérifier si les différentes conditions énoncées au paragraphe 57 sont remplies.

La 1<sup>e</sup> condition est établie. La revente de l'abonnement permet aux opérateurs alternatifs d'offrir aux clients finals l'accès au réseau téléphonique. Il a été exposé ci-dessus que l'EPT dispose d'une position dominante sur le marché de l'accès au réseau téléphonique.

En ce qui concerne la 2<sup>e</sup> condition, il faut retenir d'abord que l'accès au réseau est indispensable pour offrir les services de télécommunications. L'EPT soutient que d'autres moyens que la revente de l'abonnement sont à disposition des opérateurs alternatifs pour accorder cet accès. Cette argumentation de l'EPT doit toutefois être replacée dans une perspective historique, économique et technique.

Historiquement, l'obligation à charge de l'opérateur dominant de concéder l'accès au réseau à ses concurrents était déjà énoncée dans la loi du 21 mars 1997 sur les télécommunications.

Ce n'est qu'en 2001 que l'EPT a publié sa première offre de dégroupage concernant l'accès à la boucle locale, pour être approuvée par la suite par l'ILR.

Le service de sélection est disponible depuis 1999 et le service de présélection est disponible depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2000 sur base d'une décision de l'ILR du 31 mars 1999.

En ce qui concerne la revente de l'abonnement téléphonique, elle a été évoquée pour la première fois par l'Institut Luxembourgeois de Régulation dans son document de consultation sur les Marchés 1 et 2 du mois d'août 2006. L'EPT s'était prononcé contre une telle mesure dans le cadre de la consultation nationale. La mesure a finalement été imposée par décision N° 07/105/ILR du 2 février 2007. Au niveau de la tarification, cette décision impose en principe une orientation des tarifs liés à la revente de l'abonnement vers les coûts sur la base d'un modèle de coûts d'un opérateur efficace, et l'application, en attendant l'approbation des modèles de coût et des coûts afférents par l'ILR, d'un tarif correspondant au tarif applicable pour un utilisateur final abaissé de 20% (*retail minus*).

Suite à cette décision, l'EPT a présenté une première proposition d'offre de référence, qui a fait l'objet de nombreuses remarques et critiques publiées sur le site Internet de l'ILR. Une des critiques constamment répétées par les différents intervenants sont les conditions tarifaires proposées par l'EPT dans son projet d'offre de référence, en relevant que l'EPT ne tient pas compte de l'obligation *retail minus* imposée par l'ILR, que l'EPT ne formule pas de proposition globale concernant le coût à facturer et que l'EPT ne fournit pas les éléments nécessaires pour apprécier si un éventuel tarif serait orienté sur les coûts. L'EPT a par la suite présenté une nouvelle offre au mois d'août 2007. Il résulte d'un communiqué de l'ILR du 9 octobre 2007 que les propositions actuelles de l'EPT, essentiellement en ce qui concerne les conditions tarifaires, ne peuvent être acceptées et que l'Institut a invité l'EPT à soumettre « une offre réaliste qui permet le développement d'une concurrence durable ». L'EPT a fait part au Président du Conseil de la concurrence par courrier du 10 octobre 2007 du contenu de la lettre afférente lui adressée par l'ILR, tout en indiquant les motifs qui l'amènent à exprimer son désaccord avec la position de l'ILR. L'EPT déclare maintenir son offre de revente de l'abonnement aux conditions tarifaires proposées par lui, soit avec une marge (*retail minus*) de 12%.

L'évolution de la législation et de la réglementation imposée par le régulateur, qui ont abouti à l'obligation de proposer la revente de l'abonnement, tendent donc à démontrer que les techniques du dégroupage et de la sélection/présélection n'ont pas apporté en pratique la dynamisation de la concurrence nécessaire et souhaitée. Les raisons techniques et commerciales qui font qu'il en est ainsi sont probablement, du moins pour partie, celles exposés ci-dessus aux paragraphes 49 à 50.

Ces développements permettent de retenir que ces offres ne présentent pas en l'état actuel des marchés des télécommunications au Luxembourg d'alternatives réelles à une offre de revente de l'abonnement à l'effet de promouvoir la concurrence. Cette conclusion résulte explicitement de la position actuelle de l'ILR adoptée au début du mois d'octobre 2007, qui exhorte l'EPT à présenter une offre de revente de l'abonnement qui permette la mise en place d'une concurrence durable.

Dans le cadre de la vérification de la 3<sup>e</sup> condition tenant à la possible exclusion de toute concurrence, les développements opérés ci-dessus aux paragraphes 49 à 50 relativement à l'inadéquation des moyens alternatifs mis en avant par l'EPT pour développer ou soutenir une concurrence réelle de la part des opérateurs alternatifs sur le marché de l'accès au réseau téléphonique permettent de retenir au stade des mesures conservatoires qu'il existe un risque suffisamment caractérisé qu'à terme, l'absence d'une offre de revente de l'abonnement répondant aux exigences du régulateur peut avoir pour conséquence le retrait du marché d'opérateurs alternatifs ou la diminution de leur activité, et partant l'élimination ou la réduction de la pression concurrentielle sur ce marché.

C'est par rapport à cette condition qu'il faut encore examiner l'argument de l'EPT consistant à soutenir que l'absence d'effet sur la concurrence serait démontrée par l'existence de multiples offres groupées introduites par ses concurrents sur le marché. Il fait état dans ce cadre d'un relevé reprenant de nombreuses offres sur la période de février 2005 à août 2007.

L'impact numéraire de ce relevé doit d'abord être relativisé. D'après son intitulé et son contenu, ce relevé reprend des actions commerciales relatives à des offres groupées, c'est-à-dire des actions promotionnelles pour promouvoir tel ou tel produit. Ces actions sont en général limitées dans le temps et certains produits font l'objet de plusieurs actions promotionnelles reprises dans ce relevé. Celui-ci ne reprend donc pas autant d'offres distinctes. Il n'est donc pas de nature à donner des indications sur le nombre réel et permanent d'offres groupées existantes.

Ensuite il faut tenir compte du fait que ces actions n'englobent pas toutes les trois services de téléphonie fixe, de téléphonie mobile et d'accès Internet à large bande, mais qu'elles se limitent souvent à deux seulement de ces services, et plus fondamentalement qu'un certain nombre de ces actions incluent des offres qui ne reposent pas sur l'infrastructure du réseau téléphonique de l'EPT, alors qu'elles concernent des services de téléphonie mobile associés à des accès Internet sur l'infrastructure de câblo-opérateurs.

Finalement, l'existence de ces offres peut aussi bien s'expliquer par la demande émanant des clients, qui amène les opérateurs alternatifs à devoir s'engager également

dans ce segment des offres groupées pour s'y positionner, sous peine de perdre définitivement des parts de marché.

Ce relevé n'est donc pas de nature à invalider la conclusion pointant vers un possible effet restrictif de la concurrence du fait du refus de fourniture de la revente de l'abonnement.

Par rapport à la 4<sup>e</sup> condition, il faut relever que l'EPT soutient, face aux exigences de l'ILR, que son propre refus de consentir à une offre de revente de l'abonnement moyennant un *retail minus* supérieur à celui actuellement proposé (soit 12%) serait justifié, dans la mesure où toute marge supérieure le contraindrait à offrir ce service à perte. Dans ce cadre, il explique avoir exposé à l'ILR l'ensemble de ses coûts à prendre en considération, et que la marge proposée correspondrait aux coûts de facturation, de marketing et de frais de commercialisation qui ne lui incombent plus en cas de revente. Tout montant dépassant la marge proposée empiéterait sur les coûts qui restent à sa charge et entraînerait de ce fait une opération déficitaire dans son chef. L'EPT verse encore un courrier adressé par lui en date du 10 octobre 2007 à l'ILR pour faire part à ce dernier de façon motivée de son désaccord par rapport à toute exigence allant au-delà de la marge offerte.

Il n'appartient pas au Président du Conseil de la concurrence, statuant dans le cadre de mesures conservatoires, de se prononcer sur la légalité et la justification économique d'une prise de position de l'ILR sur l'obligation de présenter une offre de revente de l'abonnement. Sur base des éléments versés au dossier, il n'est au demeurant pas possible de vérifier d'une façon générale si le *retail minus* proposé par l'EPT couvre effectivement tous les coûts à déduire dans le cadre d'une telle opération de calcul, ni de façon particulière si les exigences de l'ILR allant au-delà de ce taux contraindraient l'EPT à vendre l'abonnement aux opérateurs alternatifs en dessous de ses coûts.

Le Président doit au contraire se limiter à relever les faits constants, qui sont les suivants :

- l'obligation de faire une offre de référence portant sur la revente de l'abonnement a été imposée à l'EPT par décision de l'ILR du 2 février 2007
- pendant les mois subséquents, des propositions et discussions suivies ont eu lieu entre l'ILR, l'EPT et les opérateurs alternatifs
- ces discussions n'ont pas abouti à ce jour à une proposition de l'EPT propre à satisfaire les exigences de l'ILR.

A cela s'ajoute qu'il résulte des renseignements confidentiels fournis par l'EPT (annexe 17 à sa note du 8 octobre 2007) que ses modèles de calcul quant au taux de *retail minus* à retenir étaient en discussions dans le cadre des négociations avec l'ILR. Dès lors, à supposer qu'il faille se poser dans le cadre des mesures conservatoires la question de l'adéquation des chiffres fournis par l'EPT, force est de retenir que la position actuelle de l'ILR permet de conclure qu'en toute apparence, ces arguments et calculs n'ont pas convaincu l'Institut.

Dans le cadre de la présente procédure de mesures conservatoires, il faut en déduire que le refus de l'EPT de consentir à la commercialisation de la revente de l'abonnement à un *retail minus* supérieur au taux proposé par lui n'apparaît pas comme étant justifié.

63. Dès lors, il faut retenir que le comportement sus-décrit de l'EPT apparaît comme démontrant son intention à vouloir empêcher la mise en place d'une solution de revente de l'abonnement, de manière à ne voir maintenir au profit des opérateurs alternatifs que des solutions plus onéreuses et *a priori* économiquement non viables. L'attitude de l'EPT montre par ailleurs son intention de ne voir concéder la solution de revente de l'abonnement qu'à des conditions tarifaires dont il n'est pas établi qu'elles correspondent aux exigences de l'ILR, respectivement qui apparaissent comme étant inintéressantes ou non transparentes pour les opérateurs alternatifs. Ce comportement donne toutes les apparences d'un comportement capté par le droit de la concurrence, susceptible de donner lieu à des mesures conservatoires.

➤ La vente liée et le couplage

64. La jurisprudence, la pratique décisionnelle des autorités de concurrence et les auteurs distinguent trois pratiques aux mécanismes et effets potentiels similaires :

- le couplage pur consiste dans le fait pour une entreprise offrant deux ou plusieurs produits différents de ne les commercialiser qu'en offres groupées. Dans ce cadre d'analyse, les clients ne peuvent acquérir aucun des produits concernés sur une base individuelle.
- la vente liée consiste dans le fait pour une entreprise dominante sur un marché de lier l'acquisition d'un produit relevant de ce marché (le produit liant) à l'acquisition d'un autre produit pour lequel elle n'est pas dominante (le produit lié), de telle façon que les clients sont en mesure d'acquérir individuellement le produit lié, mais que l'acquisition du produit liant les oblige à acquérir en même temps le produit lié.

La jurisprudence communautaire récente (TPICE 17 septembre 2007, T-201/04, affaire Microsoft, N° 850 à 871) définit comme suit les conditions pour que soit réalisée une vente liée interdite par le droit de la concurrence :

- le produit liant et le produit lié sont deux produits distincts
- l'entreprise concernée détient une position dominante sur le marché du produit liant
- ladite entreprise ne donne pas aux consommateurs le choix d'obtenir le produit liant sans le produit lié
- la pratique en cause restreint la concurrence

Ces conditions ont été identifiées par la jurisprudence communautaire comme recouvrant en substance les conditions énoncées à l'article 82, 2<sup>e</sup> alinéa, point d du traité CE. La jurisprudence communautaire retient toutefois tout autant que les cas de pratiques abusives énoncées par l'article 82 du traité ne sont fournis qu'à titre exemplatif et n'embrassent pas toutes les situations de pratiques abusives, mais laissent place à ce que l'autorité de concurrence retienne un abus en dehors de ces exemples (TPICE 17 septembre 2007, T-201/04, affaire Microsoft, N° 860 et 861).

- le couplage mixte consiste dans le fait pour une entreprise de commercialiser différents produits en package, tout en offrant aux clients la possibilité de les acquérir individuellement. Généralement, pour intéresser les clients par de telles offres couplées, l'entreprise y associe des rabais dits de couplage, qui rendent l'offre couplée plus intéressante que l'acquisition des produits séparés sur une base individuelle.

Les faits actuellement soumis à appréciation ne s'apparentent pas à une pratique de couplage pur. Les notions de vente liée et de couplage mixte doivent toutefois être examinées de plus près.

### **Le couplage mixte**

**65.** Le fait pour l'EPT de regrouper dans une même offre des services de téléphonie mobile, de téléphonie fixe et d'accès Internet à large bande relève d'une pratique de couplage mixte.

Il s'agit en effet de trois services différents qui relèvent de marchés séparés, dans la mesure où ils ne sont pas substituables les uns aux autres. Le seul point qui puisse donner lieu à discussion à cet égard est celui de savoir si la téléphonie mobile peut se substituer à la téléphonie fixe. L'analyse traditionnelle adoptée par l'ILR et le Conseil de la concurrence dans le cadre des analyses de marché effectuées sur base de la loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et les services de communications électroniques revient toutefois à distinguer deux marchés séparés. Il n'y a pas lieu de se départager de cette conclusion dans le cadre de la présente demande de mesures conservatoires.

Chacun de ces trois services est offert de façon individuelle par l'EPT, qui les regroupe toutefois par ailleurs dans une offre globale qu'elle commercialise sous la dénomination "Integral". A cet égard, la pratique de l'EPT ne correspond donc pas à la notion de vente liée telle que définie par la jurisprudence.

La pratique de l'EPT n'est pas pour autant de nature à échapper à une appréciation critique au regard du droit de la concurrence par rapport à la notion de couplage mixte, puisqu'une telle pratique peut être révélatrice de pratiques d'exclusion, de pratiques de discrimination par les prix ou de pratiques de prix élevés.

**66.** Concrètement, quatre aspects factuels entrent en ligne de compte.

1) Tout d'abord, le client n'est pas en mesure de constituer un package selon ses propres désirs. Il n'a que le choix entre soit les différents produits pris individuellement, auquel cas il ne bénéficie pas de conditions financières ou techniques favorables, soit tous les produits ensemble, auquel cas il bénéficie des avantages associés à l'offre "Integral". Ainsi, si un client entend bénéficier des avantages associés à un service déterminé, il est tenu d'acquiescer en même temps les services couplés auxquels il n'associe le cas échéant aucun avantage.

2) Ensuite, c'est à bon droit que le groupe Tele2/Tango relève que la stratégie commerciale de l'EPT repose sur la commercialisation de l'offre "Integral". Ce constat se vérifie au regard de la configuration du site Internet de l'EPT. Tout un ensemble de liens renvoie l'internaute vers une page annonçant le produit "Integral", sans renvoyer aux conditions tarifaires et techniques propres aux différentes offres individuelles. Ce n'est que dans un document en format PDF situé en bordure de page que l'intéressé peut consulter les tarifs de la téléphonie fixe et de l'accès à Internet, ce document renvoyant par ailleurs en ce qui concerne la téléphonie mobile à la filiale LUXGSM S.A. Ce n'est que sur le site de cette filiale que les tarifs

de la téléphonie mobile sont accessibles directement. Au titre de la rubrique dédiée à Internet, de nombreux liens renvoient à une page qui met clairement en valeur les avantages que procure au titre du service d'accès à la large bande l'offre "Integral" par rapport à une offre individuelle.

Cette présentation, ainsi que les campagnes publicitaires menées par l'EPT, démontrent à suffisance sa stratégie commerciale axée sur la mise en valeur et la promotion prépondérante de l'offre groupée "Integral", au détriment des offres individuelles. Face à la possibilité théorique de souscrire un ou plusieurs services individuellement, le client se trouve donc confronté à cette stratégie ne présentant pas clairement cette possibilité, mais l'incitant au contraire à se reporter sur l'offre "Integral".

3) En troisième lieu, il faut relever les différents avantages associés par l'EPT à son offre "Integral" :

- sur les services d'accès Internet à large bande
  - réduction du prix de l'abonnement mensuel (incluant services d'accès à Internet et connexion physique au réseau) de 3 €, 690 € respectivement 12,60 € en fonction de l'abonnement choisi
  - absence de limitation du volume de téléchargement mensuel (qui passe de 2 GB respectivement 15 GB en fonction de l'abonnement choisi à un volume illimité)
- sur les services de téléphonie fixe
  - gratuité en semaine entre 19 heures du soir et 8 heures du matin et le week-end et les jours fériés pendant toute la journée sur tous les appels d'une ligne fixe EPT vers un numéro fixe ou mobile EPT
  - remise de 30% en semaine entre 8 heures du matin et 19 heures du soir sur les trois numéros fixe EPT les plus appelés
  - remise de 30% en semaine entre 8 heures du matin et 19 heures du soir sur les trois numéros internationaux fixe ou mobile les plus appelés
- sur les services de téléphonie mobile

L'offre individuelle de téléphonie mobile de base *Basic* ne présente pas d'avantages particuliers.

Mais les offres complémentaires *Relax* et *Relax Youz* se présentent comme des offres à forfaits, par lesquelles tout un ensemble de prestations sont incluses moyennant différents forfaits, peu importe leur utilisation effective. Le forfait de base inclut tous les appels d'un numéro EPT vers un numéro EPT, la présentation faisant clairement ressortir que les numéros EPT représentent plus de 50% des numéros existants, soulignant donc au contraire que les appels vers les numéros des opérateurs alternatifs sont payants (ceux-ci sont payants soit à la consommation effective, soit moyennant un forfait).

A côté de cette structure tarifaire qui permet à l'EPT de souligner sa position de force sur le marché de la téléphonie mobile, ces offres complémentaires comportent un avantage spécifique au profit des clients ayant souscrit à l'offre groupée "Integral", sans qu'il ne soit besoin d'opter pour cet avantage :

  - gratuité de tous les appels, 7 jours sur 7, 24 heures sur 24, vers tous les numéros fixes

L'EPT chiffre la réduction globale dont bénéficie un consommateur moyen du fait de la souscription à l'offre "Integral", par rapport au prix des trois composantes prises individuellement, à [CONFIDENTIEL]%. Il évalue encore à [CONFIDENTIEL]€ le coût supplémentaire qu'il doit supporter du fait d'un volume de téléchargement illimité dans le cadre de l'offre "Integral".

4) Finalement, par l'effet de la vente liée dont question ci-après, qui oblige les clients souscrivant au service d'accès Internet et/ou au service de diffusion de programmes de souscrire en même temps le service de connexion au réseau, ces avantages sont majorés au niveau de la connexion au réseau par les conditions offertes par l'EPT dans ce cadre. Les clients y bénéficient d'avantages matériels, alors que pour toute nouvelle souscription afférente, l'EPT offre le matériel de connexion nécessaire (fichiers et programmes inclus dans le Cube LuxDSL et routeur) à des conditions avantageuses (c'est-à-dire gratuitement ou à tarif réduit selon l'option de routeur choisie). S'y ajoute l'intervention gratuite du helpdesk à domicile.

L'offre "Integral" est donc plus avantageuse, en termes financiers et en termes de services prestés, que la conjonction des trois offres prises individuellement. Son contenu présente des attraits manifestes par rapport aux offres individuelles de l'EPT.

**67.** L'EPT a fait valoir que son offre "Integral" serait tarifairement moins intéressante que la conjonction de différentes offres individuelles contractées auprès de différents opérateurs. A l'appui de ces développements, l'EPT a présenté un tableau confidentiel juxtaposant son offre "Integral" à différentes combinaisons de produits d'autres opérateurs.

A ce sujet, il y a lieu de relever d'une part que ce tableau ne détaille pas la méthode de calcul et les volumes qui ont servi de base aux calculs. D'autre part, alors même à admettre qu'objectivement un tel mélange soit financièrement plus intéressant, il n'est pas établi que les conditions techniques entre les différentes offres soient identiques. Finalement, il est peu probable qu'en l'absence de transparence totale sur les conditions tarifaires et techniques des différentes offres de tous les opérateurs, les clients individuels s'adonnent tous et de façon régulière à de tels calculs sophistiqués et détaillés à l'effet de dénicher à tout moment la combinaison d'offres la plus favorable. A ce stade, il faut encore tenir compte des aspects psychologiques qui interviennent dans le processus de décision des consommateurs, qui font d'une part que les aspects les plus voyants d'une offre sont considérés en premier lieu et d'autre part qu'il existe une certaine inertie au changement, qui fait que les contrats une fois conclus ne sont modifiés ou résiliés qu'en contrepartie d'un avantage clair et net.

L'argument de l'EPT n'est donc pas de nature à invalider des développements opérés ci-dessus quant à l'attrait exercé par l'offre "Integral". En axant sa politique de commercialisation sur l'offre "Integral", sans présenter de façon claire et transparente la possibilité de contracter les différents services de façon individuelle, mais au contraire en présentant l'offre "Integral" comme celle qui comporte des avantages particuliers, l'EPT va naturellement attirer un certain nombre de clients en les incitant à contracter l'offre "Integral" plutôt que les services pris individuellement.

**68.** Il est toutefois reconnu par les auteurs que les pratiques de couplage mixte peuvent aussi générer des effets pro-compétitifs et profiter aux consommateurs

(économies d'échelle, réduction des coûts, développement de nouveaux produits et services, amélioration de la qualité). En l'espèce, il semble certain que les offres groupées promues par l'EPT et ses concurrents répondent à une demande de la part des consommateurs.

Différents axes d'approche sont proposés et utilisés en jurisprudence, dans la pratique décisionnelle des autorités de concurrence et par les auteurs pour se prononcer sur le caractère pro- ou anti-compétitif d'une pratique de couplage mixte (voir par exemple R. O'Donoghue et A.J. Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006, pages 500 et suivantes). Ces approches reposent en grande partie sur une appréciation globale des effets respectifs de la pratique concrètement en cause, respectivement sur une analyse détaillée des aspects de coût à travers la notion de prix prédateurs. Un autre aspect sur lequel il importe de porter une appréciation factuelle dans ce cadre concerne la question de savoir si compte tenu des avantages associés par l'EPT à son offre "Integral", l'incitation à recourir à cette offre n'est pas d'une ampleur telle qu'elle peut s'apparenter à une pratique de couplage pur.

**69.** En l'absence de critères généralement admis quant à la manière d'appréhender une pratique de couplage mixte et quant au test à appliquer concrètement au cas par cas, et en l'absence de données chiffrées permettant d'aborder l'un ou l'autre modèle de calcul, l'appréciation du caractère anticoncurrentiel de la pratique dénoncée ne s'impose pas avec évidence et dépasse les pouvoirs du Président du Conseil de la concurrence statuant dans le cadre de mesures conservatoires. Il n'y a donc pas lieu é mesures conservatoires à cet égard.

**70.** Le couplage éventuel à une époque ultérieure entre les trois composantes de l'offre groupée existante et la diffusion de contenus audiovisuels et radiophoniques doit faire l'objet d'une évaluation séparée.

Une telle pratique de couplage présenterait les aspects négatifs évoqués ci-dessus (impossibilité pour le client de se constituer l'offre groupée selon ses désirs, forte probabilité d'une mise en valeur prédominante de l'offre groupée au détriment des éléments individuels, importance des avantages financiers et techniques associés à l'offre groupée). A cela s'ajoute que les concurrents de l'EPT sont actuellement dans l'impossibilité de répliquer un service IPTV, puisque celui-ci fait appel à des caractéristiques techniques du réseau physique de la paire de cuivre ou de la fibre de verre particulièrement développées auxquelles les autres opérateurs n'ont pas accès. Par ailleurs, l'EPT n'a pas fait valoir qu'il projeterait d'ouvrir ce marché à ses concurrents en leur donnant, concomitamment avec le lancement de son offre IPTV et de son inclusion éventuelle dans le paquet "Integral", la possibilité d'avoir recours aux mêmes moyens techniques que ceux qu'il développe sur son réseau. Ainsi, si l'EPT devait dans l'immédiat inclure dans son offre "Integral" l'élément IPTV, il y aurait un risque caractérisé qu'il acquiert et fige une part substantielle des parts de marché de ce nouveau vecteur de diffusion.

La balance des aspects pro- et anti-compétitifs doit donc amener à considérer l'inclusion de IPTV dans l'offre "Integral" comme une pratique de couplage aux effets anticoncurrentiels aussi longtemps que les concurrents ne disposent pas des moyens techniques pour présenter une offre similaire dans des conditions économiques et financières équitables.

## La vente liée

71. La pratique de l'EPT évoquée lors des réunions consistant à soumettre la conclusion d'un abonnement d'accès Internet à large bande (dans le cadre d'un abonnement individuel SpeedSurf ou dans le cadre d'une souscription à l'offre groupée "Integral") respectivement d'un abonnement IPTV, à l'obligation de contracter en même temps la connexion physique à haut débit (LuxDSL) auprès de l'EPT fait appel à la notion de vente liée.

Interrogé sur cette situation, l'EPT a fait valoir que le fait pour lui de lier les prestations d'accès Internet à large bande et de diffusion télévisuelle et audio-phonique à la fourniture concomitante de la connexion physique à haut débit au réseau relevait d'un choix commercial de sa part dont il ne saurait lui être tenu rigueur.

Cet argument ne saurait de toute évidence valoir, dès lors que le droit de la concurrence cherche à prohiber les comportements restrictifs de la concurrence, sans que la liberté commerciale puisse valoir comme cause justificative.

72. Au fond, il importe dès lors de vérifier les conditions d'application de la notion de vente liée au regard de la jurisprudence actuelle.

Quant à la 1<sup>e</sup> condition tenant à l'existence de deux produits séparés, il faut retenir que la pratique de l'EPT consiste à lier des prestations de service (fourniture d'accès à Internet, diffusion de programmes télévisuels et radiophonique) à des prestations d'accès au réseau. Il s'agit donc de deux prestations différentes. D'un point de vue technique, les deux se distinguent aussi : la qualité du service de connexion se détermine en fonction de la vitesse de transfert de données, tandis que la qualité du service d'accès Internet se définit par le volume de téléchargement compris dans le forfait ou l'abonnement. De même, la structure tarifaire distingue les deux aspects.

Produit liant et produit lié sont donc deux produits distincts.

Quant à la 2<sup>e</sup> condition tenant à l'existence d'une position dominante sur le marché du produit liant, l'EPT a souligné en droit qu'à supposer que la pratique sous examen doive être analysée sous l'angle de la notion de vente liée, il faudrait constater que ce n'était pas le produit liant (l'accès Internet à large bande) pour lequel il se trouvait en position dominante, mais le produit lié (la connexion physique). Le point soulevé reviendrait partant à lui reprocher une vente liée à l'envers, qui ne serait toutefois pas prohibée par le droit de la concurrence.

Il résulte cependant des explications fournies aux paragraphes 47 à 48 qu'il faut considérer que l'EPT est en position dominante sur les marchés des produits liants, c'est-à-dire l'accès Internet à large bande, respectivement la diffusion de contenus.

Quant à la 3<sup>e</sup> question tenant à l'absence de liberté de choix du consommateur, il faut relever que l'EPT lie contractuellement les deux produits sans laisser aux consommateurs le choix de ne contracter auprès de lui que les services d'accès Internet à haut débit, respectivement n'envisage pas de laisser aux consommateurs le

choix de ne contracter auprès de lui que le service de diffusion de contenus télévisuels et audiovisuels.

Quant à la 4<sup>e</sup> condition tenant à la restriction de la concurrence, il faut retenir qu'en règle générale, la jurisprudence et la pratique décisionnelle retiennent que la vente liée d'un produit distinct avec le produit dominant constitue l'indice de l'effet d'exclusion que cette pratique produit sur les concurrents. Ce n'est qu'en raison de circonstances particulières qu'il peut être nécessaire de démontrer concrètement dans des cas spécifiques l'effet anticoncurrentiel (TPICE 17 septembre 2007, T-201/04, affaire Microsoft, N° 977). En l'espèce, l'EPT ne fait pas état de circonstances particulières qui exigeraient un tel examen plus détaillé.

**73.** L'ensemble de ces éléments semblent caractériser avec un degré de certitude suffisant un comportement de vente liée dans le chef de l'EPT. Aucune mesure concrète n'a toutefois été demandée à cet égard, ni par l'Inspection de la concurrence, ni par le groupe Tele2/Tango.

➤ Le ciseau tarifaire

**74.** Le ciseau tarifaire consiste dans le fait pour une entreprise intégrée verticalement (i.e. active à la fois sur un marché en amont, sur lequel elle détient une position dominante et dont le produit ou service est nécessaire pour être actif sur un marché en aval, et sur ce marché lié en aval) à fournir à ses concurrents sur le marché en aval le produit du marché en amont à des prix majorés sans justification objective, ou à diminuer ses prix sur le marché en aval à un niveau en dessous de ses propres coûts, tout en restant globalement bénéficiaire grâce aux revenus générés sur le marché en amont, ou à majorer le prix sur le marché en amont tout en diminuant ses prix sur le marché en aval de façon à entraîner une réduction de la marge de ses concurrents actifs sur le seul marché en aval. Ainsi, ses concurrents ne peuvent pas concurrencer l'entreprise dominante par les prix sur le marché en aval, ou ne peuvent le faire que moyennant des marges réduites ou même négatives, menant sur le long terme à leur disparition.

Les auteurs (R. O'Donoghue et A.Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, pages 309 et ss.) identifient les conditions pour que soit démontrée une pratique de ciseau tarifaire comme suit :

- l'entreprise qui fournit le service sur le marché en aval doit être intégrée verticalement
- le service en question est essentiel au développement de la concurrence sur le marché en aval
- les prix pratiqués par l'entreprise verticalement intégrée par rapport à ce service rendent l'activité d'un concurrent pareillement efficace non profitable
- il n'existe pas de justification objective aux prix pratiqués par l'entreprise intégrée verticalement

**75.** La 1<sup>e</sup> *condition* est remplie. L'EPT est verticalement intégré, puisqu'il fournit aux autres opérateurs les services sur les marchés de gros d'accès aux réseaux, et qu'il opère en même temps sur les marchés de détail de l'accès au réseau et des services de télécommunications envers les clients finals.

L'EPT fait valoir dans ce cadre que les reproches qui lui sont adressés par le groupe Tele2/Tango et l'Inspection de la concurrence n'identifieraient pas à suffisance de droit les marchés en amont et en aval dont l'interaction permettrait de faire produire un effet de ciseau, ce qui exclurait également de pouvoir se prononcer sur son éventuelle domination sur le marché en amont.

Il a toutefois été exposé ci-dessus qu'il est certain que tant les marchés de gros que les marchés de détail des télécommunications sont à considérer dans le cadre des griefs dirigés contre l'EPT. La position de force de l'EPT sur ces différents marchés a également été retenue à cet égard.

La 2<sup>e</sup> condition est aussi remplie. Les services de gros d'accès au réseau, se situant en amont, sont nécessaires pour soutenir en aval le développement durable d'une concurrence effective sur les marchés de détail. Tous les concurrents doivent pouvoir maîtriser les éléments de la chaîne de commercialisation pour pouvoir développer des produits différents ou innovants au profit de la clientèle finale. Le réseau du fil en cuivre est une infrastructure essentielle à cet effet. De nombreux remèdes imposés par l'ILR dans le cadre de ses analyses de marchés tendent à assurer l'accès des opérateurs alternatifs au réseau téléphonique.

C'est par rapport à cette seconde condition qu'il faut écarter, sur base des éléments développés ci-dessus au paragraphe 62, l'argument de l'EPT consistant à soutenir que l'absence de ciseau tarifaire serait démontrée par l'existence de multiples offres groupées introduites par ses concurrents sur le marché.

L'existence de ces offres alternatives n'est pas de nature à démontrer l'absence de ciseau tarifaire, tant qu'il n'est pas démontré que ces offres alternatives, en tant que basées sur l'infrastructure physique de l'EPT, permettent aux opérateurs pareillement efficaces de dégager une marge. Dans tous les cas de figure, leur existence peut aussi bien s'expliquer par la demande émanant des clients, qui amène les opérateurs alternatifs à s'engager également dans ce segment des offres groupées pour s'y positionner, sous peine de perdre des parts de marché.

Pour apprécier les 3<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup> condition, la théorie économique (E. Ehauge et D. Geradin, *Global Competition Law and Economics*, Hart Publishing, pages 418 et ss.) enseigne que pour évaluer une pratique de ciseaux tarifaires, il faut effectuer une comparaison entre d'une part le différentiel entre les prix demandés sur le marché en amont et ceux pratiqués sur le marché en aval par l'entreprise verticalement intégrée et d'autre part les coûts encourus sur le marché en aval par une entreprise aussi efficiente que l'entreprise verticalement intégrée. Si ces coûts sont supérieurs au différentiel résultant de la politique de prix de l'entreprise verticalement intégrée, la pratique de ciseaux tarifaires est confirmée. Ce point soulève cependant aussi la question de savoir dans quelle mesure les prix pratiqués en amont et en aval par l'entreprise verticalement intégrée doivent permettre à ses concurrents sur le marché en aval d'y pratiquer un prix qui non seulement couvre leurs frais, mais leur permet également de réaliser un bénéfice raisonnable (K. Henk-Merten, *Die Kosten-Preisschere im Kartellrecht*, Carl Heymanns Verlag KG, pages 127 et 129).

Certains indices pointent vers l'apparence d'une pratique de ciseaux tarifaires. Il en est ainsi de la pratique de l'EPT consistant d'une part à favoriser sur les marchés de détail le développement de son offre groupée "Integral" en y associant des conditions tarifaires et de contenu du service attrayantes (tel que décrit ci-dessus au paragraphe 66) et d'autre part à former obstacle sur les marchés de gros au développement de nouveaux services à des conditions financières et techniques qui permettraient aux opérateurs alternatifs d'être pareillement efficaces (tel que décrit ci-dessus aux paragraphes 59 à 63) et qui leur permettraient d'introduire sur le marché une concurrence effective par les prix en vue d'attirer un nombre suffisant de clients afin de leur permettre de constituer une base commerciale suffisamment solide pour pouvoir investir dans des alternatives techniques.

Dans le cadre de cette analyse, l'EPT fait valoir, sur base de données confidentielles fournies dans le cadre de sa réponse à la demande de renseignements qui lui avait été adressée par l'Inspection de la concurrence au mois d'août 2006, que son offre "Integral" dégagait à l'époque une marge bénéficiaire de [CONFIDENTIEL]%, qui se chiffrerait actuellement à [CONFIDENTIEL]%, et qui permettrait de couvrir l'ensemble des frais relatifs à la commercialisation.

Cet argument n'est pas décisif. Il faut d'abord relever que le document en question se borne à exposer la méthodologie suivie, sans indiquer les chiffres concrets ayant servi aux calculs. Si on peut admettre que ce n'était pas nécessairement requis dans le cadre de la question qui avait été posée, il faut toutefois retenir dans le présent cadre qu'il n'est pas possible sur base du contenu de ce document de vérifier l'exactitude de l'affirmation de l'EPT quant à l'existence et l'ampleur de sa marge bénéficiaire.

Dans ce cadre, l'EPT soulève encore être tenu d'une obligation d'orientation de ses tarifs vers les coûts, ce qui ne lui permettrait pas de pratiquer un ciseau tarifaire. Si l'argument est pertinent en principe, ce n'est toutefois que sous deux conditions. D'une part, il faut que tous les marchés pertinents en amont soient soumis à l'obligation de tarification en fonction des coûts. Or, tel n'est pas actuellement le cas pour la revente de l'abonnement (pour laquelle l'offre de référence n'a pas encore été approuvée par l'ILR). D'autre part, il faut que la tarification mise en œuvre soit effectivement conforme à l'obligation d'orientation sur les coûts.

Toutefois, tant la vérification du respect de cette dernière obligation que d'une façon générale la vérification du modèle de coûts préconisé dans le cadre de l'examen d'une pratique de ciseau tarifaire dépasse le cadre de ce qui peut être opéré par le Président du Conseil de la concurrence saisi d'une demande de mesures conservatoires, dès lors qu'aucun élément pertinent précis à cet égard n'est fourni par le groupe Tele2/Tango ou l'Inspection de la concurrence.

Il n'y a donc pas lieu de retenir une apparence suffisamment certaine de ciseau tarifaire de nature à permettre l'adoption de mesures conservatoires.

➤ Les prix abusivement bas ou prédateurs

**76.** Les prix abusivement bas ou prédateurs consistent dans le fait pour une entreprise dominante d'appliquer à ses produits des prix de vente ne couvrant pas ses propres

coûts et d'un niveau tel que ses concurrents ne peuvent la concurrencer qu'au sacrifice de marges réduites ou de pertes, menant à terme à leur disparition, créant ainsi les conditions permettant à l'entreprise dominante de rehausser ses prix afin de récupérer les pertes qu'elle a pu subir du fait de sa pratique de prix.

Les développements récents tendent à prendre en considération dans le cadre de l'appréciation de telles pratiques les coûts variables moyens, respectivement les coûts totaux moyens de l'entreprise dominante.

L'appréciation d'une pratique de prix abusivement bas ou prédatrices requiert donc une analyse détaillée de la structure de coût et de la structure tarifaire de l'entreprise dominante. Le seul constat que cette entreprise pratique des prix inférieurs à ceux des concurrents est manifestement insuffisant pour relever l'apparence d'une telle pratique, dès lors que cette réalité peut aussi bien être le fruit d'une meilleure maîtrise des coûts et d'une organisation plus efficiente.

S'il est exact que la possibilité de pratiquer des subventions croisées (tel que relevé ci-dessus au paragraphe 53 et ci-dessous aux paragraphes 81 à 83) facilite la mise en œuvre de prix prédatrices en compensant les pertes subies sur un marché par les bénéfices engrangés sur un autre marché ou en réduisant artificiellement les coûts subis sur un marché, rien en l'état actuel des éléments soumis ne permet cependant d'accréditer la thèse que l'EPT pratiquerait effectivement sur les marchés de détail, sur lesquels il est en concurrence avec d'autres opérateurs, des prix inférieurs à ses coûts. En ce sens, une pratique de prix abusivement bas ou prédatrices n'est pas établie avec un degré de certitude suffisant pour ouvrir le champ à des mesures conservatoires.

#### ➤ Les prix excessifs

**77.** Les prix excessifs sont mis en œuvre par une entreprise dominante lorsqu'elle n'offre un produit ou service qu'à des conditions de prix manifestement exagérées et inévitables, ne présentant plus aucune commune mesure avec les données économique sous-jacentes au marché et à la production, ceci dans le but de défavoriser ses concurrents qui ne peuvent faire autrement que de s'approvisionner auprès d'elle pour le produit ou service en question.

Dans les circonstances de l'espèce, une pratique de prix excessifs ne semble pouvoir être utilement mise en œuvre que sur les marchés de gros sur lesquels les opérateurs alternatifs doivent se fournir en accès aux différentes infrastructures indispensables pour pouvoir opérer sur les marchés de détail.

**78.** Pour certaines prestations sur certains marchés de gros pertinents actuellement soumis à régulation par l'Institut Luxembourgeois de Régulation, l'EPT s'est vu imposer une obligation d'orientation des tarifs sur les coûts sur la base d'un modèle de coût d'un opérateur efficace. Il s'agit des services d'interconnexion, de colocalisation, de sélection/présélection et de dégroupage de la boucle locale.

Du fait de l'existence de cette régulation et de la surveillance afférente exercée par l'Institut Luxembourgeois de Régulation, il faut admettre de prime abord que les tarifs appliqués pour ces services ne produisent pas d'effets anticoncurrentiels

Par ailleurs, aucun élément n'est avancé pour faire valoir que l'EPT pratiquerait des tarifs ne correspondant pas à cette obligation réglementaire, respectivement que les tarifs appliqués dans ces cadres seraient constitutifs de prix excessifs au sens sus-décrié. Il faut donc retenir en l'état l'absence de toute apparence pratique de prix excessifs pour ces services.

**79.** Le même raisonnement ne saurait s'appliquer à l'égard des services qui ne sont pas actuellement soumis à une régulation complète de la part de l'Institut Luxembourgeois de Régulation, à savoir l'offre de débit binaire (*bitstream*) et la revente de l'abonnement.

Si le groupe Tele2/Tango et l'Inspection de la concurrence ne développent aucun argument en termes de prix en ce qui concerne le débit binaire, il faut cependant constater qu'une large partie de la discussion autour de la revente de l'abonnement tourne autour de la question de savoir si les modalités tarifaires proposées par l'EPT sont appropriées, le groupe Tele2/Tango et l'Inspection de la concurrence soutenant que la proposition prenant appui sur un *retail minus* de 12% serait insuffisante pour promouvoir une concurrence suffisante.

Cet argumentaire est soutenu par les derniers développements de l'Institut Luxembourgeois de Régulation, qui a invité l'EPT à lui présenter une proposition différente de celle avancée actuellement.

**80.** Sur base de ces éléments, il est possible de retenir une apparence suffisante d'une pratique de prix excessifs en ce qui concerne la revente de l'abonnement.

➤ Les subventions croisées

**81.** Les subventions croisées consistent dans la pratique pour une entreprise active à la fois sur des marchés dominés et des marchés concurrentiels, soit de couvrir les pertes subies sur le marché concurrentiel du fait d'une pratique de prix agressive par les gains engrangés sur le marché dominé, soit d'appliquer aux transferts internes de produits et/ou services à partir du marché dominé vers le marché concurrentiel des prix ne correspondant pas au coût réel. Les subventions croisées peuvent ainsi être un moyen pour opérer ou cacher des pratiques de prix abusivement bas ou prédatrices.

**82.** Il est reproché à l'EPT de pratiquer des subventions croisées. A cet effet, il est avancé que compte tenu de la multiplicité de ses activités, il soutiendrait certaines activités non rentables en l'état par les bénéfices tirés d'autres activités lucratives, dont le caractère bénéficiaire serait par ailleurs dû pour certaines aux monopoles et privilèges légaux dont il bénéficierait. Dans le même ordre d'idées, il est soutenu que dans la pratique quotidienne, l'EPT tirerait profit de l'existence de ses nombreux points de vente des services postaux et financiers, ainsi que notamment de sa flotte de véhicules affectés aux services postaux pour approcher la clientèle soit activement à

travers le contact quotidien que ses agents entretiennent avec les clients, soit passivement par le biais de la publicité captant l'attention du public.

Dans les chiffres toutefois, la comptabilité séparée des activités de l'EPT ne tiendrait pas compte des frais économiques réels liés à ces transferts et services internes. Face à l'argumentation de l'EPT consistant à expliquer qu'il se voit imposer une comptabilité séparée pour ses activités financières du fait de la réglementation applicable au secteur financier, qu'il se voit par ailleurs imposer par l'Institut Luxembourgeois de Régulation une comptabilité séparée pour ses activités postales et financières d'un côté et ses activités de télécommunication d'autre part, que ses comptes sont vérifiés et certifiés par un auditeur externe et publiés, et que partant il ne saurait y avoir de doute qu'il applique réellement une comptabilité séparée en bonne et due forme, le groupe Tele2/Tango fait valoir que la certification en question n'attesterait que de l'exactitude des comptes par rapport aux exigences comptables développées par les différents cadres réglementaires, mais qu'elle ne porterait pas sur la réalité économique des transferts comptabilisés en interne, seul critère à retenir d'un point de vue du droit de la concurrence pour vérifier l'absence ou la présence de subventions croisées.

**83.** Au-delà de la réunion des conditions qui rendent possible dans le chef de l'EPT des pratiques de subventions croisées, le groupe Tele2/Tango et l'Inspection de la concurrence n'avancent pas de chiffres ou autre démonstration qui établiraient une probabilité, ni a fortiori une suspicion suffisamment forte que tel serait effectivement le cas.

La vérification du reproche formulé par le groupe Tele2/Tango et de son argumentation tenant à la justification économique réelle des transferts comptabilisés au niveau interne requièrent de toute évidence une vérification approfondie de la comptabilité séparée analytique de l'EPT à laquelle le Président du Conseil de la concurrence ne saurait procéder au stade d'une demande de mesures conservatoires. La production des pièces comptables afférentes n'a pas non plus lieu d'être ordonnée par voie de mesures conservatoires, les pouvoirs attribués par la loi à l'Inspection de la concurrence dans le cadre de la conduite des enquêtes étant suffisants pour produire le résultat recherché par le groupe Tele2/Tango au titre de la mesure conservatoire N° 8 développée dans sa note du 10 septembre 2007.

- iii) L'atteinte grave, immédiate et irréparable à l'ordre public économique ou à l'entreprise plaignante

**84.** L'ordre public économique visé par l'article 11 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence doit être compris comme étant l'intérêt de l'économie à voir maintenir ou créer dans un secteur déterminé un état de concurrence saine et efficace entre les entreprises actives sur ce marché et celles qui entendent y pénétrer. Des pratiques qui diminuent la concurrence, ralentissent l'ouverture à la concurrence, faussent le jeu de la concurrence entre opérateurs, dissuadent les consommateurs de contracter avec les concurrents, affaiblissent ou mènent à la disparition de toute pression concurrentielle exercée sur un opérateur dominant peuvent être de nature à causer un tel préjudice à l'ordre public économique.

La notion d'ordre public économique était dans les débats, alors que notamment le groupe Tele2/Tango s'y référait dans sa note du 10 septembre 2007 lorsqu'il évoque l'atteinte portée à « un environnement concurrentiel dans le domaine des offres dites groupées incluant la téléphonie mobile, la téléphonie fixe et l'accès à Internet (et plus tard la télévision numérique) parce que non reproductibles à l'identique par tous les opérateurs actifs sur les marchés en cause, autres que l'EPT » (mise en évidence figurant dans le texte d'origine, page 8). Les parties ont encore été expressément invitées par le Président du Conseil à prendre position sur ce point lors de la réunion du 11 octobre 2007.

Par ailleurs et en tout état de cause, l'ordre public économique relève de l'ordre public qu'il convient en vertu de la loi au Conseil de la concurrence et à son Président à faire respecter sans qu'il ne soit requis à ce qu'ils y soient invités spécialement.

Les intérêts de l'entreprise plaignante à prendre en considération tiennent essentiellement à des données financières qui fragilisent gravement sa situation financière ou mettent en jeu sa survie même, telles que pertes d'exploitation ou pertes financières importantes. Des manques à gagner, réductions du bénéfice, pertes de chiffres d'affaires ou de parts de marché ne doivent être considérés qu'à titre exceptionnel lorsqu'ils menacent la survie de l'entreprise.

Toutefois, il faut tenir compte du fait que le préjudice visé par cette disposition légale est souvent l'aboutissement d'un processus dont les conséquences définitives ne se manifestent qu'à moyen terme, et que dès lors les mesures conservatoires peuvent être ordonnées lorsque le déclenchement du processus à l'origine du préjudice est immédiat et son déroulement irréversible (Conseil de la concurrence France N° 02-MC-03 du 27 février 2002 TPS c/ Canal Plus).

Finalement, le préjudice à prendre en considération dans le cadre d'une demande de mesures conservatoires doit être de telle sorte qu'il ne pourrait pas utilement y être remédié dans le cadre de la décision sur le fond au terme de la procédure administrative.

**85.** L'ordre public économique et les intérêts de l'entreprise plaignante tels que délimités au paragraphe précédent sont parfois de nature à se recouvrir, dans la mesure où la disparition d'une entreprise sur un marché a en règle générale une incidence sur la pression concurrentielle exercée sur les entreprises qui restent dans le marché. Il en est ainsi surtout lorsque le marché en cause soumis à domination présente un degré de concentration élevé, de sorte que toute disparition d'un concurrent aurait pour effet d'augmenter ce degré de concentration.

Cette dernière caractéristique se trouve vérifiée sur les marchés luxembourgeois de détail des télécommunications prenant appui sur un réseau physique. Ceux-ci présentent un degré de concentration élevé : à un nombre très faible d'entreprises actives dans le secteur de la clientèle résidentielle, et un nombre seulement légèrement plus élevé d'entreprises actives dans le secteur de la clientèle non résidentielle mais de taille plus modeste (le détail des entreprises actives sur les différents marchés est énoncé dans les différents documents de consultation publiés par l'ILR dans le cadre des analyses de marché), s'ajoute une domination prononcée de l'EPT sur tous les marchés pertinents (tel que développé aux paragraphes 47 à 51). Dès lors, toute

réduction de la pression concurrentielle par l'affaiblissement ou la disparition d'un concurrent est de nature à modifier fondamentalement et de façon pérenne la structure du marché au détriment d'une concurrence effective.

Le même raisonnement s'applique aussi aux marchés de détail de la téléphonie mobile, avec pour seule différence que la dominance par l'EPT est moins prononcée.

Il faut par ailleurs tenir compte de l'envergure du marché luxembourgeois qui, compte tenu de son étroitesse, rend difficile l'émergence d'un nombre important d'entreprises captant une clientèle suffisante pour générer des économies d'échelle qui leur permettraient de soutenir à long terme les investissements financiers requis pour développer des services autonomes. Dans ces circonstances, il faut admettre que la réduction des parts de marché et des volumes d'affaires traités par un concurrent sur ces marchés peut entraîner des conséquences importantes aussi bien pour les concurrents en question que pour la structure concurrentielle sur les marchés.

Dès lors, compte tenu du fait que la concurrence est le moteur essentiel de l'innovation et de nouveaux développements technologiques et compte tenu du fait que les services de télécommunications présentent un intérêt majeur pour l'économie nationale et les entreprises, la réduction de la pression concurrentielle respectivement l'absence de concurrence effective sur ces marchés que peut induire la disparition d'un concurrent risque en fin de compte de porter atteinte à l'ordre public économique.

- L'atteinte grave, immédiate et irréparable à l'ordre public économique

**86.** L'ensemble des comportements ci-dessus retenus comme étant suffisamment caractérisés en l'espèce pour pouvoir être captés par l'application du droit de la concurrence en général et la prohibition des abus de position dominante en particulier (refus de fourniture portant sur la revente de l'abonnement, ventes liées, prix excessif appliqué à la revente de l'abonnement) peuvent être qualifiés de pratiques d'exclusion qui ont pour objet ou pour effet de tendre à l'exclusion des marchés de concurrents qui sont aussi efficaces que l'opérateur dominant.

L'objet et l'effet de telles pratiques d'exclusion conduit à la réduction de la capacité concurrentielle des entreprises concurrentes et peut entraîner soit la diminution de la pression concurrentielle existante sur le marché, par suite de la diminution des parts de marché des concurrents concernés réduisant d'autant leur marge de manœuvre commerciale ou de la disparition de l'un ou l'autre des concurrents, soit l'empêchement d'un accroissement de la pression concurrentielle.

**87.** En l'espèce, la diminution de la pression concurrentielle peut se produire par suite des pratiques de ventes liées, puisqu'elles ont pour conséquence d'obliger les clients de souscrire le service de connexion au réseau auprès de l'EPT. S'il paraît possible pour le client d'opter parallèlement pour une 2<sup>e</sup> connexion au réseau auprès d'un opérateur alternatif, une telle démarche ne semble guère rationnelle. Les autres opérateurs sont donc exclus du marché de la connexion au réseau pour tous les clients souscrivant le service d'accès Internet à haut débit et/ou de diffusion de contenus auprès de l'EPT.

Cet effet de forclusion des concurrents sur le marché des connexions au réseau risque de se propager par voie d'effet de levier sur les autres marchés de services : le client souscrivant le service d'accès Internet à haut débit et/ou le service de diffusion de contenus doit souscrire le service de connexion au réseau ; la connexion au réseau est nécessaire pour pouvoir utiliser les autres services dépendant d'une connexion à un réseau par fils (notamment la téléphonie fixe) ; l'ensemble de ces services sont compris par l'EPT dans l'offre groupée "Integral" à laquelle il associe de nombreux avantages de nature à inciter les clients par le biais d'un lien commercial à souscrire à cette offre.

Cet effet risque encore d'être amplifié en cas d'inclusion de IPTV dans le package offert par l'EPT. Il résulte en effet des explications fournies et des informations publiquement accessibles que la diffusion de contenus télévisuels et radiophoniques requiert une conception différente du réseau physique, de nature à permettre la transmission plus rapide de données numériques. Il faut dès lors admettre que les clients qui souscrivent à ce service de diffusion de contenus bénéficient à ce titre de conditions techniques améliorées, et ce non seulement pour les besoins de la diffusion de contenus, mais également pour les services d'accès Internet à haut débit ou d'autres services à venir. Par voie de conséquence, les souscripteurs au service de diffusion de contenus bénéficieront d'un service d'accès Internet amélioré, induisant une incitation supplémentaire à souscrire à cette nouvelle offre.

Ainsi, l'effet restrictif de concurrence initialement produit par la vente liée de deux produits peut s'étendre sur tous les marchés de télécommunications inclus dans l'offre "Integral". Le client individuel, contraint de souscrire la connexion au réseau auprès de l'EPT, ne percevra pas l'intérêt qu'il peut y avoir pour lui de maintenir une connexion au réseau auprès d'un opérateur alternatif. Par un effet de balancier, le client souscrivant une connexion au réseau auprès de l'EPT peut d'être tenté de regrouper tous ses services de télécommunications auprès de l'opérateur qui lui fournit la connexion au réseau, partant l'EPT, et à abandonner les services d'accès auprès d'autres opérateurs. Une telle évolution va contribuer à renforcer la position dominante de l'EPT sur tous les marchés regroupés dans son offre "Integral". Cette évolution risque à terme d'affaiblir la situation concurrentielle sur tous les marchés concernés, et ce au détriment en fin de compte des clients finals.

**88.** Les pratiques relevées en rapport avec la revente de l'abonnement (refus de fourniture, prix excessif) pour leur part sont de nature à empêcher l'émergence ou le développement d'une concurrence durable et efficace à l'EPT. Il a été développé dans le cadre des analyses de marché effectuées par l'Institut Luxembourgeois de Régulation et repris ci-dessus au paragraphe 62 que la mise à disposition d'une solution de revente de l'abonnement, sous les conditions techniques et tarifaires à agréer par l'ILR, constitue un remède indispensable dans le contexte de l'économie luxembourgeoise pour assurer le développement d'une concurrence réelle sur les différents marchés d'accès et de services de détail prenant appui sur le réseau constitué par la paire de cuivre.

En empêchant ou retardant la mise en œuvre du remède afférent imposé par l'ILR, l'EPT forclos les marchés en question et empêche l'émergence d'une évolution concurrentielle normale.

**89.** Les structures des marchés en cause risquent d'être affectées de manière durable, sinon définitive, si certaines des pratiques relevées se perpétuent ou sont définitivement mises en œuvre. Si la clientèle finale sur certains des marchés de détail concernés peut être considérée comme volatile en ce sens qu'elle est disposée à aisément changer de fournisseur de services (notamment par exemple dans la téléphonie mobile), il faut cependant retenir que cette caractéristique ne se retrouve pas à l'identique sur tous les marchés. Elle risque par ailleurs de s'amenuiser en cas de souscription à une offre groupée, que le client souscrit en raison des avantages qui y sont associés, de sorte qu'il est moins enclin à changer d'opérateur pour un service individuel, sous peine de perdre les avantages associés à l'offre groupée. Il ne saurait d'ailleurs être contesté que la fidélisation de la clientèle soit un des soucis majeurs des opérateurs de télécommunications, et que la pratique des offres groupées est un des moyens récemment employés pour y parvenir.

Il en résulte que si l'EPT devait mettre en œuvre les pratiques dégagées dans la présente décision en attendant la fin de la procédure administrative d'enquête, il en résulterait un risque majeur de consolidation de ses positions sur les différents marchés au détriment de la structure concurrentielle et des concurrents de l'EPT. En l'absence de mesures conservatoires, le groupe Tele2/Tango et d'autres opérateurs risquent de perdre des clients, risquent d'être empêchés de recueillir de nouveaux clients sur les marchés qui sont en expansion et peuvent se voir contraindre de cesser leurs activités au Luxembourg.

**90.** Cette conclusion s'impose pour les pratiques en relation avec la revente de l'abonnement, puisque cette mesure a été identifiée par l'ILR comme étant nécessaire pour soutenir un développement durable de la concurrence sur les marchés 1 et 2. Les justifications afférentes ont été amplement exposées par l'ILR aux pages 41 et 42 de son document de consultation du mois d'août 2006 relatif aux Marchés 1 et 2 et approuvées par le Conseil de la concurrence dans son avis N° 2006-AV-08 du 14 septembre 2006.

Cette conclusion s'impose encore pour la pratique de la vente liée pour autant qu'elle concerne la diffusion de contenus. L'offre IPTV annoncée par l'EPT s'introduit sur le marché national émergent de la diffusion de contenus sur un réseau physique à laquelle sont associés un certain nombre de services inexistant à l'heure actuelle. Il faut s'attendre, et c'est d'ailleurs là le pari commercial de l'EPT en tant qu'opérateur économique rationnel, que cette offre, qui se situe en dehors des services traditionnels de télécommunications mettant en relation deux ou plusieurs personnes qui veulent directement communiquer entre elles (téléphonie fixe et mobile, certains services associés à l'accès Internet), va rencontrer un succès important auprès du public. Par l'effet démultipliant de l'effet de levier que la vente liée entre service de diffusion et connexion physique peut avoir sur les autres services de télécommunications, la commercialisation de l'offre IPTV comporte un risque majeur de consolidation des positions de l'EPT sur ces autres marchés.

**91.** Il y a donc de fortes indications que les comportements de l'EPT détaillés ci-dessus sont de nature à porter atteinte à l'ordre public économique.

**92.** Il importe ensuite de vérifier si l'acuité de ce raisonnement général n'est pas entamée par les chiffres fournis au cours des débats.

Dans ce cadre, l'incidence du lancement de l'offre IPTV en général et de son inclusion dans l'offre groupée "Integral" ne peut faire l'objet d'une évaluation concrète, à défaut d'avoir été d'ores et déjà offerte au public. Pour ce volet, il y a donc lieu de s'en tenir à l'approche générale décrite ci-dessus, qui permet de retenir avec un degré de certitude suffisant que l'intégration de IPTV dans l'offre groupée "Integral" est de nature à entraîner un effet de levier sur les marchés annexes du fait de la vente liée entre ce service et la connexion physique.

**93.** Le groupe Tele2/Tango a allégué dès le départ que l'introduction de l'offre "Integral" par l'EPT à partir du mois de novembre 2005 aurait entraîné dans son chef une importante perte de clientèle sur la téléphonie fixe et la téléphonie mobile. Il a versé au dossier une enquête qui a été effectuée à sa demande auprès des clients qui ont mis fin à leurs relations commerciales avec les sociétés du groupe Tele2/Tango. Il est expliqué que ces enquêtes ont été effectuées mois par mois depuis le mois de novembre 2005 auprès des clients en question, et que cette étude démontrerait qu'une grande proportion de ces clients aurait décidé d'agir ainsi pour se replier sur l'offre "Integral" de l'EPT. Il serait ainsi établi que la seule existence de cette offre "Integral" entraînerait une importante perte de clientèle dans son chef, ce qui entamerait sa solidité commerciale et financière.

L'EPT conteste ce raisonnement en mettant d'abord en doute la fiabilité de l'enquête elle-même, faute de disposer de l'intégralité des informations concernant la méthodologie suivie pour son exécution. Sur les conclusions à en tirer, l'EPT fait valoir qu'à examiner les chiffres de près, il faudrait constater que la perte de clients due à l'existence de l'offre "Integral" n'aurait pas l'ampleur que tenterait de lui attribuer le groupe Tele2/Tango et ne serait en tout état de cause pas suffisamment caractérisée pour entraîner un risque grave, immédiat et irréparable.

**94.** La méthodologie appliquée par les parties à la procédure pour évaluer l'existence d'une atteinte grave, immédiate et irréparable au sens de la loi consiste à observer les pertes de clientèles souffertes par le groupe Tele2/Tango sur les différents marchés de détails en cause et de vérifier si ces pertes peuvent être attribuées à l'offre "Integral" de l'EPT. Cette approche n'est pas appropriée, dans la mesure où, quant à la cause des variations constatées, elle cherche à imputer les pertes de clients à une offre commerciale qui en tant que telle ne constitue pas un marché à part, ni en soi une violation du droit de la concurrence. En ce sens, il n'y a pas lieu de s'attacher primordialement à la question de savoir si d'éventuelles pertes de clients sont exclusivement dues au transfert de clients causés par l'offre "Integral". Cette approche est d'autre part partiellement inappropriée en ce que, quant aux effets des variations constatées, elle ne s'intéresse qu'à la situation particulière du groupe Tele2/Tango et tend par ce biais à se focaliser sur la question de l'atteinte grave, immédiate et irréparable à l'entreprise plaignante.

Il convient au contraire de faire une appréciation plus générale des différents marchés de détail et d'intégrer le cas échéant dans cette analyse les données relatives à la situation particulière du groupe Tele2/Tango. De ce fait, il n'y a pas lieu de s'attacher aux nombreuses critiques adressées par l'EPT à la pertinence et à l'exactitude de la

méthodologie et des chiffres fournis par les sociétés du groupe Tele2/Tango dans le cadre des enquêtes auprès des clients perdus et dont elles ont déduit les pertes financières dans leur chef afin de justifier de l'existence d'une atteinte à leurs intérêts.

**95. Les marchés de la téléphonie fixe** peuvent être considérés comme étant saturés, tant pour les prestations d'accès que les services (voir Rapport statistique des télécommunications au Luxembourg pour l'année 2006). Ces marchés connaissent donc peu de nouveaux accédants, et la concurrence sur ces marchés se fait essentiellement par le transfert de clients d'un opérateur à un autre.

**96.** Le groupe Tele2/Tango a fait valoir que sur la durée de son enquête de marché, il a perdu par suite de la résiliation du service de sélection/présélection à cause de l'offre "Integral" des lignes dans les proportions reprises dans les deux premières colonnes du tableau ci-dessous. La 3<sup>e</sup> colonne déduit sur base de ces chiffres pour les besoins de la présente décision le nombre total de lignes perdues par le groupe Tele2/Tango, peu importe la cause :

	Lignes perdues à cause de "Integral" : pourcentage du total	Lignes perdues à cause de "Integral" : en valeur absolue	Lignes perdues au total ; en valeur absolue
Second semestre 2005	55%	540	(540/55 x 100=) 982
Premier semestre 2006	65%	1.080	(1.080/65 x 100=) 1.662
Second semestre 2006	65%	1.080	(1.080/65 x 100=) 1.662
Premier semestre 2007	70%	1.140	(1.140/70 x 100=) 1.629
Total		3.840	5.935

L'EPT aborde la même problématique en indiquant en valeur absolue l'évolution des clients CPS du groupe Tele2/Tango entre janvier 2006 et août 2007, soit une diminution de (22.073 – 17.356 =) 4.717 clients (point N° 298 de la note de l'EPT du 8 octobre 2007).

En tenant compte de la même période pour les données fournies par le groupe Tele2/Tango, soit (1662 + 1662 + 1629 =) 4.953 clients, on peut constater que les évaluations chiffrées ne varient pas de façon considérable entre les deux sources.

**97.** L'EPT avance ensuite certains arguments pour contester les conclusions que le groupe Tele2/Tango entend tirer de cette perte de clientèle.

L'EPT souligne d'abord qu'il faudrait relativiser ce chiffre en tenant compte du nombre de lignes dégroupées acquises par le groupe Tele2/Tango (qu'il chiffre pour la période de janvier 2006 à août 2007 à « environ 2.000 lignes » au point N° 338 de sa note du 8 octobre 2007, mais à 3.738 – 489 = 3.249 lignes au point N° 298 de cette note) pour dire que le groupe Tele2/Tango n'aurait perdu que 1.500 clients fixes sur cette période. Dans sa note du 26 octobre 2007, l'EPT réduit la période d'observation aux mois de janvier 2007 à août 2007 pour faire valoir qu'en tenant compte à la fois

des pertes en clients CPS et des gains en lignes dégroupées, le groupe Tele2/Tango accuserait même un gain en nombre de  $(21.094 - 20.708 =)$  386 unités.

Il faut tout s'étonner de ce que l'EPT modifie ainsi l'angle de présentation de ses chiffres pour réorienter le résultat final. En tout état de cause convient-il de respecter des périodes d'observations plus longues pour équilibrer les pics vers le haut ou vers le bas que les évolutions respectives peuvent le cas échéant accuser. En suite, à défaut d'autres précisions, et en tenant compte de l'affirmation qu'il s'agit de « lignes dégroupées permettant la fourniture de téléphonie fixe » (point 299 et point 338 de la note du 8 octobre 2007), il faut admettre que l'EPT se réfère aux lignes pour lesquelles le groupe Tele2/Tango peut offrir l'accès aux clients finals par suite de dégroupage pour avoir relié le ou les connecteurs appropriés. Il ne s'agit donc pas d'autant de clients réels, mais uniquement de clients potentiels, qu'il n'y a pas lieu de déduire en tant que tels du nombre de clients perdus. L'argument de l'EPT doit donc écarté comme reposant sur des chiffres qui ne sont pas pertinents.

L'EPT fait ensuite valoir que le nombre de lignes fixes perdues par le groupe Tele2/Tango n'apporterait qu'une atteinte marginale à l'activité de ce dernier. Il fait ainsi valoir qu'une perte de 2.080 lignes sur l'année 2006 ne représenterait que 9% du nombre total de lignes de 23.562 unités.

Il faut d'abord relever deux erreurs factuelles dans ce raisonnement : d'une part, le nombre de lignes perdues sur l'année 2006 selon le groupe Tele2/Tango s'élève à  $(1.080 + 1.080 =)$  2.160 unités, et non pas à 2.080 unités ; d'autre part, l'EPT avance lui-même au point N° 298 de sa note un nombre de 22.562 clients fixes du groupe Tele2/Tango au mois de janvier 2006, et non pas de 23.562.

Par ailleurs, pour les raisons développés ci-dessus, il y a lieu de tenir compte du chiffre de 22.073 (représentant les seules lignes CPS), et non pas de 22.562 (incluant les lignes CPS et dégroupées). Sur base de ces chiffres rectifiés, la perte due à "Integral" concernerait 9,8% de la clientèle de départ. De toute façon, une perte de la clientèle tant de 9,8% que de 9% doit être considéré comme une perte considérable, dépassant une atteinte marginale. Cette atteinte devient encore plus conséquente lorsqu'on tient compte du nombre total de clients perdus par le groupe Tele2/Tango au cours de l'année 2006, soit 3.324 unités selon le groupe Tele2/Tango et  $(22.073 - 18.251 =)$  3.822 unités selon l'EPT. La perte subie s'élève dans ce cadre à 15%, respectivement 17,3%.

L'EPT souligne finalement qu'il faut mettre cette perte de clientèle en perspective par rapport à l'évolution générale du marché de la téléphonie fixe, qui serait en régression sur un certain nombre de critères d'appréciation. L'EPT fait état dans ce cadre des revenus générés par la téléphonie fixe au niveau européen, du nombre de clients au niveau européen ou dans la région UK/Benelux et du volume des communications au Luxembourg.

Ces références, si elles donnent une idée générale sur les tendances à observer sur ces marchés, ne sont toutefois pas pertinentes dans le cadre de l'examen des chiffres dont question ci-dessus, qui concernent uniquement le marché national luxembourgeois. Or, à cet égard, le rapport statistique des télécommunications au Luxembourg pour l'année 2006 de l'ILR relève une légère augmentation du nombre de lignes d'accès au

réseau téléphonique, passant de 244.500 unités à 246.700 unités au cours de l'année 2006. Il en ressort que l'évolution du nombre de clients en téléphonie fixe du groupe Tele2/Tango va en contresens de celle constatée sur le marché luxembourgeois.

L'ensemble de ces données amènent à considérer comme établi que l'EPT augmente sa part de marché sur la téléphonie fixe au détriment notamment du groupe Tele2/Tango.

**98.** D'un point de vue économique et à long terme, il faut s'attendre à ce que les marchés de service de la téléphonie fixe aillent en déclin, les volumes échangés et les revenus y générés au profit des opérateurs par les abonnements téléphoniques et les communications voix et données étant en voie de diminution. D'après le rapport statistique de l'ILR pour l'année 2006, ce ne sont que différents services, dont notamment l'accès Internet à large bande, qui ont progressé et qui ont permis que le revenu global a pu marquer une légère augmentation en 2006. L'intérêt commercial à se maintenir sur ces marchés ou à les développer semble donc limité au secteur non résidentiel.

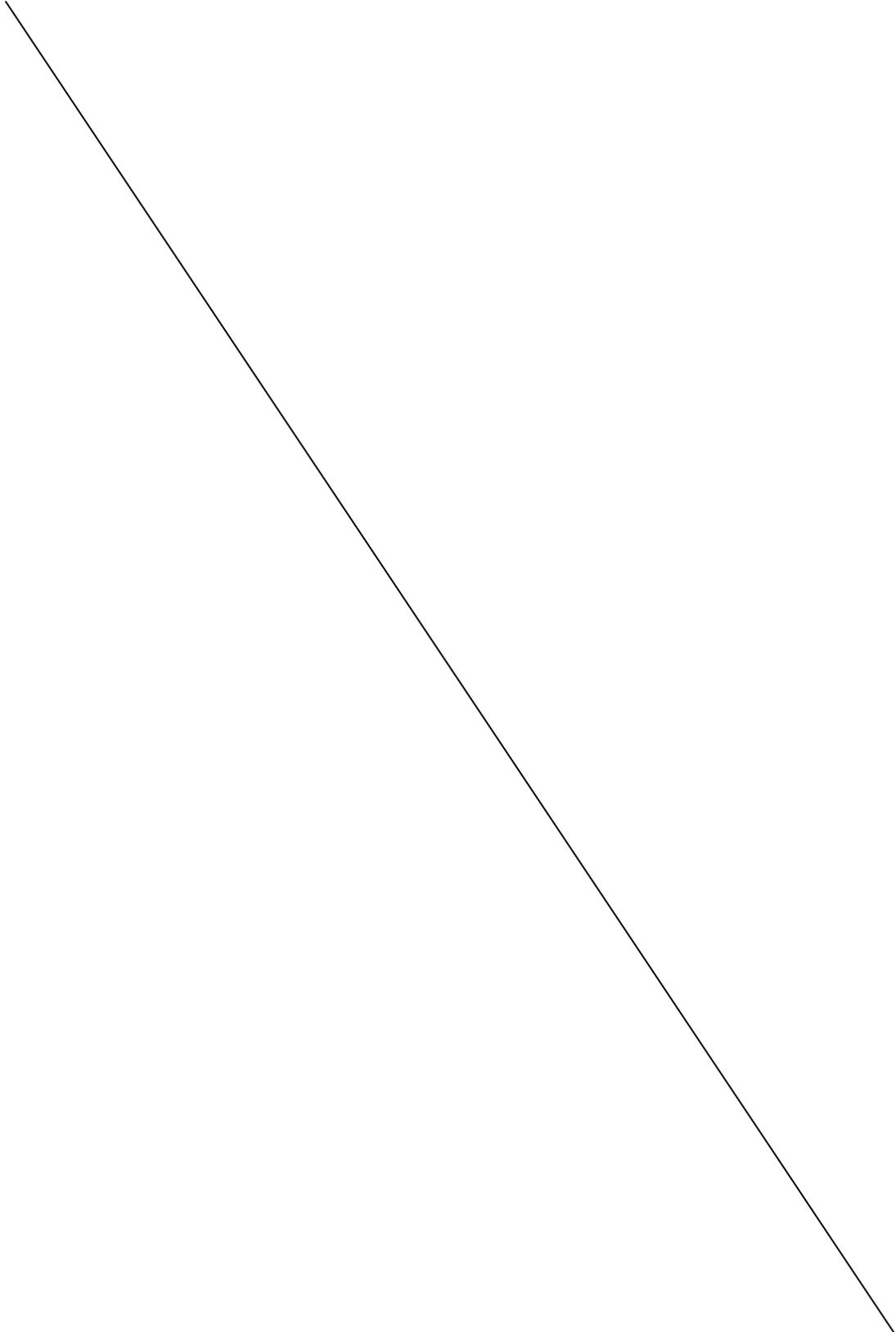
Les marchés d'accès au réseau commuté continuent toutefois à présenter un intérêt commercial majeur pour les opérateurs en raison du fait que ce réseau sert de support physique à l'accès Internet à large bande par le biais de la technique DSL. Or, l'absence d'offre de revente de l'abonnement constitue un frein à la concurrence sur ces marchés, en ce qu'elle entame la capacité concurrentielle des opérateurs dits alternatifs.

**99.** Le marché de la téléphonie mobile peut aussi être considéré comme étant saturé, avec un taux de pénétration au Luxembourg de 171%. Il y a donc là aussi peu d'espace pour la concurrence sur les nouveaux accédants, de sorte que les opérateurs cherchent à attirer de nouveaux clients au détriment direct de leurs concurrents.

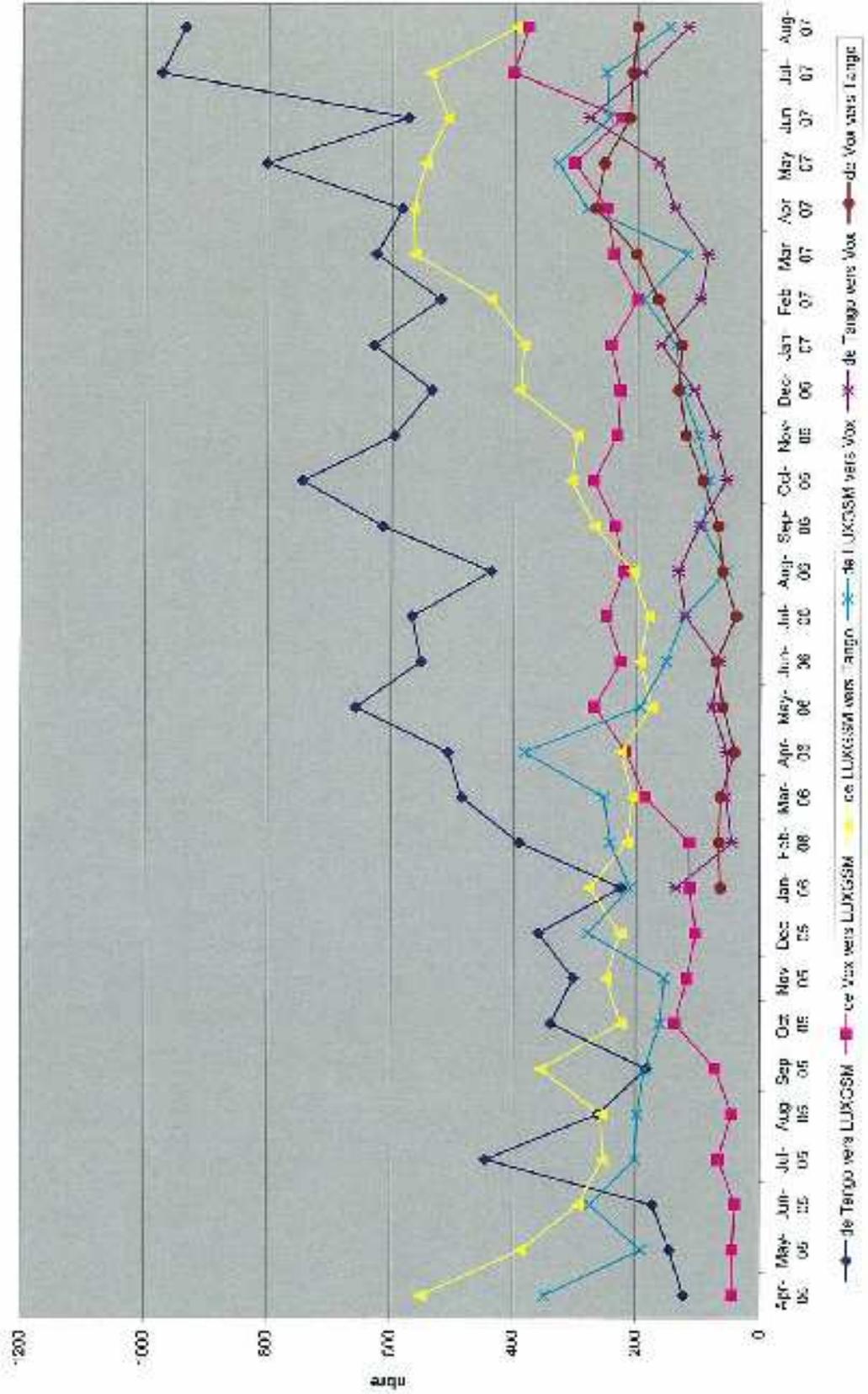
**100.** Le groupe Tele2/Tango a fait valoir que sur la durée de son enquête de marché, il a perdu par suite du portage du numéro mobile à cause de l'offre "Integral" des lignes dans les proportions reprises dans les deux premières colonnes du tableau ci-dessous. La 3<sup>e</sup> colonne déduit sur base de ces chiffres pour les besoins de la présente décision le nombre total de lignes perdues par portage par le groupe Tele2/Tango, peu importe la cause :

	Lignes perdues par portage à cause de "Integral" :		Lignes perdues par portage au total : en valeur absolue
	pourcentage du total	en valeur absolue	
Second semestre 2005	51%	1.140	(1.140/51 x 100=) 2.235
Premier semestre 2006	59%	2.280	(2.280/59 x 100=) 3.864
Second semestre 2006	59%	2.280	(2.280/59 x 100=) 3.864
Premier semestre 2007	63%	2.556	(2.556/63 x 100=) 4.057
Total		8.256	14.020

L'EPT verse aux débats un graphique reprenant les migrations de numéros portés entre les trois opérateurs de téléphonie mobile actifs au Luxembourg prestant le service d'accès, à avoir l'EPT, le groupe Tele2/Tango et l'entreprise Vox. Ce graphique se présente comme suit :



Evolution mensuelle des portages des numéros mobiles



Ce graphique permet de retracer les chiffres approximatifs suivants en ce qui concerne les portages entre respectivement l'EPT et le groupe Tele2/Tango :

	2005		2006		2007	
	EPT vers Tele2/Tango	Tele2/Tango vers EPT	EPT vers Tele2/Tango	Tele2/Tango vers EPT	EPT vers Tele2/Tango	Tele2/Tango vers EPT
Janvier			270	220	380	620
Février			220	390	430	500
Mars			210	480	550	620
Avril			230	500	550	580
Mai			170	650	530	800
Juin			190	550	500	560
Juillet	250	450	180	570		
Août	250	250	200	430		
Septembre	350	190	260	610		
Octobre	230	330	300	750		
Novembre	240	300	290	600		
Décembre	230	350	390	510		
<b>Total</b>	<b>1.550</b>	<b>1.870</b>	<b>2.910</b>	<b>6.260</b>	<b>2.940</b>	<b>3.680</b>

A admettre pour les besoins de la discussion que les données fournies par l'EPT soient exactes, et si on peut constater que le nombre de numéros portés est plus élevé dans les indications fournies par le groupe Tele2/Tango (2.235 contre 1.870 pour le 2<sup>e</sup> semestre 2005 ; 7.728 contre 6.260 pour l'année 2006 ; 4.057 contre 3.860 pour le 1<sup>er</sup> semestre 2007), les différences ne sont cependant pas excessives et peuvent s'expliquer par les marges d'erreur inhérentes à une enquête par échantillons. Il reste en tout état de cause que le nombre de clients ayant porté leur numéro mobile du groupe Tele2/Tango vers l'EPT n'est pas négligeable.

**101.** L'EPT explique qu'il faut mettre en relation les mouvements opérés dans les deux sens, pour constater qu'en fin de compte, le transfert du nombre de clients du groupe Tele2/Tango vers l'EPT est de moindre envergure.

Il est exact qu'en raisonnant sur base du nombre total de clients ayant porté leur numéro, et non pas seulement de ceux qui ont porté leur numéro à cause de l'offre "Integral", il y lieu de tenir compte en contrepartie des clients qui ont porté leur numéro de l'EPT vers le groupe Tele2/Tango, pour constater que la perte subie par le groupe Tele2/Tango en fin de compte est moindre que le chiffre avancé par ce dernier (320 pour le 2<sup>e</sup> semestre 2005 ; 3.350 pour l'année 2006 ; 740 pour le 1<sup>er</sup> semestre 2007).

Il faut toutefois tout autant relever que si en début de période d'observation, les mouvements réciproques tendaient à s'équilibrer, ou même à s'opérer en faveur du groupe Tele2/Tango, cette tendance s'est inversée à partir du début de l'année 2006 pour atteindre un différentiel important tout au long de cette année. Ce n'est qu'en début de l'année 2007 que les deux courbes se sont à nouveau rapprochées, pour ensuite s'écarter à nouveau en faveur de l'EPT.

La même tendance, bien que moins prononcée, peut être constatée dans les rapports entre l'EPT et l'entreprise VOX. Jusqu'au 1<sup>er</sup> trimestre de l'année 2006, les transferts de clients se faisaient en faveur de VOX. Par la suite, la tendance s'est inversée pour se maintenir dans l'autre sens tout au long de l'année 2006 et du début de l'année 2007. Ensuite, les deux courbes se sont rapprochées pour suivre une évolution favorable à VOX, pour ensuite s'orienter à nouveau au profit d'un différentiel nettement en faveur de l'EPT.

Ce graphique permet enfin de retracer les rapports entre le groupe Tele2/Tango et l'entreprise VOX à partir du mois de janvier 2006, pour constater que ces rapports ont suivi une évolution atypique par rapport à ceux impliquant l'EPT, en ce que les deux courbes ont évolué endéans des marges étroites et les différentiels passant régulièrement au profit de l'une ou de l'autre de ces deux entreprises.

Ce graphique permet donc de relever l'existence de transferts continus et en augmentation constante au profit de l'EPT au détriment des deux autres opérateurs. D'un point de vue temporel, cette évolution peut être mise en rapport selon toutes les apparences avec la mise sur le marché de l'offre "Integral" à l'automne 2005.

**102.** Le groupe Tele2/Tango a encore fait valoir que sur la durée de son enquête de marché, il a perdu par suite de la résiliation active du numéro mobile à cause de l'offre "Integral" des lignes dans les proportions reprises dans les deux premières colonnes du tableau ci-dessous. La 3<sup>e</sup> colonne déduit sur base de ces chiffres pour les besoins de la présente décision le nombre total de lignes perdues par résiliation par le groupe Tele2/Tango, peu importe la cause :

	Lignes perdues par résiliation à cause de "Integral" :		Lignes perdues par résiliation au total ; en valeur absolue
	pourcentage du total	en valeur absolue	
Second semestre 2005	35%	240	(240/35 x 100=) 685
Premier semestre 2006	39%	480	(480/39 x 100=) 1.231
Second semestre 2006	39%	480	(480/39 x 100=) 1.231
Premier semestre 2007	40%	540	(540/40 x 100=) 1.350
Total		1.740	4.497

L'EPT ne consacre pas de développements spécifiques à cet aspect.

Par analogie avec les chiffres avancés par le groupe Tele2/Tango en relation avec la téléphonie fixe et le portage de numéros mobiles, on peut admettre que la perte de clients pour cause de résiliation répond à une réalité, même si la perte réelle est inférieure à ce qu'avance le groupe Tele2/Tango.

Il faut toutefois relever qu'aucun élément du dossier ne permet d'affirmer que les clients mobiles qui ont résilié leur abonnement l'auraient fait en raison de l'offre

“Integral” ou se seraient autrement reportés sur les services de l’EPT. Dans un courrier du 15 novembre 2007, le groupe Tele2/Tango relève en effet que contrairement à ses affirmations initiales, son enquête de marché n’a pas porté sur les numéros mobiles résiliés, à défaut de pouvoir entrer en contact avec ces clients. Il n’est donc pas possible en l’état actuel du dossier de mettre ses départs de clients en relation avec un comportement anticoncurrentiel ou tout autre agissement de l’EPT.

**103.** D’un point de vue économique et à long terme, le marché de la téléphonie mobile reste dynamique, les volumes échangés et le chiffre d’affaire étant en progression. Ce marché présente donc un intérêt commercial pour les opérateurs.

**104.** Les marchés liés à Internet suivent une évolution mitigée.

Le marché de l’Internet commuté (à bas débit) est en déclin, tant en ce qui concerne le chiffre d’affaires que le volume du trafic généré par le service d’accès, et est probablement destiné à disparaître à plus ou moins long terme.

Par contre, l’accès Internet à large bande (à haut débit) a connu une progression importante du nombre de raccordements depuis 2003, sans toutefois que ce marché puisse être considéré comme étant saturé ou mature. En effet, bien que connaissant au début de l’année 2007 un taux de pénétration de 21,5% (document de travail de la Commission européenne du 27 juillet 2007), ce marché est selon toutes les prévisions destiné à se développer et à accueillir de nouveaux clients. La stratégie commerciale des entreprises peut donc porter tant sur le transfert de clientèle que sur l’acquisition de nouveaux clients.

L’augmentation du nombre de raccordements Internet à large bande s’est accompagnée d’une augmentation du chiffre d’affaires généré par le service d’accès Internet à large bande. Tant en l’état actuel qu’en considération des services en développement ou à venir, ces marchés liés à Internet à large bande présentent donc un potentiel commercial intéressant pour les opérateurs.

**105.** Le fait que ce marché soit en expansion explique pourquoi ni le groupe Tele2/Tango, ni l’Inspection de la concurrence n’y ont fait état de pertes de clientèle dans le chef du groupe Tele2/Tango.

Le document de travail de la Commission européenne COCOM07-50 FINAL du 15 octobre 2007 sur la situation de l’accès large bande dans l’Union Européenne au 1<sup>er</sup> juillet 2007 retrace en détail l’évolution générale du nombre d’accès à large bande. Une compilation de ces données est reprise ci-dessus au paragraphe N° 47.

Ces chiffres révèlent les tendances suivantes :

- tant le marché global de l’accès Internet à large bande que le nombre d’accès fournis par l’EPT d’une part et les opérateurs alternatifs d’autre part ainsi que les différentes autres formes d’accès ont connu une progression constante en termes d’unités en valeur absolue (à l’exception du dégroupage total qui a accusé une baisse significative en 2005 et du dégroupage partiel qui a connu une baisse légère en 2007).

Il en résulte que ce marché est en expansion.

- la part de marché globale de l'EPT a fortement décru au cours des trois premières périodes (jusqu'à mi-2004) pour ensuite se stabiliser dans une fourchette comprise entre 73% et 78%. Le corollaire a été une augmentation de la part de marché des opérateurs alternatifs au cours de ces périodes pour se stabiliser dans une fourchette située entre 22 et 27%.

Il en résulte que la pression concurrentielle exercée sur l'EPT a produit une forte dynamique au début de la période d'observation, pour s'amenuiser par la suite.

- la part de marché DSL de l'EPT par rapport à l'intégralité des accès à large bande a fortement décru au cours des trois premières périodes pour ensuite se stabiliser dans une fourchette comprise entre 71% et 77%, tandis que les autres formes d'accès offertes par l'EPT n'ont subi qu'une légère régression.

Il en résulte que la pression concurrentielle exercée sur l'EPT a produit sa dynamique uniquement sur l'accès à large bande par DSL, à l'exception des autres formes d'accès offertes par l'EPT.

- pendant la période de stabilisation, la part de marché de l'EPT a présenté les pics les plus élevés au cours de l'année 2005. Ces pics correspondent à la période au cours de laquelle la part du dégroupage total a connu sa part la plus faible, tandis que la part de la revente avait déjà atteint un seuil supérieur à 9%.

Il en résulte que le dégroupage total contribue de façon notable à la pression concurrentielle exercée sur l'EPT.

- la part de marché DSL des opérateurs alternatifs a augmenté au début de la période d'observation pour ensuite se stabiliser dans une fourchette comprise entre 12% et 19%. L'augmentation initiale était due au développement du dégroupage. La part de marché de cette technique a par la suite diminué pour être compensée par le développement de la revente du service LuxDSL de l'EPT.

Il en résulte que si ces deux formes d'accès sont de nature à exercer une pression concurrentielle de la part des opérateurs alternatifs, la revente constitue actuellement la voie prépondérante.

- la part de marché DSL (EPT et autres opérateurs réunis) dans le total des accès à large bande n'a pas subi de variations significatives et a constamment évolué dans une fourchette se situant entre 87% et 92%. La part de marché des autres formes d'accès a varié dans une fourchette comprise entre 8% et 13%.

Il en résulte que les autres formes d'accès n'exercent pas à l'heure actuelle de pression concurrentielle significative sur l'accès à la large bande par DSL.

**106.** Ces chiffres relatifs aux parts de marché respectives peuvent être complétés par des chiffres relatifs à l'évolution des nombres d'accès revenant à l'EPT et aux opérateurs alternatifs. A partir du document de travail de la Commission européenne du 15 octobre 2007, ces évolutions peuvent être retracées comme suit :

progression des accès DSL									
	Total			EPT			Opérateurs alternatifs		
	nombre d'accès	progression totale par rapport à la période précédente		nombre d'accès	quote-part dans la progression totale		nombre d'accès	quote-part dans la progression totale	
		en valeur	en %		en valeur	en %		en valeur	en %
janvier 2003	6858			6562			296		
juillet 2003	8960	2102	30,65%	8308	1746	83,06%	652	356	16,94%
janvier 2004	13860	4900	54,69%	12281	3973	81,08%	1579	927	18,92%
juillet 2004	22128	8268	59,65%	18101	5820	70,39%	4027	2448	29,61%
janvier 2005	32607	10479	47,36%	27906	9805	93,57%	4701	674	6,43%
juillet 2005	47048	14441	44,29%	40657	12751	88,30%	6391	1690	11,70%
janvier 2006	63132	16084	34,19%	52402	11745	73,02%	10730	4339	26,98%
juillet 2006	71870	8738	13,84%	57875	5473	62,63%	13995	3265	37,37%
janvier 2007	89710	17840	24,82%	72170	14295	80,13%	17540	3545	19,87%
juillet 2007	102632	12922	14,40%	81326	9156	70,86%	21306	3766	29,14%

Ce tableau révèle que l'EPT a su capter sur toutes les périodes la majeure partie des nouveaux clients accédant à une connexion DSL. En moyenne sur l'intégralité des 4 années sous examen, l'EPT a capté plus de 78% des nouveaux clients. Le surplus se partage entre les autres opérateurs actifs sur le marché. Ces autres opérateurs actifs sur la paire de cuivre sont actuellement au nombre de six<sup>3</sup>.

**107.** Dans une analyse économique, il faut admettre que dans un marché pleinement concurrentiel, toute expansion de ce marché se répartit en proportions plus ou moins égales entre les opérateurs actifs sur le marché, sans égard à leurs parts de marché respectives avant que ne se produise l'expansion du marché. Or, l'inverse s'est produit en l'espèce sur le marché de l'accès Internet à large bande, dans la mesure où l'EPT n'a pas acquis sur les différentes périodes entre 1/4 (25%) et 1/7<sup>e</sup> (14,28%) (en fonction des opérateurs effectivement actifs) des nouveaux clients, mais entre 62,63% au minimum et 93,57% au maximum des nouveaux clients.

Si des différences entre une répartition équilibrée et la répartition réelle peuvent trouver à s'expliquer lorsque les concurrents sont confrontés à des limitations de capacité endogènes ou lorsque les concurrents ont adopté une stratégie d'entreprise ne visant pas à participer à l'expansion du marché, ces caractéristiques ne sont pas données en l'espèce. Les concurrents de l'EPT ne se trouvent en effet pas confrontés à des limitations de capacité, sauf le cas échéant celles résultant des pratiques restrictives de l'EPT. Les perspectives d'avenir et la fréquence des nouveaux entrants indiquent d'autre part que les entreprises concurrentes entendent se positionner sur ce marché pour tirer profit de ses potentialités.

Si des différences entre une répartition équilibrée et la répartition réelle peuvent encore trouver leur origine dans la renommée de l'un ou l'autre acteur actif sur le marché, et qu'on peut admettre que l'EPT du fait de son implantation historique bénéficie d'une renommée supérieure à celle de ses concurrents, cet élément ne peut toutefois justifier à ce que cette entreprise acquiert entre plus du double et plus du

<sup>3</sup> Aux opérateurs recensés par l'ILR lors de ses analyses de marché, Tele2/Tango, Luxembourg On Line et Cegecom, se sont ajoutés depuis Vox, Visual On Line et CrossComm.

sextuple des nouveaux clients par rapport à ceux qui devraient lui revenir dans des conditions de marché normales.

L'ensemble de ces considérations amènent à confirmer une stabilisation de la position de l'EPT au détriment de celles de ces concurrents actifs sur le marché.

**108.** L'ensemble de ces éléments permettent de caractériser un risque réel d'atteinte à l'intérêt public économique à travers une fragilisation croissante des positions des concurrents de l'opérateur dominant et une diminution corrélative de la pression concurrentielle sur les marchés en cause. Il convient d'y remédier à travers l'adoption de mesures conservatoires appropriées.

- L'atteinte grave, immédiate et irréparable à l'entreprise plaignante

**109.** Il convient de relever que les documents versés par le groupe Tele2/Tango en rapport avec l'analyse des causes qui auraient amené les clients à cesser leurs relations avec les entreprises de ce groupe ne permettent pas de caractériser dans leur chef une atteinte à leurs intérêts au sens de la loi.

Ces documents se révèlent à l'analyse détaillé être trop confus pour permettre d'en tirer des conclusions définitives. Il convient de relever brièvement les points essentiels à cet égard, qui ont été pointés pour partie par les contestations produites par l'EPT.

A sa note initiale du 10 septembre 2007, le groupe Tele2/Tango a joint sur ce point les annexes 7 à 10.

L'annexe 7 est un courrier émanant de la société chargée d'effectuer l'enquête qui explique en termes généraux la méthodologie suivie : parmi les clients ayant au cours de la semaine précédente porté leur numéro mobile (1<sup>er</sup> aspect), résilié leur numéro de téléphonie mobile (2<sup>e</sup> aspect), résilié leur service de présélection (3<sup>e</sup> aspect) ou résilié leur service ADSL (4<sup>e</sup> aspect), un échantillon de 10% est choisi au hasard pour les interroger sur les motifs de ces résiliations (1<sup>e</sup> question), les offres sur lesquelles ils se sont reportées (2<sup>e</sup> question) et les canaux par lesquels ils ont eu connaissance de ces offres concurrentes (3<sup>e</sup> question). Dans la mesure où ce courrier ne distingue pas, on peut admettre que l'échantillon est pris globalement parmi tous les clients ayant résilié leurs services auprès du groupe Tele2/Tango, sans sous-distinction entre les différents services concernés. Une telle conclusion est cependant contredite par les autres pièces du dossier, qui font la distinction entre différents services.

L'annexe 8 indique en couverture qu'elle ne concerne que les causes du portage des numéros de téléphonie mobile, à l'exclusion des autres services. Pour certains des mois de novembre 2005 à octobre 2006, les tableaux indiquent la taille de l'échantillon interrogé et leur répartition en fonction des réponses à la 1<sup>e</sup> question, c'est-à-dire les motifs qui ont conduit à la résiliation des services. D'après ces chiffres, un pourcentage variable situé entre 39% et 82% des clients auraient résilié les services en raison de l'offre "Integral". Pour la période subséquente des mois de novembre 2006 à août 2007, cette annexe n'indique plus les raisons qui ont occasionné la résiliation des services, mais uniquement l'échantillon des clients interrogés et les réponses à la 2<sup>e</sup> question, à savoir les offres sur lesquelles s'est porté

le choix de ces clients. Les données sur cette 2<sup>e</sup> période permettent donc seulement de constater le résultat des mutations, sans pouvoir cerner les motifs qui ont causé les changements.

L'annexe 9, si elle commence par réaffirmer que les enquêtes concernent les résiliations des quatre aspects, se limite toutefois par la suite à développer des chiffres concernant les trois premiers aspects (portage du numéro mobile, résiliation active du numéro mobile, résiliation de la présélection). A partir de pourcentages de résiliations dues à l'offre "Integral", établis semestre par semestre, de façon séparée pour chacun de ces trois aspects, appliqués à des chiffres indéterminés, cette annexe déduit les nombres de lignes perdues en raison de l'offre "Integral".

L'annexe 10 finalement, à partir du nombre de lignes perdues dégagées dans l'annexe 9, et par application d'un revenu mensuel moyen par client perdu et d'un taux de Churn donné, procède au calcul des pertes de revenus causées dans son chef en raison des départs de clients causées par l'offre "Integral".

Dans des explications additionnelles du 22 octobre 2007, le groupe Tele2/Tango réaffirme les trois questions qui auraient été posées aux clients, en précisant à cet endroit que les enquêtes concernaient « Porting & Preselection », i.e. les aspects 1 (portage du numéro mobile) et 3 (annulation de la présélection). L'énoncé détaillé des questions fait cependant référence uniquement au portage du numéro mobile.

Les données chiffrées indiquées par la suite, pour la seule période de novembre 2006 à août 2007, portent en intitulé les mentions « Reasons » pour une première série de chiffres et « CPS » pour une 2<sup>e</sup> série de chiffres. Le groupe Tele2/Tango explique dans la lettre d'accompagnement que la 1<sup>e</sup> série de chiffres contient les résultats pour le portage des numéros mobiles, et que la 2<sup>e</sup> série de chiffres contient les résultats pour la résiliation du CPS.

La lecture attentive de ces pièces peut toutefois amener à considérer qu'il faille admettre que ces données indiquent dans un 1<sup>er</sup> temps les raisons qui ont poussé les clients à cesser leur relation avec le groupe Tele2/Tango (et se rapporteraient donc à la 1<sup>e</sup> question), en faisant la distinction entre l'hypothèse d'une meilleure offre et d'autres raisons, sans qu'il n'en résulte toutefois à quel service ces chiffres se rapportent, et qu'ils indiquent dans un 2<sup>e</sup> temps l'entreprise concurrente sur laquelle les clients se sont reportés (et se rapporteraient donc à la 2<sup>e</sup> question), en faisant la distinction entre l'EPT et les autres concurrents, et ce par rapport aux seuls clients ayant résilié leur service CPS. Tous ces chiffres sont tenus en pourcentages, à l'exclusion de toute indication quantitative.

Dans d'autres explications fournies en date du 15 novembre 2007, le groupe Tele2/Tango semble admettre cette dernière lecture en affirmant avoir fourni « en date du 22 octobre 2007 des tableaux pour les clients CPS ». Ce courrier reste toutefois ambigu sur ce point, puisqu'il continue à affirmer par ailleurs que la 1<sup>e</sup> série de chiffres concerne la téléphonie mobile.

Ce courrier clarifie par ailleurs que l'enquête a connu deux périodes distinctes. De novembre 2005 à octobre 2006, l'enquête contenait les trois questions susmentionnées (les motifs de ces résiliations (1<sup>e</sup> question), les offres sur lesquelles ils se sont

reportées (2<sup>e</sup> question) et les canaux par lesquels ils ont eu connaissance de ces offres concurrentes (3<sup>e</sup> question)), les 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> questions étant posées seulement à ceux qui avaient répondu à la 1<sup>e</sup> question être partis à cause d'une meilleure offre. De novembre 2006 à août 2007, l'enquête ne contenait plus que deux questions ((les motifs de ces résiliations (1<sup>e</sup> question), les offres sur lesquelles ils se sont reportées (2<sup>e</sup> question)), la 2<sup>e</sup> question étant posée à tous les interrogés.

Ce courrier indique encore que contrairement aux affirmations initiales selon lesquelles l'enquête portait sur le portage du numéro mobile, la résiliation du numéro mobile, la résiliation du service CPS et la résiliation du service ADSL, l'enquête n'a pas inclus les clients ayant résilié leur abonnement de téléphonie mobile, au motif que le groupe Tele2/Tango ne disposait d'aucun moyen pour entrer en contact avec ces clients suite à leur départ.

Le groupe Tele2/Tango fait valoir par rapport à cet aspect que les chiffres portant sur la perte de clients mobiles par résiliation iraient certainement dans le même sens que ceux portant sur la perte de clients mobiles par portage ou de clients fixes par résiliation du CPS. Il relève encore que ces chiffres ne concernent que les clients perdus, et feraient abstraction des clients nouveaux qu'il n'aurait pas pu capter en raison de l'offre attractive de l'EPT.

Compte tenu des explications divergentes et parfois contradictoires données par le groupe Tele2/Tango, et qui n'ont pas été clarifiées au cours des débats et échanges de courriers, l'ensemble de ces données ne peuvent pas être pris en considération pour se prononcer sur l'existence réelle d'une atteinte grave, immédiate et irréparable aux entreprises du groupe Tele2/Tango. Une telle atteinte n'est donc pas caractérisée en l'état actuel du dossier.

c) Les conditions légales relatives au contenu des mesures conservatoires

**110.** Il faut vérifier pour chaque mesure conservatoire sollicitée si elle est de nature conservatoire et proportionnée. Pour les besoins de cet examen, il est tenu compte des demandes plus étendues présentées par le groupe Tele2/Tango dans sa note du 10 septembre 2007, pour être complétées en cas de besoin par les demandes présentées par l'Inspection de la concurrence le 16 août 2007. Les huit premiers points y énoncés peuvent être regroupés dans les catégories de mesures originaires définies par l'Inspection de la concurrence, telles qu'exposées ci-dessus sous la rubrique « Les griefs et les mesures sollicitées ». Le neuvième point apporte un élément procédural nouveau au débat qu'il faut examiner à part. Pour les besoins de la présente décision, il y a lieu de se limiter en l'état actuel aux seules mesures qui ont été expressément demandées

i) La commercialisation du produit "Integral"

Point N° 1 :

« Le retrait immédiat de l'offre "Integral" par l'EPT. TELE2/TANGO demandent à ce que le Président du Conseil de la concurrence enjoigne l'EPT à suspendre la commercialisation de son offre "Integral", auprès de nouveaux clients, jusqu'à une

décision au fond du Conseil de la concurrence, sinon jusqu'à la mise en place effective des conditions de concurrence permettant à TELE2/TANGO de proposer, s'ils le souhaitent des offres alternatives comparables »

Point N° 2 :

« TELE2/TANGO demandent à ce que le Président du Conseil de la concurrence enjoigne l'EPT *pour les contrats en cours*, de proposer, dans le délai de deux mois à compter de la date de la notification de la décision à venir du Président du Conseil de la concurrence, de nouvelles offres découplées. Ces nouvelles informations doivent être accompagnées d'une information sur la décision du Président du Conseil de la concurrence »

Point N° 3 :

« TELE2/TANGO demandent à ce que le Président du Conseil de la concurrence enjoigne l'EPT de suspendre sur tous supports, y compris les procédés de « marketing direct », l'ensemble de la publicité et de promotion relative à son offre "Integral" jusqu'à une décision au fond du Conseil de la concurrence, sinon jusqu'à la mise en place effective des conditions de concurrence permettant à TELE2/TANGO de proposer, s'ils le souhaitent, des offres alternatives comparables »

**111.** Par ces mesures, le groupe Tele2/Tango demande en substance :

- à voir cesser la conclusion de nouveaux contrats portant sur l'offre "Integral"
- à voir imposer la fin de la fourniture de services groupés aux clients de l'EPT ayant déjà souscrit à l'offre "Integral"
- à voir cesser toute publicité généralement quelconque pour "Integral" à quelque endroit que ce soit

Il faut admettre que par la référence à la mise en place effective des conditions de concurrence permettant de proposer des offres alternatives, le groupe Tele2/Tango se réfère notamment à la mise en place d'un mécanisme de revente de l'abonnement reposant sur une tarification *retail minus 20%*.

**112.** Il a toutefois été relevé ci-dessus pour les besoins de la présente procédure que l'offre commerciale "Integral" en tant que telle ne constitue pas un comportement anticoncurrentiel dans le chef de l'EPT. D'autre part, les offres groupées ont pénétré le marché et sont actuellement offertes, en compositions variables, par pratiquement tous les opérateurs de télécommunications.

Les mesures sollicitées par le groupe Tele2/Tango empêcheraient l'EPT de concurrencer les autres opérateurs sur ces produits et doivent dès lors être considérées comme étant disproportionnées.

A noter en fin de compte que ce volet des demandes du groupe Tele2/Tango est en contradiction avec l'affirmation contenue dans la demande de l'Inspection de la concurrence du 16 août 2007 selon laquelle « Tele2Tango ne met pas non plus en cause le package *Integral* en tant que tel » (point 55).

- ii) La séparation commerciale des activités postales et des activités relevant du secteur des télécommunications

Point N° 4 :

« TELE2/TANGO demandent à ce que le Président du Conseil de la concurrence enjoigne l'EPT de suspendre sur toute prestation de service et toute commercialisation des produits relatives aux télécommunications dans les points de vente de l'EPT associant des prestations et ventes de services financiers et/ou postaux de l'EPT jusqu'à une décision au fond du Conseil de la concurrence permettant à TELE2/TANGO de proposer, s'ils le souhaitent, des offres alternatives comparables »

Point N° 5 :

« Il est également demandé à ce que le Président du Conseil de la concurrence enjoigne l'EPT de suspendre l'ensemble de la publicité et de promotion relative à son offre "Integral" et/ou aux services de télécommunications dans les points de vente de l'EPT, associant des prestations et ventes de services financiers et/ou postaux de l'EPT »

- 113.** Par ces mesures, le groupe Tele2/Tango demande en substance
- à voir cesser toute publicité généralement quelconque pour des services de télécommunications (y compris "Integral") dans les locaux commerciaux affectés aux services postaux et financiers
  - à voir cesser toute commercialisation de services de télécommunications (y compris "Integral") dans les locaux commerciaux affectés aux services postaux et financiers

**114.** Il a toutefois été relevé ci-dessus que la disponibilité de ce réseau de commercialisation, respectivement le refus d'y donner accès aux concurrents, ne peut être retenu en l'état comme constituant dans le chef de l'EPT un comportement anticoncurrentiel. Faire droit à la demande du groupe Tele2/Tango reviendrait par ailleurs à interdire à l'EPT de se servir d'un outil commercial dont il facture, jusqu'à preuve du contraire, le coût en interne. De telles mesures contraindraient encore l'EPT d'opérer des investissements financiers non négligeables dans l'aménagement de nouveaux locaux.

- iii) L'intégration de IPTV dans le paquet "Integral"

Point N° 6 :

« TELE2/TANGO demandent à ce que le Président du Conseil de la concurrence interdise à l'EPT d'intégrer l'IPTV et tous autres produits à venir dans son offre "Integral" jusqu'à une décision au fond du Conseil de la concurrence permettant à TELE2/TANGO de proposer, s'ils le souhaitent, des offres alternatives comparables »

**115.** L'intégration d'IPTV dans l'offre "Integral" a été caractérisée ci-dessus comme étant de nature à constituer une pratique abusive de couplage pour autant que les concurrents de l'EPT n'étaient pas en mesure de techniquement répliquer une offre commercialement et financièrement concurrentielle.

Compte tenu des conséquences sur les structures futures du marché de la diffusion qu'une telle pratique peut engendrer, puisqu'elle permettrait à l'EPT d'acquérir une part de marché substantielle avant même que ses concurrents ne puissent réagir, et dans la mesure où il serait difficile sinon impossible de revenir par la suite sur l'attribution de ces parts de marché à l'EPT, l'interdiction de cette intégration constitue une mesure proportionnée au problème concurrentiel relevé.

Il y a encore urgence à adopter une mesure à cet égard, compte tenu de la mise sur le marché imminente du service IPTV. Il convient d'éviter dès l'ingrès une orientation anticoncurrentielle des paramètres du marché.

Cette décision est proportionnée, car elle n'affecte pas la possibilité pour l'EPT de commercialiser IPTV de façon isolée en dehors de l'offre "Integral".

**116.** Compte tenu des particularités du produit IPTV, la mesure à adopter ne peut être étendue de façon générale à tout autre produit à venir, qui devra le cas échéant faire l'objet d'une appréciation à part. Il n'y a cependant pas lieu de limiter la mesure à adopter au produit "Integral", mais de l'étendre à toute autre offre groupée que l'EPT pourrait développer et introduire sur le marché.

**117.** Par ailleurs, il n'est pas certain qu'une décision au fond du Conseil de la concurrence soit la seule issue de nature à permettre aux concurrents d'agir sur ce marché. D'autres événements, tel que par exemple une décision à intervenir de la part de l'Institut Luxembourgeois de Régulation, peuvent aussi agir à ce niveau. Il y a donc lieu de moduler la durée des effets de l'injonction à intervenir en fonction de cette circonstance.

#### iv) La revente de l'abonnement

Point N° 7 :

« TELE2/TANGO demandent à ce que le Président du Conseil de la concurrence enjoigne l'EPT de présenter sous quinzaine une offre WRL conforme aux prescriptions de l'ILR sur le 20 % de *retail minus* et contenant des modalités de nature à permettre une mise en place effective des conditions de concurrence et mettant à TELE2/TANGO en position de proposer, s'ils le souhaitent, des offres alternatives comparables »

**118.** Ce volet de la demande intervient au niveau des relations entre l'action de l'autorité de régulation et l'autorité de concurrence. Une mesure tendant à imposer à un opérateur de présenter une offre de revente comportant des modalités financières et/ou commerciales précises relève d'une intervention sur les structures du marché qui échappe aux pouvoirs du Président du Conseil de la concurrence dans le cadre des mesures conservatoires. Il s'agit d'une mesure de régulation, relevant de la compétence de l'autorité de régulation, partant de l'ILR. Ce dernier a d'ores et déjà adopté une décision en ce sens (Décision 07/105/ILR du 2 février 2007).

Cette décision de l'ILR est destinée à instaurer les conditions requises au développement d'une concurrence saine et efficace sur le marché en cause. Le

comportement de l'entreprise visée consistant à ne pas mettre effectivement en œuvre cette décision de l'autorité de régulation est par voie de conséquence de nature à former obstacle à un tel développement et relève dès lors des fonctions du Conseil de la concurrence et de son Président. Ce dernier peut donc mettre en œuvre les pouvoirs qui lui sont dévolus par la loi pour participer à la mise en œuvre effective et efficace de la mesure ordonnée par l'Institut Luxembourgeois de Régulation.

La mesure à prendre dans la présente décision en vue d'appuyer la mise en œuvre effective de la décision antérieurement adoptée par l'ILR consistant à imposer à l'EPT une obligation de revente de l'abonnement est justifiée par la nécessité d'assurer sur le marché pertinent les conditions nécessaires au développement de produits et services concurrents et concurrentiels au niveau inférieur de l'échelle des investissements. Elle est proportionnée au besoin qui s'est fait ressentir d'offrir aux opérateurs concurrents un élément de commercialisation complémentaire au niveau inférieur de l'échelle des investissements, puisqu'elle n'entame pas la liberté d'action de l'EPT et ne procure pas à ses concurrents un avantage indu. En prenant appui sur une décision préexistante, elle est à la fois conservatoire et proportionnée.

Il y a urgence à adopter une mesure à cet égard d'une part en raison de la nécessité qui se fait sentir face aux évolutions du marché à permettre aux opérateurs alternatifs à agir par ce biais et d'autre part en raison du retard pris à la mise en œuvre effective de la décision de l'ILR du mois de février 2007.

**119.** Il convient dès lors d'adopter une mesure qui contraigne l'EPT à se conformer à la décision 07/105/ILR du 2 février 2007. Les obligations pertinentes imposées sur le marché de gros à prendre en considération à cet égard sont :

- au titre de l'obligation de transparence (article 4, point 3) :
  - « a) de publier une offre de référence de revente de l'abonnement téléphonique contenant des conditions contractuelles minimales ainsi que les prestations techniques et tarifaires. Cette offre doit être suffisamment précise pour que le bénéficiaire n'ait pas à payer pour des éléments ou des ressources de réseau qui ne sont pas nécessaires pour la fourniture de ces services. Une première offre de référence doit être publiée et soumise à l'Institut endéans les 30 jours de la publication de la présente décision. Cette offre ainsi que ses modifications subséquentes sont soumises à approbation préalable de l'Institut qui prendra sa décision après une consultation publique. L'offre doit contenir un contrat standard à l'intention de l'opérateur alternatif. Le contenu minimum de cette offre de référence est détaillé dans l'annexe à la présente décision qui fait partie intégrante de la présente décision; »
- au titre du contrôle des prix et des obligations relatives au système de comptabilisation des coûts (article 4, point 5) :
  - « c) d'appliquer comme tarifs liés à la revente de l'abonnement le tarif applicable pour un utilisateur final abaissé de 20% jusqu'à l'approbation par l'Institut des tarifs orientés vers les coûts et du modèle des coûts. »

v) La séparation comptable

Point N° 8 :

« Sur la séparation comptable : TELE2/TANGO demandent à ce que le Président du Conseil de la concurrence enjoigne l'EPT de lui soumettre les preuves de l'existence d'une séparation comptable de la part de l'EPT, la méthode de dissociation choisie et les preuves de sa mise en œuvre »

L'Inspection de la concurrence pour sa part a proposé dans sa demande du 16 août 2007 d'exiger la séparation comptable de la part de l'EPT.

**120.** L'existence ou l'inexistence d'une comptabilité séparée n'a pas été identifiée dans le cadre de la présente décision comme étant constitutif d'une pratique anticoncurrentielle. Les mesures suggérées ne sont donc pas aptes à remédier à un quelconque problème concurrentiel.

Par ailleurs, la demande de l'Inspection de la concurrence est en soi sans objet, dans la mesure où la tenue d'une comptabilité séparée est d'ores et déjà imposée à l'EPT par les décisions successives adoptées par l'ILR. Elle dépasserait encore par son envergure ce qui est dans les pouvoirs du Président du Conseil de la concurrence dans le cadre d'une demande de mesures conservatoires.

La demande telle que formulée par le groupe Tele2/Tango revient à vérifier l'existence réelle d'une comptabilité séparée et de son adéquation économique. Elle relève en tant que telle des mesures d'enquête à diligenter dans le cadre de la procédure au fond et des conclusions à en tirer le cas échéant par une décision à intervenir sur le fond. L'Inspection de la concurrence dispose de par la loi des pouvoirs nécessaires à cet effet, sans qu'il ne faille recourir à une injonction de la part du Président du Conseil de la concurrence dans le cadre d'une demande de mesures conservatoires. Lors des auditions, l'EPT a par ailleurs marqué son accord à mettre tous les documents afférents à disposition de l'Inspection de la concurrence, sous réserve de confidentialité. Cette demande est donc en définitive aussi sans objet.

vi) Les astreintes

Point N° 9 :

« TELE2/TANGO demandent à ce que le Président du Conseil de la concurrence assortit chaque mesure conservatoire ordonnée par lui-même un délai de quinze jours et d'une astreinte »

**121.** Les astreintes ne constituent pas des mesures conservatoires au sens de la loi, mais un moyen de pression pour assurer le respect des mesures conservatoires adoptées au regard des violations de la loi qui ont pu être relevées. De telles astreintes ne peuvent donc être ordonnées au titre de mesures conservatoires par le Président du Conseil de la concurrence.

Par ailleurs, l'article 20 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence attribue compétence au Conseil de la concurrence, siégeant en formation collégiale, pour imposer aux entreprises des astreintes pour les contraindre à respecter une décision ordonnant des mesures conservatoires prises en application de l'article 11. Des astreintes ne peuvent donc pas non plus être ordonnées à ce titre par le Président du Conseil de la concurrence seul.

Il y a lieu de transmettre le dossier au Conseil de la concurrence en formation collégiale pour décider de cette demande du groupe Tele2/Tango.

a adopté la présente décision

*Article 1<sup>er</sup> :*

**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.**

*Article 3 :*

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

Ainsi décidé à Luxembourg en date du 22 janvier 2008.

(signé)  
Thierry HOSCHEIT  
Président

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.