

Projet de règlement ILR/T20/XX portant sur la définition du marché pertinent de la fourniture en gros d'accès de haute qualité en position déterminée (marché 4/2014), l'identification de l'opérateur puissant sur ce marché et les obligations lui imposées à ce titre

Avis du Conseil de la concurrence

N°2020-AV-03

(15.07.2020)

1. Contexte général

Par courrier du 15 juin 2020, l'Institut Luxembourgeois de Régulation (ci-après : « ILR ») a saisi le Conseil de la concurrence (ci-après : le « Conseil ») du projet de règlement susmentionné.

Selon l'article 76 (2) de la loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques (ci-après : « la loi de 2011 »), un accord préalable de l'autorité chargée de l'application du droit de la concurrence, c'est-à-dire du Conseil de la concurrence, est requis avant l'adoption par l'ILR de mesures affectant le marché.

En cas d'opposition à la mesure envisagée, l'ILR renonce à cette mesure, à condition que l'opposition se fonde uniquement sur le droit de la concurrence.

Le Conseil, conformément à ce cadre légal et fidèle à sa vocation, se limitera dans ses commentaires aux aspects ayant trait au droit de la concurrence et aux objectifs de la politique de la concurrence.

2. Contexte réglementaire

Selon l'article 17 de la loi de 2011, l'ILR procède à l'analyse des marchés dans le secteur des communications électroniques conformément à la « *Recommandation du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (2007/879/CE)* » de la Commission européenne. Dans le cas d'une révision de cette recommandation, l'analyse est faite dans les deux ans qui suivent cette révision. La recommandation 2007/879/CE précitée a été révisée en 2014 et remplacée par la Recommandation de la Commission 2014/710/UE du 9 octobre 2014¹ (ci-après : la « recommandation de 2014 »).

Lorsque l'ILR constate, sur base de son analyse de marché, qu'un marché n'est pas concurrentiel, il identifie les entreprises puissantes sur ce marché (article 19 de la loi de 2011) et soit impose aux entreprises puissantes sur le marché (ci-après : « entreprises PSM ») des obligations spécifiques appropriées, soit maintient ou modifie ces obligations, si elles existent déjà (article 20 de cette loi).

¹ Recommandation de la Commission du 9 octobre 2014 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques.

Comme précisé, entre autres, dans l'article 14§2 de la « Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive "cadre") », la notion de puissance sur le marché correspond à celle de position dominante au sens de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

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

Conformément à la Directive « cadre » et à la loi de 2011, la démarche de l'ILR consiste à :

- délimiter le ou les marchés pertinents de produits ou services,
- les analyser afin de déterminer s'ils peuvent être considérés comme concurrentiels ou non,
- identifier, au cas où un marché serait considéré comme non-concurrentiel, la ou les entreprises puissantes sur le marché (PSM),
- exposer finalement les obligations (ou remèdes) que l'ILR entend imposer, au sein d'un règlement, aux entreprises PSM pour assurer le fonctionnement concurrentiel des marchés de détail qui dépendent du ou des marchés de gros sous examen.

Le projet de règlement sous avis est appelé à remplacer le règlement ILR 15/187/ILR du 6 mars 2015² relatif au marché 6/2007. Au sein de sa recommandation de 2014, la Commission européenne a procédé à une restructuration des marchés susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* et le marché 6/2007 de la fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées n'y figure plus. Toutefois, selon la note explicative accompagnant la recommandation de 2014, le marché 4/2014 de la fourniture d'accès de haute qualité correspondrait au marché 6/2007.

Selon l'ILR, les accès de haute qualité sont les produits de gros qui permettent aux opérateurs en communications électroniques d'offrir aux utilisateurs finals des services de capacité. Les services de capacité permettent la réservation d'une capacité de transmission dédiée à l'utilisateur final, ce qui historiquement était accompli par les segments finals de lignes louées. Ces services de capacité s'adressent à une clientèle d'entreprises aux besoins spécifiques, notamment celui de devoir relier plusieurs sites de l'entreprise avec des exigences élevées en performance, sécurité, qualité de service etc.

Le point de départ, comme expliqué dans les lignes directrices de 2018³, de toute action réglementaire doit toujours être le marché de détail. En effet, si le marché de détail

² Règlement 15/187/ILR du 6 mars 2015 portant sur la définition du marché pertinent de la fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées, quelle que soit la technologie utilisée pour fournir la capacité louée ou réservée (Marché 6/2007), l'identification de l'opérateur puissant sur ce marché et les obligations lui imposées à ce titre - Secteur Communications électroniques.

³ Lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire de l'Union pour les réseaux et les services de communications électroniques (2018/C 159/01).

fonctionne dans des conditions de concurrence effective, une réglementation du marché se traduisant par l'imposition d'obligations diverses n'est nécessaire ni au niveau du marché de détail ni du marché de gros - même si l'un de ces marchés faisait partie de la recommandation de 2014.

3. Définition de marché et identification des entreprises puissantes sur le marché

Suite à l'analyse quantitative et qualitative de la position des entreprises actives sur le marché de détail de la fourniture de services de capacité, l'ILR constate que POST détient plus de 50% des parts de marché en termes de chiffre d'affaires et de 60% en termes de raccordements, alors que le concurrent le plus proche ne dépasse pas 10% de parts de marché. Au total, 23 entreprises seraient actives sur le marché de détail des services de capacité. Cette structure de marché n'a pas significativement changé depuis l'entrée en vigueur du règlement 15/187/ILR précité. L'ILR conclut que Post Telecom est « *l'opérateur dominant et dispose d'une influence significative sur le marché de détail des services de capacité* » (point 153 du document de consultation).

L'approche réglementaire en communications électroniques ne consiste toutefois pas à réglementer les marchés de détail. Une situation concurrentielle insatisfaisante au niveau du marché de détail nécessite plutôt un encadrement réglementaire du marché de gros en amont, moins intrusif qu'une réglementation du marché de détail.

Comme expliqué supra, le marché de gros en amont est celui de la fourniture en gros d'accès de haute qualité en position déterminée. Les tests de substituabilité effectués par l'ILR concluent à une délimitation légèrement différente de celle retenue en 2014 (le marché de la fourniture d'accès de haute qualité n'inclut plus les « *lignes louées sur le circuit interurbain* »). Le Conseil note également que les fibres noires (câbles à fibres optiques non-allumés et donc non-utilisables sans équipements appropriés) restent exclues du marché de gros et restent non-réglementées.

Suite à son analyse de marché, l'ILR constate que POST contrôle respectivement 60% des accès de gros sans autofourniture et 50% des accès avec autofourniture. L'ILR en conclut que POST occupe une « *position équivalente à une position dominante individuelle et est dès lors désigné opérateur puissant sur le marché de la fourniture en gros d'accès de haute qualité en position déterminée* » (point 287).

Le Conseil n'a pas d'observations à faire quant à cette conclusion.

4. Les remèdes imposés à l'entreprise puissante sur le marché

Lorsqu'une autorité de régulation nationale a identifié un opérateur exerçant une « *influence significative* » sur un marché pertinent, elle doit lui imposer, conformément à l'article 16 de la Directive « cadre » modifiée, une ou des mesures réglementaires spécifiques appropriées. Ces mesures sont listées dans les articles 9 à 13 de la Directive

« accès »⁴ : obligations de transparence ; obligations de non-discrimination ; obligations relatives à la séparation comptable ; obligations relatives à l'accès à des ressources de réseau spécifiques et à leur utilisation ; contrôle des prix et obligations relatives au système de comptabilisation des coûts.

Ces obligations avaient déjà été définies dans le règlement 15/187/ILR précité, de sorte que le Conseil se réfère à son avis 2014-AV-07 émis quant à ce règlement. Les obligations imposées à l'entreprise en position dominante peuvent paraître d'une grande complexité et d'une étendue très vaste, mais correspondent au standard réglementaire que l'ILR applique depuis 2014 à tous les marchés réglementés.

A l'avis du Conseil, la différence la plus notable entre les mesures prévues dans le règlement sous avis et le règlement existant se situe au niveau de l'obligation d'accès. Alors qu'en vertu de l'article 5 (2) du règlement existant « *l'opérateur identifié comme puissant sur le marché est soumis à l'obligation d'accorder à des entreprises notifiées l'accès aux segments terminaux de lignes louées à partir de chaque répartiteur principal (MDF/POP)* », cette obligation sera réduite dans le projet de règlement sous avis à 6 répartiteurs régionaux définis à l'annexe du règlement. Selon l'ILR, les opérateurs n'ont pas utilisé les accès locaux depuis l'entrée en vigueur d'une offre commerciale (non-réglementée) leur donnant un accès à un seul point d'interconnexion au niveau national (points 319-321). Les opérateurs auraient exprimé la nécessité d'un accès réglementé au niveau régional plutôt qu'au niveau local, quoique ce point ne fût pas soulevé lors de la consultation publique concernant le marché 6/2007. Il n'est donc pas à craindre que ce changement détériore les conditions d'accès des demandeurs d'accès.

Vu l'absence de concurrence effective sur le marché de gros et en raison du caractère verticalement intégré de l'opérateur PSM, l'ILR lui impose en vertu de l'article 28 (1) de la loi de 2011 des obligations liées à la récupération des coûts et au contrôle des prix. Comme pour tous les marchés réglementés soumis à un contrôle des prix, l'ILR calcule pour ce faire des plafonds tarifaires à l'aide d'un modèle de coûts développé par lui. Le Conseil réitère son soutien aux efforts de l'ILR pour fixer des plafonds tarifaires sur base d'un calcul des coûts moyennant un modèle de coût indépendant, objectif et neutre. Les plafonds tarifaires calculés par l'ILR feront l'objet d'un règlement à part.

Un autre changement par rapport au règlement existant est l'abrogation de l'obligation de séparation comptable. Le Conseil réitère son avis que si l'orientation des tarifs sur les coûts est assurée grâce à un modèle de coûts neutre développé et appliqué par le régulateur, l'obligation d'une séparation comptable capable d'isoler les coûts sous-jacents à la fourniture des services concernés n'est plus nécessaire.

⁴ Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, telle que modifiée.

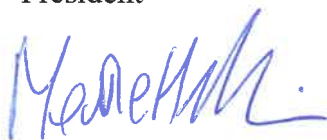
5. Conclusion

Le Conseil marque son accord avec le projet de règlement sous consultation qui s'inscrit dans le cadre légal qui s'impose à l'ILR et dont les dispositions sont de nature à stimuler la concurrence sur le marché des services de capacité.

Ainsi délibéré et avisé le 15 juillet 2020 à Luxembourg.



Pierre Barthelmé
Président



Mattia Melloni
Conseiller



Jean-Claude Weidert
Conseiller



Pierre Calmes
Conseiller suppléant