

Décision n° 2014-E-05

du 5 juin 2014

concernant une procédure rendant obligatoires des engagements présentés par
POST Telecom S.A. (anciennement LUXGSM S.A.)
établi à 1, rue Emile Bian
L-1235 Luxembourg

Version unique

Le Conseil de la concurrence,

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

Vu la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence ;

Vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu l'ouverture d'une procédure relative au secteur de la téléphonie mobile sur base de l'article 10, 1er alinéa de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence ;

Vu la communication des griefs du 25 septembre 2013 ;

Vu les engagements proposés par POST Telecom S.A. (anciennement LUXGSM S.A.) en date du 29 novembre 2013, ceci sans reconnaissance aucune ;

Vu le test de marché lancé par le Conseil de la concurrence en date du 22 janvier 2014 ;

Vu les observations parvenues au Conseil de la concurrence suite au test de marché ;

Vu les pièces du dossier ;

Considérant ce qui suit :

1. Index

2.	Historique de la procédure.....	4
3.	Les pratiques soulevant des problèmes de concurrence	4
4.	Evaluation préliminaire	5
4.1.	Marché en cause	5
4.2.	La position de l'entreprise concernée sur ce marché	6
4.2.1.	Le postulat de la communication des griefs	7
4.2.2.	La vue de l'entreprise concernée	9
4.2.2.1.	La différenciation tarifaire ne serait pas en soi illégale.....	9
4.2.2.2.	La différenciation tarifaire en cause ne serait pas discriminatoire	10
4.2.2.3.	La différenciation tarifaire telle que reprochée dans la communication des griefs ne serait pas avérée	10
4.2.2.4.	Sur les prétendus effets de réseaux artificiels.....	11
4.3.	L'effet sur le commerce entre Etats membres.....	12
5.	Les engagements proposés	13
5.1.	La proposition d'engagements par POST Telecom	13
6.	Le test de marché.....	15
7.	Les conclusions du Conseil	15

1. Historique de la procédure

1. Par décision du 21 mars 2013, le Conseil de la concurrence (ci-après : « le Conseil ») a ouvert une procédure relative au secteur de la téléphonie mobile sur base de l'article 10, 1er alinéa de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.
2. Une communication des griefs a été transmise à LUXGSM S.A. (ci-après : « LUXGSM ») en date du 25 septembre 2013 conformément à l'article 25, paragraphe 1, de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence (ci-après la « loi du 23 octobre 2011 ») qui dispose que :

« Lorsqu'il relève des faits susceptibles d'entrer dans le domaine de compétence du Conseil de la concurrence et avant de soumettre le dossier à la formation collégiale en vue de prendre des décisions prévues à l'article 11 et 20, paragraphe 2, le conseiller désigné communique aux entreprises ou aux associations d'entreprises concernées, par lettre recommandée avec accusé de réception, les griefs formulés contre elles.[...] »

3. Le 29 novembre 2013, POST Telecom S.A.¹ (ci-après : « POST Telecom ») a adressé un courrier au Conseil dans lequel POST Telecom fait une proposition d'engagements selon l'article 13 de la loi du 23 octobre 2011. A la même occasion, POST Telecom exprime ses observations à la communication des griefs dans l'hypothèse où le Conseil estimerait que les engagements proposés ne puissent être acceptés.
4. Le Conseil, après avoir reçu un avis du conseiller désigné sur la teneur des engagements à la date du 6 décembre 2013, a lancé un test de marché aux fins de recueillir les observations des tiers intéressés sur les propositions d'engagements. A la date limite de réponse, qui était le 28 février 2014 à 17.00 heures, le Conseil a recueilli 3 observations à ce test de marché.

2. Les pratiques soulevant des problèmes de concurrence

5. La communication des griefs retient notamment que POST Telecom pratique une discrimination tarifaire entre les appels mobiles se terminant sur le réseau POST Telecom (appels on-net) et les appels mobiles se terminant sur le réseau des opérateurs concurrents (appels off-net) pour cinq types d'offres, à savoir les abonnements Relax, Basic, iPhone Youz et iPhone S ainsi que l'offre prépayée TIPTOP.
6. D'après la communication des griefs, l'effet de cette discrimination tarifaire résiderait

¹ Dès juin 2013, dans une phase de rebranding de la marque, P&T Luxembourg devient POST Luxembourg et sa filiale LUXGSM change de dénomination sociale pour devenir POST Telecom S.A.

dans la création d'un « effet club » ou « effet de réseau ». On parle d'effet de réseau lorsque la valeur d'un réseau et donc l'incitation de faire partie d'un réseau augmente avec la taille du réseau. L'effet de réseau aurait pour conséquence que les consommateurs auraient un intérêt à choisir entre différents réseaux celui qui aurait déjà le plus de membres afin d'appartenir au plus grand réseau d'utilisateurs. Le consommateur tenterait ainsi de maximiser sa probabilité de communiquer avec les utilisateurs du groupe auquel il appartient lui-même, et de minimiser les communications avec les personnes à l'extérieur de ce groupe. L'effet de réseau existerait principalement sinon exclusivement en raison de la tarification discriminatoire entre appels on-net et appels off-net.

7. La prétendue discrimination tarifaire aurait comme effet de créer, ou, lorsqu'il existe déjà, de renforcer un effet de réseau qui favoriserait mécaniquement l'opérateur dominant sur le marché. L'existence de cet effet serait confirmée par l'évolution des parts de marché et les résultats d'une enquête empirique commanditée. L'autorité française de la concurrence a sanctionné à plusieurs reprises des opérateurs en télécommunications pour des pratiques identiques à celles du présent cas d'espèce².
8. La communication des griefs conclut que cette pratique constitue une infraction à l'article 5 de la loi du 23 octobre 2011 ainsi qu'à l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : « TFUE ») en tant que pratique d'éviction nuisible aux consommateurs et à la concurrence sur le marché.

3. Evaluation préliminaire

3.1. Marché en cause

9. La communication des griefs établit que le marché en cause « (...) englobe tous les services de détail sur les réseaux publics mobiles, (...), y-inclus les services on-net et les services off-net, fournis sur des réseaux publics mobiles de deuxième, troisième et quatrième génération sur le territoire luxembourgeois (...) »³.
10. POST Telecom soulève dans ses observations à la communication des griefs qu'il y a une « incohérence entre l'analyse de l'abus et la définition de marché, dès lors que l'abus est limité à certains plans tarifaires pour la clientèle résidentielle alors que le marché sur lequel doit s'analyser l'abus et ses effets est plus large et englobe tant les offres résidentielles que professionnelles. »⁴

² Voir références sous http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/fiche3_precedents_dec12.pdf

³ Point 26 de la communication des griefs.

⁴ Page 2 ff. dans annexe IV des observations à la communication des griefs.

Cette apparente incohérence naît du fait que les offres touchées par la différenciation tarifaire sont des offres principalement destinées à une clientèle résidentielle. Ceci dit, la barrière entre un client particulier et un client professionnel (entreprise PME ou indépendant) n'est pas très claire en pratique. Dès lors, le Conseil estime que cette incohérence apparente n'est pas avérée.

3.2. La position de l'entreprise concernée sur ce marché

11. La communication des griefs analyse de manière détaillée le marché luxembourgeois de la téléphonie mobile et ses acteurs.⁵ L'analyse de la position dominante⁶ conclut que POST Telecom détient une position dominante sur le marché de la téléphonie mobile. Dans son analyse, le conseiller désigné se base en un premier lieu sur le critère de parts de marché élevées dans le temps (plus de 51% de parts de marché depuis 2004).⁷ A ceci s'ajoute la présence de barrières à l'entrée et à l'expansion⁸ qui renforcent la présomption de position dominante.⁹
12. POST Telecom s'oppose à cette analyse et estime que la communication des griefs fait abstraction de toute preuve ou analyse économique soutenant ces affirmations. Le Conseil estime que la communication des griefs a correctement procédé en prenant l'analyse des parts de marché comme point de départ. Cette analyse est complétée par la suite par une analyse d'une multitude de facteurs qualitatifs qui soutiennent la présomption initiale de position dominante. Cette méthodologie d'analyse est celle communément utilisée par la jurisprudence européenne, tel que décrit aux points 45 et 46 de la communication des griefs.
13. Concernant la référence à l'analyse de l'Institut Luxembourgeois de Régulation (ci-après : « ILR ») qui avait affirmé, en 2005, la dynamique sur le marché de la téléphonie mobile, le Conseil estime que cette analyse n'est plus de mise en raison du fait que le paysage actuel de la téléphonie mobile au niveau national et international n'est plus le même qu'en 2005 et que la dynamique espérée par l'ILR à l'entrée de Orange Communications S.A. (ci-après : « Orange ») sur le marché ne s'est finalement pas avérée. Cette problématique est notamment discutée au point 75 de la communication des griefs.

⁵ Section 6 de la communication des griefs.

⁶ Section 7, *ibid.*

⁷ Section 7.1., *ibid.*

⁸ Telles que le contrôle d'une infrastructure qu'il n'est pas facile de dupliquer; l'accès facile ou privilégié aux marchés des capitaux et aux ressources financières; l'absence ou la faible présence de contre-pouvoir des acheteurs; l'existence d'économies d'échelle, économies de gamme, et intégration verticale; la diversification des produits et services; l'absence de concurrence potentielle ainsi que la position de l'opérateur historique.

⁹ Section 7.2., *ibid.*

14. POST Telecom fait également remarquer que les parts de marché pour le segment pre-paid sont en déclin depuis 2005 (avec une légère reprise en 2007 et 2009).¹⁰ Le Conseil a deux remarques à cet égard. Premièrement, la définition du marché englobe tous les services de détail sur les réseaux publics mobiles. Un marché spécifique relatif au secteur pre-paid n'existe donc pas. Or les parts de marché doivent s'apprécier par rapport à la définition du marché dans sa totalité.

Deuxièmement, si la part de marché dans la branche pre-paid a chuté, il est très probable que cette chute a été compensée par une augmentation des parts de marché dans la branche post-paid, puisque les parts de marché dans leur totalité sont restées à un niveau très stable. Autrement dit, les clients TIPTOP ont simplement décidé de migrer vers une offre post-paid tout en restant client auprès de POST Telecom. Le renversement de l'importance pre-paid/post-paid représente d'ailleurs une évolution dans le secteur de la téléphonie mobile commune à tous les opérateurs, et ce depuis 2007.¹¹

15. Finalement, POST Telecom reproche à la communication des griefs de ne pas avoir suivi la décision du Conseil 2013-FO-01 (affaire « *Coditel* »). Le Conseil estime que ce reproche est infondé et renvoie à la discussion au point 48 de la communication des griefs.

16. Le Conseil souhaite encore remarquer que toute référence à l'opérateur JOIN Wireless comme preuve d'un marché concurrentiel n'est pas de mise dans la mesure où POST Luxembourg détient 50% de ce nouvel opérateur.

3.2.1. Le postulat de la communication des griefs

17. Dans sa communication des griefs, le conseiller désigné affirme que POST Telecom pratique « (...) une différenciation tarifaire entre les appels mobiles se terminant sur le réseau LUXGSM (appels on-net) et les appels mobiles se terminant sur le réseau des opérateurs concurrents (appels off-net) (...) »¹². Avec une méthodologie inspirée d'une jurisprudence française établie en la matière, le conseiller désigné démontre que cette différenciation tarifaire ne serait nullement justifiée par une différenciation symétrique des coûts qui incombent à l'opérateur, lorsque son client téléphone sur un réseau d'un opérateur concurrent.¹³ Au centre de cette thèse réside l'obligation de non-discrimination,

¹⁰ Point 15 de l'annexe IV des observations à la communication des griefs.

¹¹ Voir page 22 du Rapport statistique des télécommunications du Luxembourg de l'année 2011, ILR http://www.ilr.public.lu/communications_electroniques/statistiques/rapp_statistiques_ILR/rapport_STAT_2011_Final.pdf

¹² Point 5 de la communication des griefs.

¹³ Section 8.2.1. de la communication des griefs.

obligation imposée par l'ILR dans le cadre de la fixation des tarifs de terminaison¹⁴, et qui prévoit que chaque opérateur sur le marché de la téléphonie mobile doit se facturer à lui-même la terminaison d'appel mobile qu'il facturerait à un opérateur concurrent. Dès lors, le coût qui incombe à POST Telecom lorsqu'un appel reste sur son propre réseau n'est pas différent du coût lorsque l'appel doit être acheminé vers un réseau de Tango S.A. par exemple.

18. La communication des griefs procède à un calcul afin de dégager l'écart résiduel, c'est-à-dire l'écart tarifaire entre appels on-net et off-net qui subsiste après avoir déduit l'écart de coûts¹⁵. Ce écart résiduel n'est donc pas justifié par les coûts¹⁶ :

Produit		Différence Tarif LUXGSM ¹⁷ (en € HTVA)	Ecart coûts (en € HTVA) ¹⁸	Ecart résiduel (en € HTVA)
Basic	heure pleine	0,0174 €	0,0075 €	0,0099 €
	heure creuse	0,0174 €	0,0066 €	0,0108 €
Relax	heure pleine	0,0870 €	0,0075 €	0,0795 €
	heure creuse	0,0870 €	0,0066 €	0,0804 €
(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
TipTop	heure pleine	0,1509 €	0,0075 €	0,1434 €
	heure creuse	0,0862 €	0,0066 €	0,0796 €

19. Le conseiller désigné affirme, à l'aide de vérifications théoriques, empiriques et jurisprudentielles que cette différenciation tarifaire non justifiée par les coûts créerait et/ou renforcerait l'effet de réseau. Bien qu'il soit vrai que tous les opérateurs sur le marché pratiquent ces tarifs différentiels, le conseiller désigné remarque « (...) que l'effet club, de par sa dynamique interne, ne peut naître que lorsque l'opérateur visé jouit d'une part de marché nettement supérieure à celle de ses concurrents. En effet, l'effet de réseau est basé sur l'attrait qu'un parc d'utilisateurs important peut exercer sur de nouveaux

¹⁴ Les tarifs de terminaison sont fixés par la décision 06/92/ILR. Le tarif de terminaison mobile est le prix (par minute) qu'un opérateur A doit payer à un opérateur B afin que ce dernier achemine l'appel d'un client de l'opérateur A à un client de l'opérateur B. Ces tarifs sont asymétriques dans le sens où Orange profite d'un tarif de terminaison plus bénéfique afin de récupérer le retard dans son développement depuis son entrée sur le marché.

¹⁵ Il existe en effet une différence dans le tarif de terminaison d'appel envers Orange, qui bénéficiait de tarifs plus favorables.

¹⁶ Tableau 7, point 87 de la communication des griefs.

¹⁷ Ceci se réfère à la différence des tarifs on-net et off-net. (à partir du 1^{er} juillet 2008)

¹⁸ Ceci se réfère à l'écart de coût on-net et off-net pondéré par le trafic estimé avec les opérateurs concurrents. (à partir du 1^{er} juillet 2008)

consommateurs ou des consommateurs désireux de changer d'opérateur. Il faut que le réseau des personnes atteignables avec les tarifs on-net avantageux soit suffisamment grand, c'est à dire-nettement plus grand que le réseau de chacun des concurrents. (...) »¹⁹

20. Un sondage réalisé par l'institut TNS Ilres auprès du public sur commande du Conseil a permis de prouver de façon empirique l'effet de réseau sur le marché en cause.

Ainsi la discrimination tarifaire renforcerait les barrières à l'expansion déjà présentes sur le marché²⁰ et renforcerait la position dominante que POST Telecom détient sur le marché de la téléphonie mobile. Le conseiller désigné affirme que les effets sur le marché se traduiraient par la difficulté des opérateurs alternatifs de se développer sur le marché et de gagner de nouveaux clients, ainsi que par le niveau généralement élevé des prix de POST Telecom.²¹

21. Les offres concernées par la discrimination tarifaire sont les suivantes : l'abonnement Basic, la carte prépayée TIPTOP, ainsi que l'abonnement Relax. Le conseiller désigné avait erronément²² inclus l'abonnement iPhone Youz et iPhone S dans son analyse, sans pour autant en tenir compte lors de la proposition d'amende.

3.2.2. La vue de l'entreprise concernée

22. POST Telecom exprime une multitude de reproches et de réserves par rapport à la communication des griefs. Dans une première partie, POST Telecom prend position par rapport à l'analyse de la discrimination tarifaire de la communication des griefs. Trois raisonnements sont avancés :

3.2.2.1. La différenciation tarifaire ne serait pas en soi illégale

23. POST Telecom estime que la pratique de la différenciation tarifaire n'est pas illégale en soi²³ et reproche à la communication des griefs une absence d'analyse des effets anticoncurrentiels²⁴ (quod non, voir sections 9 et 10 de la communication des griefs).
24. POST Telecom rejette ensuite l'analogie que la communication des griefs établit entre le

¹⁹ Point 131 de la communication des griefs.

²⁰ Voir section 7.2. et point 121 de la communication des griefs.

²¹ Voir section 9 de la communication des griefs.

²² L'origine de cette erreur vient d'un mauvais renseignement des services helpline de POST Telecom.

²³ Page 34 ff. des observations à la communication des griefs.

²⁴ Point 49 ff., ibid.

cas en l'espèce et les décisions françaises²⁵. Elle estime en effet que dans les affaires françaises les situations différaient considérablement du cas d'espèce. Au vu de la proposition d'engagements, le Conseil ne doit pas s'exprimer à cet égard.

3.2.2.2. La différenciation tarifaire en cause ne serait pas discriminatoire

25. Ensuite, POST Telecom affirme qu'il ne peut y avoir discrimination car il y a « *discrimination tarifaire uniquement lorsqu'un opérateur mobile pratique des prix différents pour des services identiques, voire comparables* »²⁶. Un appel off-net ne pourrait être comparé à un appel on-net car ce dernier « *ne représente aucun coût supplémentaire pour un opérateur mobile* »²⁷ alors que pour un appel off-net l'opérateur « *se voit contraint de supporter des charges de terminaison pour acheminer l'appel* »²⁸. Le Conseil ne partage pas cette vision des choses car elle va à l'encontre de l'obligation de non-discrimination, telle que décrite supra, et ignore fondamentalement la position des régulateurs.

3.2.2.3. La différenciation tarifaire telle que reprochée dans la communication des griefs ne serait pas avérée

26. POST Telecom avance une longue étude économique à l'appui de son postulat que la différenciation tarifaire n'est pas avérée. Ainsi, POST Telecom reproche à la communication des griefs d'avoir mal interprété la méthodologie utilisée dans la jurisprudence française et de ne pas avoir tenu compte des caractéristiques propres à chaque offre en cause. Le Conseil ne conteste pas la méthode utilisée par le conseiller désigné afin de démontrer une différenciation tarifaire pour les offres TIPTOP et Basic. Ces deux offres se caractérisent par le fait qu'aucun droit d'entrée n'est exigé pour le consommateur ; les communications sont payées « pay as you go » par minute de communication.

27. L'analyse de l'offre Relax est plus délicate puisque cette offre comporte un « droit d'entrée » de 10€ par mois. Une fois ce droit d'entrée payé, le client bénéficie de communications gratuites pour tous ses appels on-net, alors que les communications off-net sont facturées à 0,10€ par minute. On ne peut donc pas réellement partir du postulat que tous les appels on-net sont complètement gratuits, puisque leur coût est réparti sur les frais d'abonnement de 10€. Cependant, afin de pouvoir effectuer des appels off-net, facturés à la minute, le client doit acquérir cet abonnement, indépendamment du nombre d'appels on-net effectués. Afin de tenir compte de cette asymétrie entre appels on-net et

²⁵ Point 52 ff., *ibid.*

²⁶ Point 61, *ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

appels off-net et afin de tenir compte de la grande variabilité qu'il peut y avoir entre les différents profils des différents clients, le conseiller désigné aurait pu effectuer une estimation de coût moyen on-net. Ainsi une comparaison objective aurait été possible entre le coût par minute on-net (estimé) et le coût par minute off-net (effectif).

Eu égard au fait que POST Telecom a présenté des engagements, le Conseil estime ne pas devoir reprendre ce calcul.

28. POST Telecom s'oppose également à l'hypothèse utilisée par la communication des griefs qui consiste à considérer « (...) que la différence entre les coûts de production entre un appel on-net et un appel off-net repose exclusivement sur la différence entre les coûts de terminaison (...) »²⁹. Cette hypothèse repose en effet sur la méthode utilisée par la jurisprudence française. Cependant, POST Telecom estime que « (...) la terminaison d'un appel off-net engendre des coûts supplémentaires autres que ceux strictement liés aux MTR. Il en est ainsi des coûts de commercialisation nécessaires (...) absents dans le cadre d'un appel on-net. (...) engendre également des coûts techniques supplémentaires »³⁰

En raison d'une justification peu étayée de la part de POST Telecom, qui dégage elle-même en fin de compte seulement une différence minimale³¹, le Conseil épouse le point de vue exprimé par la jurisprudence française d'après lequel « les coûts de départ d'un appel on-net et ceux d'un appel off-net peuvent être considérés comme identiques, les éventuelles différences étant minimales. (...) »³²

3.2.2.4. Sur les prétendus effets de réseaux artificiels

29. POST Telecom reproche à la communication des griefs de créer un lien direct entre la pratique de la différenciation tarifaire et l'effet de réseau. La communication des griefs n'avancerait aucun élément de preuve empirique afin de vérifier ce postulat. Or, le Conseil estime que l'étude effectuée par TNS Ilres est certes limitée par les imperfections qui sont propres à toute étude empirique, mais elle démontre néanmoins l'existence d'un certain degré d'effet de réseau sur le marché luxembourgeois.

30. POST Telecom avance même que la pratique dénoncée créerait une dynamique positive³³, dynamique que le Conseil ne peut confirmer à l'égard du niveau des prix pratiqués par POST Telecom et par les opérateurs luxembourgeois et à la situation

²⁹ Point 81 de la communication des griefs.

³⁰ Point 69 des observations à la communication des griefs.

³¹ Ibid.

³² Point 186, décision de l'Autorité de la concurrence, Décision n° 12-D-24 du 13 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine.

³³ Page 61 ff. des observations à la communication des griefs.

concurrentielle en général³⁴.

31. Ensuite, POST Telecom reproche à la communication des griefs que celle-ci ne démontrerait aucun effet sur le marché. La communication des griefs consacre une section entière³⁵ aux effets sur le marché, parmi lesquels un effet sur le comportement des consommateurs mis en évidence par le sondage. La mesure exacte des effets sur le marché est toujours un exercice périlleux car les observations constatées sur le marché ne peuvent être dérivées d'une seule cause, mais sont le résultat d'un ensemble d'éléments complexes et interconnectés.
32. Finalement, POST Telecom souhaite démontrer la bonne santé des opérateurs alternatifs principaux sur le marché³⁶ à l'aide de données agrégées de revenu, clients actifs et ARPU. Cependant, le Conseil estime que ces données sont trop agrégées et trop limitées dans le temps pour permettre des conclusions sur l'effet d'une éventuelle pratique discriminatoire.

3.3. L'effet sur le commerce entre Etats membres

33. Les articles 101 et 102 du TFUE s'appliquent aux accords horizontaux et verticaux et aux pratiques abusives d'entreprises qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre les Etats membres de l'Union européenne.
34. La notion d'affectation du commerce intra-communautaire est le critère de compétence qui détermine l'applicabilité ou non des règles de concurrence de l'Union européenne à l'affaire en objet. Les règles de concurrence de l'Union³⁷ font obligation aux juridictions et autorités de concurrence nationales d'appliquer les règles de concurrence de l'Union à tous les accords et pratiques susceptibles d'affecter, de manière sensible, le commerce entre Etats membres.³⁸
35. L'analyse de l'affectation sensible du commerce entre Etats membres est indépendante de l'analyse du marché géographique pertinent. Ainsi le commerce interétatique peut être affecté même dans le cas d'un marché en cause national.³⁹

« Lorsqu'une entreprise, qui occupe une position dominante couvrant l'ensemble d'un Etat membre constitue une entrave abusive à l'entrée, le commerce entre Etats membres

³⁴ Voir section 6.2. de la communication des griefs.

³⁵ Section 9, *ibid.*

³⁶ Page 87 ff. des observations à la communication des griefs.

³⁷ tel que fixé par le Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

³⁸ Voir, par exemple : http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/126113_fr.htm .

³⁹ Communication de la Commission - Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité [Journal officiel n° C 101 du 27.4.2004], point 22.

peut normalement être affecté. En général, ce comportement abusif rendra plus difficile aux concurrents d'autres États membres la pénétration sur le marché, auquel cas les courants d'échanges sont susceptibles d'être affectés. Ainsi, dans l'arrêt Michelin, la Cour de justice a considéré qu'un système de rabais de fidélité écartait les concurrents d'autres États membres et, par conséquent, affectait le commerce au sens de l'article 82. (...) »⁴⁰

36. Le commerce entre États membres étant affecté dans la présente affaire, l'article 102 TFUE est applicable.

4. Les engagements proposés

4.1. La proposition d'engagements par POST Telecom

37. POST Telecom a proposé le 29 novembre 2013 au Conseil, ceci sans reconnaissance aucune, d'adopter les mesures suivantes, libellées comme suit pour mettre fin aux préoccupations soulevées par le conseiller désigné dans sa communication des griefs :

« Proposition d'engagements

POST Telecom choisi de proposer deux types d'engagements alternatifs, l'un à titre principal et l'autre à titre subsidiaire, laissant au Conseil de la concurrence le soin d'apprécier lequel de ces engagements il entend retenir dans sa sagesse, conformément au principe de proportionnalité⁴¹. En effet, les offres iPhone Youz/iPhone S et Relax ne contiennent pas de différenciation tarifaire on-net/off-net. POST Telecom considère, par conséquent, qu'il serait disproportionné d'exiger de sa part la formulation d'engagements relatifs à ces trois offres. Si, par contre, le Conseil de la concurrence devait ne pas partager l'analyse de POST Telecom, cette dernière propose, à titre subsidiaire, des engagements couvrant les offres Basic, TIPTOP et Relax.

A titre principal

POST Telecom s'engage à modifier les offres Basic et TIPTOP afin que celles-ci ne contiennent aucune différenciation tarifaire entre appels on-net et appel off-net non-justifiée par les coûts sous-jacents. POST Telecom s'engage également à ce que l'absence de différenciation tarifaire résulte d'une diminution des tarifs off-net. Pour le surplus, POST Telecom gardera toute liberté commerciale de manière à pouvoir contribuer au jeu

⁴⁰ Ibid., point 93.

⁴¹ C.J.U.E., *Alrosa*, aff. C-441/07, Rec., 2010, p. I-5949.

concurrentiel normal au Grand-Duché de Luxembourg.

A titre subsidiaire

A titre subsidiaire, POST Telecom s'engage à modifier les offres Basic et TIPTOP et Relax afin que celles-ci ne contiennent aucune différenciation tarifaire entre appels on-net et appel off-net non-justifiée par les coûts sous-jacents. POST Telecom s'engage également à ce que l'absence de différenciation tarifaire résulte d'une diminution des tarifs off-net. Pour le surplus, POST Telecom gardera toute liberté commerciale de manière à pouvoir contribuer au jeu concurrentiel normal au Grand-Duché de Luxembourg.

Date de mise en œuvre des engagements. *POST Telecom s'engage à mettre en œuvre les engagements précités endéans les trois mois de la notification de la décision du Conseil de la concurrence.*

Durée et clause de révision. *POST Telecom propose que ces engagements soient d'une durée de trois années à dater de la notification de la décision du Conseil de la concurrence, et sous la réserve de la possibilité pour POST Telecom d'en solliciter la modification en cas de modification sensible du marché ou des offres des différents opérateurs. Tel serait notamment le cas si :*

- les concurrents de POST Telecom devaient persister dans la commercialisation d'offres on-net, alors que POST Telecom y a renoncé, lui occasionnant de ce fait un handicap concurrentiel; ou*
- une baisse significative des tarifs de terminaison devait modifier les conditions de concurrence sur le marché. »⁴²*

4.2. L'avis du conseiller désigné sur les engagements proposés par POST Telecom

38. En date du 6 décembre 2013, le conseiller désigné a formulé l'avis suivant au sujet des engagements proposés :

«

- 1. Il est correct que les abonnements iPhone n'appliquent pas de différenciation entre les tarifs des appels on-net et off-net. Ces abonnements ont été inclus dans la communication des griefs suite à une information orale apparemment erronée de la part de Post Telecom. Mais ces abonnements ne figuraient pas parmi les*

⁴² Le Conseil doit à cet endroit préciser que POST Telecom (anciennement LUXGSM S.A) a le droit de solliciter la modification des engagements, ceci en cas de changements majeurs de la situation concurrentielle sur le marché. La modification potentielle de la décision reste cependant sujette à une décision à prendre par le Conseil dans le cadre de son appréciation souveraine de la situation concurrentielle des marchés.

préoccupations retenues par la communication des griefs dans sa conclusion.

2. *Post Telecom considère que les tarifs de l'abonnement Relax ne sont pas plus élevés pour les appels off-net que pour les appels on-net, en calculant que les clients de cette offre qui achètent également un forfait illimité off-net payent en moyenne moins cher pour les appels off-net que pour les appels on-net.*

Je ne partage pas cet avis, car

- *les clients « Relax » qui ne souscrivent pas au forfait off-net ont un forfait illimité pour les appels on-net mais payent 10 cts par minute pour les appels off-net ;*
- *les clients qui souhaitent un forfait illimité on-net payent 10 euros par mois ; les clients qui souhaitent un forfait illimité off-net payent 15€ par mois ; en effet, le forfait off-net n'est pas disponible sans le forfait on-net.*

Dans tous les cas de figure, les appels off-net sont plus chers que les appels on-net.

3. *Je considère donc que les engagements doivent s'étendre aussi sur l'offre « Relax ». Par conséquent, je propose au Conseil d'accepter et de rendre obligatoire les engagements qui concernent les trois offres Tiptop, Basic et Relax, que Post Telecom propose de façon subsidiaire, que je considère comme étant nécessaires, suffisants et proportionnés. »*

5. Le test de marché

39. Suite à l'avis du conseiller désigné, le Conseil a lancé un test de marché aux fins de recueillir les observations des tiers intéressés sur les propositions au plus tard le 28 février 2014 à 17.00 heures.

40. Un certain nombre d'observations sont parvenues au Conseil dont aucune n'a exprimé une opposition de principe quant aux engagements proposés à titre subsidiaire.

6. Les conclusions du Conseil

41. Selon une jurisprudence constante, le principe de proportionnalité exige que les mesures adoptées par une autorité de concurrence soient appropriées et nécessaires pour atteindre le but recherché.

42. La mise en œuvre par le Conseil du principe de proportionnalité dans le contexte spécifique de l'article 13 de la loi du 23 octobre 2011, concernant des engagements, se limite à la vérification que ces engagements répondent aux préoccupations dont il a informé l'entreprise concernée et que cette dernière n'a pas offert d'engagements moins contraignants répondant d'une façon aussi adéquate à ces préoccupations⁴³.
43. Conformément aux décisions de la Commission européenne⁴⁴, le Conseil peut, mutatis mutandis, rendre des engagements obligatoires sans qu'il ne soit nécessaire qu'il se prononce sur la matérialité d'une infraction.
44. Cette conclusion s'inspire, par ailleurs, du Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité qui définit les décisions relatives aux engagements au considérant 13 comme suit : « *Les décisions relatives aux engagements devraient constater qu'il n'y a plus lieu que la Commission agisse, sans établir s'il y a eu ou s'il y a toujours une infraction* ».
45. Le Conseil se ralliant aux termes de l'avis exprimé par le conseiller désigné en date du 6 décembre 2013 estime que les engagements qui sont proposés à titre principal par POST Telecom sont à rejeter car ils ne permettent pas de mettre fin aux préoccupations soulevées par celui-ci dans sa communication des griefs du 25 septembre 2013. En revanche, s'agissant des engagements proposés par POST Telecom à titre subsidiaire, le Conseil estime que ces engagements sont appropriés et nécessaires à mettre fin aux préoccupations constatées par le conseiller désigné dans sa communication des griefs du 25 septembre 2013 laquelle communication n'est à considérer que comme une évaluation préliminaire dans l'enchaînement des étapes de la procédure décisionnelle du Conseil.

⁴³ Voir, en ce sens, l'arrêt de la Cour du 29 juin 2010, C-441/07 P, *Commission/Alrosa*, Rec. 2010, p I-5949, point 41.

⁴⁴ Voir p.ex. la décision de la Commission européenne du 9 décembre 2009, affaire COMP/38.636 – RAMBUS (point 76).

adopte la décision suivante :

Article 1^{er}

Le Conseil accepte et rend obligatoires les engagements subsidiaires présentés par POST Telecom S.A. (anciennement LUXGSM S.A.) le 29 novembre 2013 et libellés comme suit :

« A titre subsidiaire, POST Telecom s'engage à modifier les offres Basic et TIPTOP et Relax afin que celles-ci ne contiennent aucune différenciation tarifaire entre appels on-net et appel off-net non-justifiée par les coûts sous-jacents. POST Telecom s'engage également à ce que l'absence de différenciation tarifaire résulte d'une diminution des tarifs off-net. Pour le surplus, POST Telecom gardera toute liberté commerciale de manière à pouvoir contribuer au jeu concurrentiel normal au Grand-Duché de Luxembourg. »

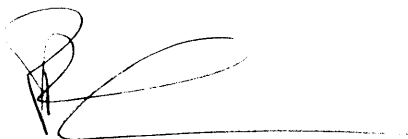
Article 2

POST Telecom S.A. (anciennement LUXGSM S.A.) doit mettre en œuvre les engagements au plus tard dans les trois mois à compter de la notification de la présente décision. La durée des engagements est de trois années à partir de la date de la notification de la présente décision.

Article 3

Conformément à l'article 13 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, le Conseil décide qu'il n'y a plus lieu d'agir.

Ainsi délibéré et décidé à l'unanimité à Luxembourg le 5 juin 2014.



Pierre Rauchs
Président



Marc Feyereisen
Conseiller



Mattia Melloni
Conseiller

Indication sur les voies de recours

Un recours en pleine juridiction est ouvert devant le tribunal administratif à l'encontre de la présente décision prise en formation collégiale en vertu de l'article 28 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.

En vertu de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, ce recours est formé par requête signée d'un avocat inscrit à la liste I des tableaux dressés par les conseils des Ordres des avocats dans un délai de trois mois à partir de la notification de la présente ou à partir du jour où vous avez pu en prendre connaissance.