

**Analyse concernant les marchés 3/2003, 4/2003, 5/2003 et 6/2003 :  
Marchés de détail des services téléphoniques accessibles au public  
en position déterminée**

**AVIS DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE**

**N°2013-AV-06**

**(05.12.2013)**

**1. Contexte général**

Selon l'article 17 de la loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques, l'Institut Luxembourgeois de Régulation (ci-après : 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 (ci-après : la « *Recommandation 2007/879/CE* »).

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<sup>1</sup> et, soit impose aux entreprises puissantes sur le marché les obligations spécifiques appropriées, soit

---

<sup>1</sup> Loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques, art. 19 ;

maintient ou modifie ces obligations, si elles existent déjà<sup>2</sup>. La notion de puissance sur le marché correspond à celle de position dominante au sens de l'article 102 TFUE.<sup>3</sup>

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

Selon l'article 76 (2) de la loi précitée, un accord préalable de l'autorité chargée de l'application du droit de la concurrence, c'est-à-dire du Conseil de la concurrence (ci-après : le Conseil), est requis avant l'adoption par l'ILR de mesures affectant le marché. Le Conseil dispose d'un délai d'un mois pour proposer une modification à la mesure envisagée ou s'y opposer. Passé ce délai, l'accord de l'autorité saisie à la mesure envisagée est acquis.

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.

Dans ce cadre légal, l'ILR a saisi le Conseil par courrier du 7 novembre 2013 de son analyse portant sur les marchés de détail des services téléphoniques accessibles au public en position déterminée (marchés 3/2003 à 6/2003).

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.

L'action du régulateur sectoriel est de nature prospective, prenant en compte les possibles évolutions technologiques, économiques et commerciales au cours de la période couverte par l'analyse de marché. Le droit de la concurrence par contre porte une appréciation sur des situations et comportements réellement constatés. Dès lors, ni les conclusions tirées par le régulateur à la suite d'une analyse de marché, ni les appréciations portées par le Conseil dans le cadre du présent avis ne sauraient préjuger de ses décisions lors d'affaires contentieuses qu'il aurait à trancher à l'avenir.<sup>4</sup>

Dans le même ordre d'idées, ni les obligations envisagées par l'ILR et adoptées le cas échéant ultérieurement, ni le présent avis du Conseil ne préjugent d'une éventuelle

---

<sup>2</sup> Ibid. Art. 20;

<sup>3</sup> 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"), art. 14.2.

<sup>4</sup> voir par exemple :

- 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, article 15 §1 ;
- Commission guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the Community regulatory framework for electronic communications networks and services, 2002/C 165/03, section 1.3, points 24 à 32, Relationship with competition law;
- Recommandation 2007/879/CE, art.16.

procédure sur base de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence en relation avec des comportements éventuellement anti-concurrentiels.

## **2. L'analyse en l'espèce**

### **2.1. Le test des marchés susceptibles de faire l'objet d'une réglementation ex-ante**

La démarche de l'ILR consiste habituellement à définir d'abord le marché pertinent, ensuite à l'analyser et à déterminer les entreprises puissantes sur le marché, le cas échéant, pour finalement exposer les mesures que l'ILR entend adopter pour assurer le fonctionnement concurrentiel des marchés sous examen. Lors de la première analyse des marchés des services téléphoniques de détail accessibles au public en position déterminée – marchés 3 à 6 de la Recommandation 2003/311/CE – achevée en 2006, l'ILR a procédé ainsi à une analyse approfondie conformément aux articles 17, 18 et 19 de la loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et les services de communications électroniques. L'ILR a conclu de cet examen qu'il existe une entreprise puissante sur le marché, et que, en vertu de l'article 20 de la loi précitée, une réglementation ex-ante imposant à l'entreprise puissante sur le marché des obligations appropriées est nécessaire.

Conséquemment, la Décision 07/113/ILR du 8 mars 2007 impose à l'entreprise puissante sur le marché des obligations de non-discrimination, transparence, séparation comptable, de contrôle des prix et de comptabilisation des coûts.

Cependant les marchés faisant l'objet de l'analyse de marché sous avis sont énumérés parmi ceux retenus dans la Recommandation 2003/311/CE<sup>5</sup> comme étant susceptibles de faire l'objet d'une réglementation ex-ante mais ne le sont plus dans la Recommandation 2007/879/CE, qui remplace la Recommandation 2003/311/CE. Les marchés qui ne sont pas expressément repris dans cette recommandation peuvent toujours faire l'objet d'une réglementation, mais l'autorité de régulation nationale est dans ce cas supposée avoir recours au « test des trois critères ».<sup>6</sup> L'ILR est alors tenu, en tenant compte des circonstances nationales, d'examiner les trois critères suivants :

- la présence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée, qu'elles soient de nature structurelle, légale ou réglementaire;
- une structure de marché qui ne présage pas d'évolution vers une situation de concurrence effective au cours de la période visée. Il faut pour cela examiner quelle est la situation de la concurrence au-delà des barrières à l'entrée;

---

<sup>5</sup> « Recommandation 2003/311/CE de la Commission du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques » ;

<sup>6</sup> Recommandation 2007/879/CE considérant 17 ;

- l'incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul à la ou aux défaillances concernées du marché.

Ces trois conditions doivent être avérées de façon cumulative pour qu'un marché puisse être considéré comme susceptible de faire l'objet d'une réglementation ex-ante.

#### **- Absence de barrières à l'entrée**

L'ILR arrive à la conclusion qu'il n'y a pas de barrières à l'entrée et que par conséquent la première condition du test n'est plus remplie en raison du grand nombre d'opérateurs qui ont des offres sur le marché<sup>7</sup>.

Le Conseil de la concurrence estime que dans le cadre du droit de la concurrence, l'énumération de ces entreprises ne serait pas à elle seule suffisante pour conclure à l'absence de barrières à l'entrée, et regrette de ne pas recevoir des informations plus détaillées sur la nature et l'envergure des activités de ces opérateurs, qui sont au départ simplement des entreprises notifiées auprès de l'ILR.

Selon les données chiffrées dont dispose le Conseil, une entreprise contrôle près de 80% de ces marchés, alors que les quelques 20% restants sont disputés par une trentaine d'opérateurs alternatifs. A l'avis du Conseil, une telle structure de marché est souvent un indice de l'existence de barrières à l'entrée sur le marché. Par ailleurs, des parts de marché de cet ordre de grandeur déclenchent en droit de la concurrence une présomption d'existence d'une position dominante.

Comme l'ILR conclut à l'absence de barrières à l'entrée, la première condition du test n'est pas vérifiée, il n'aborde plus les deux conditions restantes.

#### **- Evolution de la structure du marché**

Toutefois, selon les données chiffrées dont dispose le Conseil, l'entreprise la plus importante sur les marchés de détail des services téléphoniques s'accapare, de façon assez constante, entre 77% et 82% des revenus générés sur ces marchés sur la période de 2004 à 2011. Ce qui signifie, selon l'avis du Conseil, que la structure des marchés sous revue n'a pas connu d'évolution marquée depuis 2006.

#### **- L'incapacité du droit de la concurrence à remédier aux défaillances du marché.**

Le Conseil précise que le résultat de la 3<sup>e</sup> condition du test ne préjuge pas de l'existence ou de l'absence d'une position dominante dans le chef d'une des entreprises actives sur le marché. Toutefois, même si l'existence d'une entreprise en position dominante était avérée, le Conseil estime que le droit de la concurrence serait en mesure de remédier à des défaillances éventuelles du marché.

---

<sup>7</sup> Analyse concernant les marchés 3/2003, 4/2003, 5/2003 et 6/2003 p.6 ;

## 2.2. Les offres « voix sur IP »

Selon l'ILR, « une partie croissante du marché des communications téléphoniques est captée par les offres de type « voix sur IP » et « *les services mobiles de téléphonie vocale grignotent avec un succès grandissant aux parts de marché du fixe* ». Le Conseil regrette de ne pas avoir des explications plus détaillées sur la façon dont les offres de voix sur IP renforcent la concurrence sur les marchés sous analyse. Par exemple, il n'est pas clair dans quelle mesure la diffusion de ce type d'offres est freinée par le couplage des accès Internet à l'abonnement téléphonique.

Par ailleurs, à l'avis du Conseil, le fait que les communications en position déterminée sont concurrencées par les communications vocales sur réseau mobile n'a pas forcément un impact sur la concentration et le caractère concurrentiel du marché de détail des services téléphoniques en position déterminée. Pour cela, il faudrait que les services téléphoniques sur réseau mobile soient suffisamment substituables aux services téléphoniques en position déterminée.

## 2.3. La perception des services sous analyse par le client final

L'ILR note que « *On ne discerne pratiquement plus les services téléphoniques comme service offert sur des marchés spécifiques, mais on doit considérer des offres qui regroupent en un seul produit des services de communications électroniques* » et conclut que « *Il en ressort que la demande de services de détail qui font l'objet de la présente analyse sont en très forte régression.* »<sup>8</sup>

Les offres de services individuels ont certainement perdu fortement en importance au profit des offres multiproduits. Néanmoins, le Conseil souhaite faire part des réflexions suivantes :

- Malgré l'avancée des offres multiproduits, il serait prématuré d'en conclure à la mort des services téléphoniques fournis en tant qu'offres individuelles. Par exemple, le nombre total d'accès au réseau téléphonique en position déterminée fournis par les opérateurs est toujours un multiple du nombre de contrats multiproduits conclus par ces mêmes opérateurs. La différence doit forcément donner lieu à une demande pour des offres individuelles de services téléphoniques ;
- Que les services téléphoniques soient vendus sous forme d'offres multiproduits ne signifie pas forcément que la demande pour ces services de détail est en régression ; ils sont simplement commercialisés de façon différente. Par ailleurs, les marchés de détail d'offres multi-produits soulèvent en principe les mêmes problèmes de concurrence que les services individuels qui les composent. Une entreprise en position dominante sur les marchés de services individuels a de

---

<sup>8</sup> Analyse concernant les marchés 3/2003, 4/2003, 5/2003 et 6/2003 p.7 ;

fortes chances de conserver sa position dominante en la transférant sur les marchés des offres multiproduits.

#### **2.4. Obligations réglementaires suffisantes imposées sur les marchés de gros correspondants**

L'offre de gros la plus directement liée aux services téléphoniques est le départ d'appel en position déterminé (marché 2/2007) qui permet la sélection et la présélection de l'opérateur. Or, selon les chiffres de l'analyse du marché 2/2007, le départ d'appel est en déclin rapide. Le Conseil regrette de ne pas avoir eu plus d'informations sur l'évolution des différentes offres de gros - par exemple sur la question de savoir si ce déclin a été compensé par l'utilisation accrue d'autres offres de gros.

#### **2.5. Le projet de règlement**

L'article 1<sup>er</sup> du projet de règlement relatif aux marchés sous analyse conclut que ces marchés sont concurrentiels. Le Conseil est d'avis que, du point de vue du droit de la concurrence, il existe une présomption de position dominante dans le chef d'une des entreprises actives sur ces marchés.

Quoiqu'il ne soit pas impossible qu'un marché soit raisonnablement concurrentiel même en présence d'une entreprise en position dominante, le Conseil propose à l'ILR d'adopter une formulation plus neutre et plus directement associée à la « *Recommandation 2007/879/CE* ».

### **3. Conclusion**

Le Conseil prend note que le cadre législatif de la deuxième analyse de ces marchés a doublement changé :

- la loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et les services de communications électroniques a été abrogée par la loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques, loi qui impose de nouveaux critères à examiner dans le cadre des analyses de marchés pour évaluer la puissance de marché ;
- les marchés de détail des services téléphoniques accessibles au public en position déterminée n'ont plus été retenus par la Recommandation 2007/879/CE comme marchés susceptibles d'être soumis à une régulation ex-ante.

Le Conseil est conscient que la méthodologie des analyses varie selon que les marchés à analyser figurent parmi ceux qui ont été retenus par cette recommandation 2007/879/CE ou qu'ils n'y figurent pas. Dans le premier cas, le but de l'analyse de marché est d'établir s'il existe une entreprise puissante sur le marché ; dans le deuxième cas, il suffit

d'appliquer le test des trois critères précités. Le Conseil précise que le résultat de ce test ne préjuge pas de l'existence ou de l'absence d'une position dominante dans le chef d'une des entreprises actives sur le marché.

Le Conseil estime que la décision d'abrogation d'une réglementation existante est une décision aussi incisive que celle d'imposer une réglementation nouvelle. Toutefois, le Conseil n'a pas d'objection à l'abrogation de la réglementation des marchés des services téléphoniques de détail et estime que, même si l'existence d'une entreprise en position dominante était avérée, le droit de la concurrence serait en mesure de remédier à des défaillances éventuelles du marché.

Pour ces raisons, le Conseil donne son accord au règlement projeté par l'ILR portant abrogation de la décision 07/113/ILR.

Ainsi délibéré et avisé en date du 5 décembre 2013.



Pierre Rauchs  
Président



Claude Bingen  
Conseiller



Paulette Lenert  
Conseiller



Jean-Claude Weidert  
Conseiller