

**Analyse du marché de la terminaison d'appel sur divers réseaux
téléphoniques publics individuels en position déterminée
(Marché 3/2007)**

AVIS DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE

N°2013-AV-04

(23.08.2013)

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 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 (article 19 de la loi précitée) et, soit impose aux entreprises puissantes sur le marché des obligations spécifiques appropriées, soit maintient ou modifie ces obligations, si elles existent déjà. La notion de puissance sur le marché correspond à celle de position dominante au sens de l'article 102 TFUE.

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 de la concurrence par courrier du 12 juillet 2013 de son analyse portant sur le marché de la terminaison d'appel sur divers réseaux téléphoniques publics individuels en position déterminée (marché 3 dans la Recommandation 2007/879/CE précitée).

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, anticipant les évolutions technologiques, économiques et commerciales probables 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, les commentaires et réflexions du Conseil dans le cadre du présent avis ne sauraient préjuger de ses décisions lors d'affaires spécifiques qu'il aurait à trancher à l'avenir (voir en ce sens l'article 15, §1 de la Directive « cadre »¹ et le point 16 de la Recommandation précitée).

Dans le même ordre d'idées, ni les obligations envisagées et adoptées le cas échéant ultérieurement par l'ILR, ni le présent avis ne préjugent d'une éventuelle procédure sur base de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence concernant des comportements éventuellement anti-concurrentiels en relation avec les marchés sous avis.

La démarche de l'ILR consiste à définir d'abord le ou les marchés pertinents, ensuite à les analyser et à déterminer les entreprises puissantes sur le marché, pour finalement exposer les mesures que l'ILR entend adopter pour assurer le fonctionnement concurrentiel des marchés de détail qui dépendent du ou des marchés de gros sous examen.

2. La définition des marchés pertinents

Le service de terminaison d'appel correspond à un service de gros, c'est-à-dire entre opérateurs, offert par un opérateur sur son réseau destiné à acheminer les appels entrants vers les clients finals connectés à son réseau. Sur le territoire luxembourgeois, tous les

¹ 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.

opérateurs notifiés auprès de l'ILR en tant qu'exploitants d'un réseau téléphonique public fixe et utilisant des ressources du plan national de numérotation sont en position d'offrir ce service sur leurs éléments de réseau. La terminaison d'appel est bien entendu un service indispensable à la fois au bon fonctionnement du secteur des communications électroniques et à l'éclosion d'une concurrence saine entre opérateurs indépendants offrant des services différenciés et novateurs à des conditions compétitives.

Dans la section « contexte de marché », l'ILR décrit l'offre de terminaison d'appel fournie par l'Entreprise des P & T (ci-après : EPT), qui fait partie de l'Offre de Référence d'Interconnexion (RIO) publiée par l'EPT. Le Conseil comprend les explications de l'ILR dans le sens que L'EPT applique la terminaison d'appel telle que spécifiée au sein de la RIO 2010, alors que l'offre de référence approuvée par l'ILR est celle publiée par l'EPT en septembre 2006 et approuvée par l'ILR, sous forme amendée, par le règlement 2009/143/ILR du 23 juillet 2009 pour l'année 2007. Le Conseil renvoie à son avis 2013-AV-03 concernant l'analyse du marché de départ d'appel et recommande que l'ILR explique aux acteurs du marché quelle est l'offre de référence actuellement en vigueur, et quelle en est la base légale.

L'ILR ne mentionne pas les offres des autres opérateurs. Le Conseil regrette de ne pas disposer de plus d'informations sur les tarifs appliqués par les autres opérateurs.

Afin de délimiter le marché des services de terminaisons d'appels, l'ILR fait les tests de substituabilité entre :

- les services de terminaison d'appel fournis sur deux réseaux téléphoniques publics distincts A et B ;
- le départ d'appel et la terminaison d'appel ;
- les services de terminaison d'appel par circuit commuté et les services de terminaison d'appel en VoIP/VoB avec contrôle de la qualité de service (type 1)² ;
- les services de terminaison d'appel par circuit commuté et les services de terminaison d'appel en VoIP/VoB du type « *best effort* » (type2) ;
- les services de terminaison d'appel vers des numéros géographiques et les services de terminaison d'appel vers des numéros d'urgence ;
- les services de terminaison d'appel vers des numéros géographiques et les services de terminaison d'appel vers des numéros non géographiques.

Le Conseil rejoint l'ILR pour les tests de substituabilité sauf en ce qui concerne ceux en relation avec les numéros géographiques et les numéros non-géographiques. Le Conseil estime en effet qu'un opérateur qui est en mesure de fournir une terminaison d'appel pour

² Voice over Internet Protocol et Voice over Broadband désigne, en simplifiant, la téléphonie via Internet. Le contrôle de la qualité de service signifie une gestion des signaux adaptée à la transmission de la voix et l'utilisation d'un numéro géographique ou non-géographique.

un numéro géographique le peut tout autant pour un numéro non-géographique, et qu'il y a donc substituabilité du côté de l'offre.

Si l'ILR considère que ces deux types de services ne sont pas substituables, ils représentent alors deux sous-marchés séparés 3.1 et 3.2 du marché 3. Ne faudrait-il pas procéder dans ce cas, en principe, à deux analyses de marché distinctes, avec désignation des opérateurs puissants sur les deux sous-marchés et formulation d'obligations distinctes pour assurer le fonctionnement concurrentiel des marchés en aval ? Inversement, si l'ILR considère que la désignation des opérateurs et les obligations retenues sont valables à la fois pour la terminaison d'appels vers les numéros géographiques et non-géographiques, quel est l'intérêt de distinguer deux marchés séparés ? Le Conseil recommande que l'ILR fournisse une explication supplémentaire à ce sujet.

Indépendamment de cette objection, le Conseil partage néanmoins les conclusions de l'ILR et retient que le marché en cause est celui des services de terminaison d'appel

- en position déterminée
- vers les numéros géographiques et les numéros d'urgence
- incluant les services sur réseau commuté et sur base des technologies VoIP et VoB avec contrôle de la qualité de service.

Etant donné que les services de terminaison d'appel ne peuvent être fournis par chaque opérateur que sur son propre réseau, la dimension géographique est celle de la couverture du réseau individuel, et il convient de retenir un marché en cause distinct pour chaque réseau en opération, c'est-à-dire retenir en fait 12 marchés pertinents séparés, de taille très divergente.³

3. Identification des opérateurs puissants sur le marché

L'objet de l'analyse de marché est de déterminer s'il est concurrentiel, i.e. de savoir si la concurrence s'exerce de manière à ce que le bénéfice du consommateur soit maximisé grâce à la concurrence par les prix et par l'innovation. Tel est le cas si aucun opérateur ne jouit, individuellement ou conjointement, d'une puissance significative sur le marché:

« Une entreprise est considérée comme disposant d'une puissance significative sur le marché si, individuellement ou conjointement avec d'autres, elle se trouve dans une position équivalente à une position dominante, c'est-à-dire qu'elle est en mesure de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et, en fin de compte, des consommateurs » (article 14 de la Directive « cadre »).

Les Lignes directrices de la Commission énoncent que dans le cadre d'un examen ex ante *« la puissance en question se mesure essentiellement à la possibilité que l'entreprise*

³ Les opérateurs de réseau retenus par l'ILR sont : Cegecom, Coditel, l'EPT, Luxembourg Online, Orange, Orange Business Luxembourg, Tango, Telenet Solutions, Verizon, Visual Online, Voipgate et Voxbone.

concernée a d'augmenter ses prix en restreignant sa production sans enregistrer une baisse significative de ses ventes ou de ses recettes »⁴

Puisque les services de terminaison d'appel fournis sur un réseau ne sont pas substituables aux services fournis sur un autre réseau, et que chaque opérateur a la maîtrise de son réseau il est clair qu'il peut, en principe, pratiquer les prix de gros qu'il veut. Chaque opérateur détient une part de marché de 100% sur son réseau. Dès lors, le Conseil se rallie à la conclusion de l'ILR que chacun des 12 opérateurs actifs jouit d'un monopole sur son réseau, en ajoutant que les marchés de la terminaison d'appel ne sont pas soumis à une quelconque dynamique concurrentielle et risquent de restreindre la concurrence sur les marchés de détail des services de la téléphonie fixe.

Toutefois, les réseaux sont de taille fort différente, avec l'EPT détenant le seul réseau à couverture nationale au Luxembourg. Ceci entraîne que l'EPT occupe une position à part dans la mesure où elle n'a, en théorie, pas d'intérêt commercial à fournir le service de terminaison, alors que les autres opérateurs seraient exclus de toute activité sur les marchés de détail s'ils ne pouvaient pas terminer les appels de leurs clients sur le réseau de l'EPT. Dans ce contexte, le Conseil recommande que l'ILR publie des indications sur l'évolution des services de terminaison d'appel, en volume (minutes) ou en valeur (euros), fournis par l'EPT en comparaison avec la totalité des services fournis dans le cadre du marché 3.

4. Développement des obligations appropriées

L'ILR propose d'imposer aux entreprises identifiées comme puissantes sur leur marché respectif les obligations suivantes :

- les prestations d'accès et d'interconnexion ;
- la non-discrimination ;
- la transparence ;
- le contrôle des prix.

Les obligations proposées s'appliqueraient de manière symétrique aux opérateurs reconnus puissants sur leur marché respectif. L'analyse de marché n'aurait pas démontré aux yeux de l'ILR qu'il existe, à l'horizon du présent cycle d'analyse, des différences entre les puissances des différents opérateurs puissants sur le marché justifiant une différence de traitement entre les opérateurs.

4.1. Les prestations d'accès et d'interconnexion

⁴ Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques (2002/C 165/03), point 73.

Il est clair que sans accès ni interconnexion, la seule manière d'arriver à une situation de concurrence entre les opérateurs serait la multiplication des réseaux sur un même espace géographique, ce qui ne se fait dans aucun pays et serait irréalisable pour des raisons économiques évidentes.

Il faut dès lors que les réseaux détenus par les différents opérateurs soient interconnectés. Or, comme expliqué déjà ci-avant sous le titre 3, les opérateurs importants n'ont pas forcément un intérêt à fournir la terminaison d'appel à leurs concurrents. Si, concrètement, l'EPT ne fournissait pas la terminaison d'appel, les autres opérateurs ne seraient pas en mesure d'offrir un service de téléphonie fixe à leurs clients. L'obligation d'accès et d'interconnexion est donc nécessaire.

Cette obligation reste justifiée même si aucun manquement de la part des entreprises puissantes sur leur marché n'a été constaté dans le passé. Cette absence est peut-être justement due à l'existence de ces obligations. Mieux vaut en tout cas une obligation claire que la seule confiance dans la bonne foi des acteurs du marché.

Le Conseil marque son accord avec l'imposition des obligations d'accès et d'interconnexion envisagées par l'ILR, qui sont à son avis nécessaires, justifiées et proportionnées.

4.2. La non-discrimination

Cette obligation vise notamment à garantir que
« dans des circonstances équivalentes l'opérateur puissant sur le marché de l'accès ou de l'interconnexion applique des conditions équivalentes à toute entreprise notifiée fournissant des services équivalents ».

et à ce que l'opérateur puissant fournisse
« à cette entreprise des services et des informations dans les mêmes conditions et avec la même qualité que ceux qu'il assure pour ses propres services ou pour ceux de ses filiales ou partenaires ».

Elle concerne

- les prix de gros
- la qualité de service
- la couverture géographique
- l'éventail des services
- l'accès aux informations.

Le Conseil marque son accord avec l'imposition de cette obligation, qui est à son avis nécessaire, justifiée et proportionnée, et, par ailleurs, nécessaire à l'égard de l'article 102 TFUE.

4.3. La transparence

La transparence consiste en la communication/publication de toutes les informations contractuelles liées à la fourniture des services d'accès au réseau. L'ILR propose une obligation de transparence qui imposerait aux opérateurs identifiés comme puissants de :

- publier une offre de référence suffisamment détaillée afin de permettre aux autres opérateurs d'acheter seulement les prestations dont ils ont besoin ;
- communiquer à l'ILR leurs accords avec les autres opérateurs en matière d'accès et d'interconnexion, au plus tard 30 jours après leur entrée en vigueur.

Cette obligation marque un changement par rapport aux obligations formulées lors du premier cycle d'analyses de marchés de 2007 en ce sens que l'obligation d'une offre de référence ne concernait que l'EPT ; les autres opérateurs étaient seulement tenus de publier leurs tarifs de terminaison en ligne. Le Conseil comprend que ce changement provient de l'intention de l'ILR de formuler des obligations symétriques à tous les opérateurs désignés comme puissants sur leur marché. Le Conseil regrette toutefois le surplus en travail administratif que cette obligation entraînera surtout pour les petits opérateurs actifs dans le marché. Il ne semble pas que ce volet de l'obligation proposée soit compatible avec les efforts gouvernementaux en matière de *simplification* administrative.

Le Conseil marque son accord avec l'obligation de transparence tout en recommandant que l'ILR, ayant recours à ses ressources et son expertise, développe un document type en matière d'offre de référence qui peut être mis à disposition des opérateurs intéressés.

4.4. Le contrôle des prix

Cette obligation consiste à imposer aux opérateurs désignés puissants l'orientation des prix des prestations de terminaison d'appel sur un réseau fixe vers les coûts. Le Conseil rejoint l'ILR dans le constat qu'un contrôle des prix et une orientation des prix de gros des services de terminaison d'appel sont essentiels, car, en l'absence de dynamique concurrentielle, les opérateurs puissants sur leur marché ne tendront pas d'eux mêmes vers une fixation des prix de gros à des niveaux concurrentiels. Ils n'ont pas d'intérêt à se priver d'une rente monopolistique. Or des prix de gros élevés érigerait une barrière à l'entrée pour les nouveaux entrants et se répercuteraient sur les prix des prestations sur les marchés de détail.

La tarification de ces prestations de gros de terminaison d'appel serait basée sur les coûts différentiels à long terme issus d'un modèle de coûts LRIC, c'est-à-dire des coûts incrémentaux de long terme ou encore coût marginaux moyens de long terme, d'un opérateur générique efficace, conformément à la « Recommandation de la Commission du 7 mai 2009 sur le traitement réglementaire des coûts de terminaison fixe et mobile dans l'Union européenne (2009/396/EC) ».

Le Conseil soutient vivement l'intention de l'ILR de baser cette obligation sur les coûts issus d'un modèle de coûts actuellement en cours de développement par l'ILR. Le Conseil trouve en effet que des décisions de régulation ne peuvent être basées sur les estimations invérifiables fournies par l'une des parties intéressées.

La méthode LRIC est dans la compréhension du Conseil un concept de coûts évitables qui renferme certains coûts fixes, mais pas de coûts communs, comme expliquée par la Commission européenne dans les « *Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (2009/C 45/02)* » :

« Le coût évitable moyen est la moyenne des coûts qui auraient pu être évités si l'entreprise n'avait pas produit une unité (supplémentaire), en l'occurrence celle qui aurait fait l'objet d'un comportement abusif. Dans la plupart des cas, le coût évitable moyen et le coût variable moyen (CVM) seront identiques, car ce ne sont souvent que les coûts variables qui peuvent être évités. Le coût marginal moyen à long terme (CMMLT) est la moyenne de tous les coûts (variables et fixes) qu'une entreprise supporte pour fabriquer un produit déterminé. Le CMMLT et le coût total moyen (CTM) sont de bons indicateurs l'un de l'autre; ils sont identiques dans le cas des entreprises qui ne fabriquent qu'un seul produit. Si des entreprises fabriquant plusieurs produits réalisent des économies de gamme, le CMMLT serait inférieur au CTM pour chaque produit, car les véritables coûts communs ne sont pas pris en compte dans le CMMLT. »

La méthode des coûts évitables a le grand avantage qu'elle ne nécessite pas de clé de répartition pour les coûts communs, qui restera toujours arbitraire et sujet à controverse. Le Conseil préconise la méthode LRIC à la fois pour la terminaison d'appel et pour les autres tarifs d'interconnexion, comme le départ d'appel. Par ailleurs, la méthode LRIC a été appliquée dans nombre de jurisprudences de la Cour de justice dans le secteur des communications électroniques.

Le Conseil ne voit pas d'inconvénient à ce que cette obligation soit imposée de façon symétrique à tous les opérateurs puissants sur leur marché. Le Conseil s'attend à ce que cette démarche conduise à une baisse substantielle des tarifs de terminaison d'appel, en ligne avec ce qui a été constaté dans les Etats membres qui se sont déjà conformés ou sont en voie de se conformer à la Recommandation du 7 mai 2009. Le Conseil s'attend aussi à ce que la distinction heures pleines / heure creuses ne soit pas maintenue, car il serait difficile de baser cette distinction sur une différence de coûts.

Par contre, le Conseil ne comprend pas pour quelle raison « *l'ILR impose aux opérateurs puissants la charge de la preuve que les redevances sont déterminées en fonction des coûts, c'est-à-dire, dans le contexte des plafonds tarifaires envisagés, que, sur la base du trafic réel terminé par chaque opérateur puissant, l'application de ses tarifs aboutit à des redevances au plus égales au plafond tarifaire (p.51)* ». Exiger une preuve de la part d'un opérateur puissant est cohérent lorsque cet opérateur fixe ses tarifs lui-même, mais pas lorsqu'il se voit imposer un tarif, ne fût-ce qu'un tarif maximal, de la part du régulateur.

En appliquant des tarifs issus d'un modèle de coûts neutre et cohérent, l'ILR a déjà prouvé que ces tarifs sont orientés sur les coûts. Le Conseil se demande pourquoi il conviendrait d'exiger une deuxième preuve de la part des opérateurs.

Le Conseil trouve également que l'ILR doit clarifier le sens de la phrase : « *la preuve que (...) l'application de ses tarifs aboutit à des redevances au plus égales au plafond tarifaire.* » Pour quelle raison l'opérateur devrait prouver que ses « redevances » n'excèdent pas le plafond tarifaire, puisqu'il sera de toute façon obligé de respecter le plafond tarifaire ? De même, si le calcul des coûts d'un opérateur montre que les plafonds tarifaires ne couvrent pas les coûts, sera-t-il obligé de fournir un service à perte ?

Le Conseil marque son accord avec l'obligation de contrôle des prix sous réserve que l'ILR explique pour quelles raisons les opérateurs doivent fournir la preuve de l'orientation sur les coûts des tarifs de terminaison, alors que l'ILR a l'intention d'imposer des tarifs maxima qui reposent déjà sur un calcul des coûts.

4.5. La séparation comptable

L'ILR n'entend plus imposer d'obligation de séparation comptable à l'EPT. Le Conseil est d'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 d'interconnexion n'est plus nécessaire. L'ILR dispose dans ce cas des éléments nécessaires pour pouvoir contrôler l'orientation des tarifs sur les coûts.

5. Conclusion

Le Conseil de la concurrence marque son accord avec les obligations envisagées par l'ILR, qui s'inscrivent dans le cadre légal qui s'impose à l'ILR et qui sont, selon l'avis du Conseil, nécessaires, justifiées et proportionnées pour remédier au problème concurrentiel identifié en matière de prestation d'accès et d'interconnexion (4.1.), de non-discrimination (4.2.) et de transparence (4.3.). Le Conseil marque également son accord à ce que l'obligation de séparation comptable ne soit plus imposée (4.5.).

Le Conseil réserve son accord relatif au contrôle des prix (4.4.) et invite l'ILR à fournir des explications pertinentes concernant l'obligation imposée aux opérateurs de fournir la preuve de l'orientation sur les coûts des tarifs de terminaison, alors que l'ILR a l'intention d'imposer des tarifs qui reposent déjà sur un calcul des coûts.

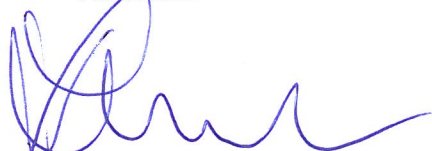
Ainsi délibéré et avisé en date du 23 août 2013.



Pierre Rauchs
Président



Claude Bingen
Conseiller



Paulette Lenert
Conseiller



Jean-Claude Weidert
Conseiller