

Décision 2013-RP-02

du 8 mai 2013

concernant le rejet d'une plainte déposée par

Telecom Luxembourg Private Operator S.A.

à l'encontre de

l'Entreprise des Postes et Télécommunications

Version unique

Le Conseil de la concurrence ;

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

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

Vu l'article 17 du règlement intérieur du Conseil de la concurrence ;

Vu la plainte et la demande de mesures conservatoires de Telecom Luxembourg Private Operator S.A. (ci-après TL) du 22 mai 2012 ;

Vu les observations de l'Entreprise des Postes et Télécommunications (ci-après EPT) du 6 juillet 2012 ;

Vu l'ordonnance du président du Conseil de la concurrence du 10 juillet 2012 ;

Vu le complément d'informations de TL du 27 juillet 2012 à la plainte et à la demande de mesures conservatoires ;

Vu les observations additionnelles et de synthèse de l'EPT du 27 juillet 2012 sur la demande de mesures conservatoires ;

Vu la réplique de l'EPT du 21 août 2012 aux observations de TL ;

Vu le rapport du conseiller désigné du 20 mars 2013;

Vu les observations de l'EPT du 19 avril 2013 sur le rapport du conseiller désigné;

Vu les observations de TL du 19 avril 2013 sur le rapport du conseiller désigné;

Vu les pièces du dossier ;

considérant ce qui suit :

1. Index

1.	Index	3
2.	Faits reprochés	4
3.	Entreprises concernées	4
4.	Rétroactes	5
5.	Contexte	5
6.	Définition du marché en cause	6
6.1.	Définition du marché des produits	8
6.2.	Comparaison et substituabilité des offres de fourniture d'accès à large bande du marché de gros	10
6.2.1.	Dégrouper de la boucle métallique (Reference Unbundling Offer RUO)	10
6.2.2.	Dégrouper de la fibre optique FTTH (Fiber Access Offer FAO)	12
6.2.3.	Dégrouper de la fibre optique FTTO	12
6.2.4.	Fibre noire	13
6.2.5.	Lignes louées (demi-circuits)	13
6.2.6.	Fourniture d'accès à large bande par la revente des services DSL (Reference DSL Offer RDSLO)	14
6.2.7.	Fourniture d'accès à large bande par la revente des services à très haut débit sur FTTH (Offre très haut débit ORATH)	15
6.2.8.	Fourniture d'accès à large bande (Offre en Gros Bitstream OGB)	16
6.2.9.	Fourniture d'accès à large bande via CATV	17
6.2.10.	Fourniture d'accès à large bande via réseaux mobiles	17
6.3.	Comparaison et substituabilité des offres d'accès à large bande au marché de détail	18
6.4.	Définition du marché des produits en cause	18
6.5.	Définition du marché géographique	19
6.6.	Définition du marché en cause	20
7.	Position dominante	20
8.	Affectation du commerce intra-communautaire et droit applicable	21
9.	Examen de la plainte	23
10.	Analyse des coûts	24
10.1.	Examen de la notion de coûts en matière de comportement prédateur	24
10.2.	Analyse des coûts variables	26
11.	Analyse des intentions et des effets	30
11.1.	Le sacrifice de l'entreprise prédatrice	31
11.2.	Les effets sur le marché	31
11.3.	Les preuves directes d'un plan d'éviction	32
11.4.	Les effets sur le pouvoir de marché de l'entreprise prédatrice	33
11.5.	La récupération des pertes encourues	34
11.6.	La sélectivité de la tarification est un indice de comportement prédateur	39
11.7.	La prédation fait partie d'une stratégie commerciale non-pertinente sauf du point de vue de la prédation	39
12.	Les aides d'Etat	40
14.	Autres reproches formulés par la plaignante	40
15.	Conclusion	42
	Annexe I : Clients non-résidentiels – accès à large bande – par localité.	44
	Annexe II : Répartition géographique des clients non-résidentiels – accès à large bande	45

2. Faits reprochés

1. Par courrier du 22 mai 2012, Me Pierre De Bandt a saisi le Conseil de la concurrence (ci-après « le Conseil ») pour le compte de TL d'une plainte ainsi que d'une demande de mesures conservatoires à l'encontre de l'EPT sur base de l'article 10 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.

La plainte et la demande de mesures conservatoires visent l'« Offre de Référence Connectivité Internet » (ci-après ORCE), laquelle ORCE fixe les conditions minimales accordées par l'EPT aux autres opérateurs en communications électroniques (ci-après les opérateurs alternatifs) dans le but de permettre à ces opérateurs d'offrir leurs services d'accès à Internet à leurs propres clients finals.

Selon la plaignante, l'EPT aurait commis un abus de position dominante interdit par l'article 5 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence et l'article 102 TFUE par le fait de proposer des prix prédateurs inférieurs à ses coûts variables moyens dans le cadre de l'offre ORCE »¹.

3. Entreprises concernées

2. Telecom Luxembourg Private Operator S.A.
89F, rue de Pafebruch
L-8308 Capellen
Registre de commerce n° B65305.

TL est un opérateur en communications électroniques notifié auprès de l'Institut Luxembourgeois de Régulation (ci-après ILR). TL propose l'accès à des réseaux à très haut débit et un ensemble de services en relation avec l'Internet à très haut débit à une clientèle d'entreprises à la fois dans le secteur des communications électroniques (marché de gros) et dans d'autres secteurs (marché de détail non-résidentiel). TL a réalisé un chiffre d'affaires de 11.9 millions d'euros en 2012, une augmentation de 37% à périmètre égal sur 2011, et occupe quelque 55 salariés. TL se voit comme le principal concurrent de l'EPT au niveau du marché de la fourniture en gros d'accès Internet à très haut débit.

3. Entreprise des Postes et Télécommunications
8A, avenue Monterey
L-2020 Luxembourg
Registre de commerce n° J28

L'EPT est un établissement public créé par la loi du 10 août 1992 portant création de l'Entreprise des Postes et Télécommunications. L'EPT 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 ladite loi). L'EPT a réalisé un chiffre d'affaires de 603 millions d'euros en 2011 et occupait 2.915 personnes à la fin de l'année 2011.

¹ Plainte du 22 mai 2012 point 50.

L'EPT dispose du réseau de télécommunication le plus étendu à Luxembourg, aussi bien en ce qui concerne le réseau classique en paires de fils de cuivre qu'en ce qui concerne les réseaux dits de nouvelle génération (NGA), notamment en fibres optiques.

4. Rétroactes

Sept. 2011	L'EPT commercialise le service Direct Internet Access (« DIA »)
28/10/2011	Publication par l'EPT d'une offre de gros DIA commerciale (Offre en Gros Connectivité Ethernet – OGCE);
15/11/2011	Lettre de l'EPT à l'ILR concernant, selon l'avis de l'EPT, la non-applicabilité du règlement 08/133/ILR à l'offre DIA ;
15/12/2011	Décision ILR concernant l'applicabilité du règlement 08/133/ILR à l'offre DIA, entraînant l'obligation pour l'EPT de soumettre à l'approbation de l'ILR une offre de gros relative au service DIA ;
13/01/2012	Publication par l'EPT de l'Offre de Référence Connectivité Ethernet soumis à l'approbation de l'ILR ;
22/05/2012	Plainte et demande de mesures conservatoires de TL pour abus de position dominante en raison des prix prétendument abusifs proposés dans l'ORCE ;
29/06/2012	Audition des parties ;
10/07/2012	Ordonnance désignant le conseiller désigné ;

4. La demande de mesures conservatoires a été rejetée par décision du président du Conseil en date du 24 août 2012.
5. Cette décision est sans préjudice de la décision sur le fond concernant les griefs de la plainte. Pour arriver à une décision sur le fond, il a été nécessaire que le conseiller désigné mène une enquête approfondie en usant des pouvoirs énumérés aux articles 14 à 19 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence. Cette enquête est ponctuée par une communication des griefs lorsque le conseiller désigné retient des charges à l'encontre d'une ou de plusieurs entreprises ou bien par un rapport au Conseil lorsqu'il estime que l'affaire doit être classée (articles 17 et 18 du règlement intérieur du Conseil). Ce rapport a été envoyé aux parties le 20 mars 2013.

5. Contexte

6. Depuis septembre 2011, l'EPT commercialise un service d'accès Internet à très haut débit dénommé "Direct Internet Access" (ci-après DIA), dédié à une clientèle dite non-résidentielle, c'est-à-dire aux entreprises.
7. Dans sa décision du 15 décembre 2011, l'ILR considère que :
8. « L'offre DIA est une offre de détail d'accès à large bande qui tombe sous le champ d'application du règlement 08/133/ILR du 18 juillet 2008 portant sur la définition des marchés pertinents de la fourniture en gros d'accès à large bande (marché 12), l'identification des opérateurs puissants sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre, tel que modifié par le règlement 09/137/ILR du 12 mars 2009 (ci-après « le règlement 08/133/ILR »).

Ce règlement impose l'obligation de possibilité de réplcation par les opérateurs alternatifs des offres de l'EPT prévue à l'article 5(2) d) du règlement précité.

Par ailleurs, l'article 6(2) a) du règlement 08/133/ILR impose l'existence préliminaire d'une offre régulée. L'offre de gros DIA commerciale devra cependant être maintenue jusqu'à l'approbation de l'offre de gros DIA réglementée ».²

9. « L'offre de gros DIA commerciale » de l'EPT existe à l'heure actuelle sous la dénomination ORCE en tant qu'offre commerciale, c'est-à-dire non régulée, et a déjà donné lieu à des transactions entre l'EPT et d'autres opérateurs. Elle a été soumise en date du 13 janvier 2012 à l'ILR pour approbation en tant qu'offre régulée, et a fait l'objet d'une consultation publique du 23 janvier au 24 février 2012. A ce jour, l'ORCE n'a pas encore été ni approuvée ni rejetée par l'ILR.

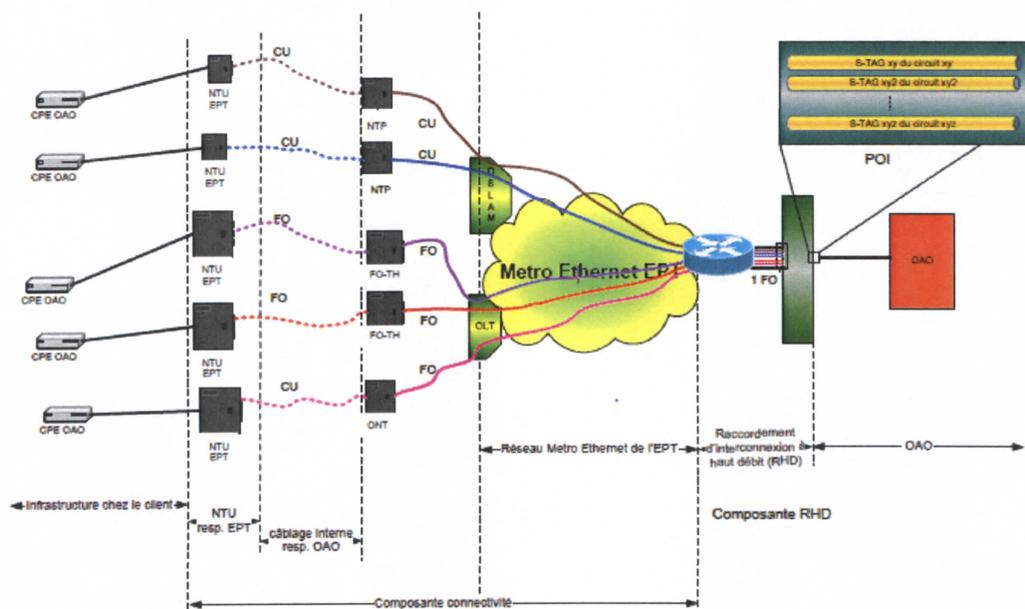
6. Définition du marché en cause

10. La définition du marché en cause peut être d'une importance cruciale, car il arrive qu'une entreprise se trouve en position dominante ou non en fonction de la délimitation du marché qui a été retenue. Comme la plainte porte sur les caractéristiques de l'ORCE, le marché en cause doit être défini sur base du marché visé par l'ORCE.
11. L'ORCE est une offre de référence qui « fixe les conditions minimales du Service connectivité Ethernet qui seront accordées aux opérateurs alternatifs (« Opérateurs ») sur la base d'une offre régulée de vente en gros (« Service connectivité Ethernet ») dans le but exclusif de permettre aux opérateurs d'offrir leurs services d'accès à Internet à leurs propres Clients Finals. »³ En particulier, elle doit permettre à ces opérateurs la réplcation de l'offre DIA de l'EPT. DIA est une offre « d'accès Internet à haut débit pour applications critiques »⁴ s'adressant à des utilisateurs non-résidentiels. Comme l'ORCE s'adresse à des opérateurs en communications électroniques, il s'agit d'une offre de gros. Dans le sens qu'elle n'est pas encore approuvée par l'ILR, l'ORCE est une offre commerciale par opposition à une offre régulée.

² Communiqué de l'ILR du 15 décembre 2011.

³ Offre de Référence Connectivité Ethernet (ORCE) Version 1 datée du 13.01.2012 p. 4.

⁴ Description de l'offre DIA sur www.pt.lu.

Description du Service connectivité Ethernet⁵

12. Il est à noter que l'ORCE offre un choix au niveau des bandes passantes, dans le sens de débit binaire (bit rate) de la connexion Internet, qui varie entre 10 et 1000 Mbps (mégabits par seconde) selon le profil choisi. Bien qu'il n'existe pas de définition officielle, les bandes passantes jusqu'à 30 Mbps sont généralement appelées « large bande », et les vitesses supérieures sont appelées connexions à « très large bande ».⁶ L'ORCE est donc à la fois une offre d'accès à large bande et à très large bande. Il ne sera plus fait de distinction par la suite entre large bande et très large bande au sein de ce document.
13. Le marché en cause est alors par définition un marché de gros de fourniture d'accès à Internet. Cet accès peut être passif (physique) ou actif (binaire). L'examen de cette distinction sera fait explicitement aux points 25-31. Selon la décision précitée de l'ILR du 15 décembre 2011, le marché en cause est, pour l'ILR, celui de la fourniture en gros d'accès à large bande. Il s'agit du marché 12 de la Recommandation de la Commission du 11 février 2003⁷, à laquelle l'ILR se réfère, et du marché 5 de la Recommandation de la Commission du 17 décembre 2007⁸

⁵ Offre de Référence Connectivité Ethernet, Annexe 1 p. 20.

⁶ Voir entre autres, les communications de l'ILR, les réponses à la demande de renseignement du 03 août 2012, ... Avec l'augmentation générale des bandes passantes sous l'effet de l'évolution technologique, cette frontière est mouvante.

⁷ Recommandation 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 (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) [notifiée sous le numéro C(2003) 497].

⁸ Recommandation de la Commission 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 [notifiée sous le numéro C(2007) 5406] / (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) / (2007/879/CE).

(« Marché de la fourniture en gros d'accès à large bande »), qui a remplacé la recommandation de 2003 précitée.

14. La fourniture en gros d'accès à large bande (marché 5/12) permet à un opérateur (tiers) de fournir un accès Internet large bande à ses clients (finals) bien que cet opérateur n'ait pas accès au client final parce qu'il ne dispose pas des infrastructures nécessaires au niveau du « réseau d'accès » (encore appelé last mile, local loop, boucle locale...). On entend par « réseau d'accès » la partie du réseau se situant entre les clients finals et le réseau dorsal, terme désignant les grands axes de réseau régionaux, nationaux et internationaux. Cet opérateur ne doit alors disposer que d'un « point de présence » avec les équipements appropriés à un endroit approprié de ce réseau dorsal.
15. Mais cette définition est peut-être insuffisante pour délimiter le marché de l'ORCE au sens du droit de la concurrence, ce marché étant peut-être moins générique et plus spécifique que le marché 5/12 auquel se réfère l'ILR. Tel est en tout cas l'avis, dans ses échanges avec l'ILR et le Conseil, de l'EPT, qui déplore également l'absence d'analyse détaillée des marchés dans la plainte.⁹
16. En effet, il est théoriquement pensable que l'EPT serait dominant sur le marché de la fourniture en gros d'accès à large bande tout court, au sens des recommandations de la Commission européenne et des règlements de l'ILR, mais pas sur celui de la fourniture en gros d'accès à large bande à une clientèle spécifique dans les conditions précises de et avec les caractéristiques propres à l'offre DIA. En tout état de cause, l'autorité de concurrence doit définir elle-même le marché en cause : « Le recensement de marchés en vertu de la présente recommandation ne porte pas préjudice à la définition de marchés dans le cadre d'affaires spécifiques en droit de la concurrence. En outre, la portée de la réglementation ex ante n'influence pas la portée des activités qui peuvent être analysées au titre du droit de la concurrence. »¹⁰

6.1. Définition du marché des produits

17. Le marché en cause doit être défini en termes géographiques et en termes de produits. Au niveau du marché de produits, la notion la plus déterminante est celle de la substituabilité du côté de la demande et du côté de l'offre:
18. « 7. (...) Un marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés. (...) »
19. « 13. La concurrence soumet les entreprises à trois grandes sources de contraintes: la substituabilité du côté de la demande, la substituabilité au niveau de l'offre et la concurrence potentielle. D'un point de vue économique, pour une définition du marché en cause la substitution du côté de la demande est le facteur de discipline le plus immédiat et le plus

⁹ Lettre de l'EPT à l'ILR du 15 novembre 2011, pièce III.2. et Annexe III.6. des « Observations additionnelles et de synthèse » du 27 juillet 2013 : Définition des marchés et position dominante.

¹⁰ Recommandation de la Commission du 17 décembre 2007 précitée, considérant 16.

efficace vis-à-vis des fournisseurs d'un produit donné, en particulier en ce qui concerne leurs décisions en matière de fixation des prix. (...) L'appréciation de la substituabilité de la demande entraîne une détermination de l'éventail des produits perçus comme substituables par le consommateur. Une façon de procéder à cette détermination peut être envisagée comme un exercice mental présupposant une variation légère, mais durable, des prix relatifs et évaluant les réactions probables des clients. (...) »¹¹

20. Dans les cas où la substituabilité par la demande n'a pas pu être établie, l'analyse du marché doit examiner la notion de substituabilité du côté de l'offre. Pour l'identification des produits (ou services) substituables, il suffit en effet que les produits (ou services) soient substituables du côté de la demande *ou* de l'offre :

21. « 20. On pourrait aussi analyser la substituabilité du côté de l'offre pour définir les marchés dans les opérations où celle-ci a des effets équivalents à ceux de la substitution du côté de la demande en termes d'immédiateté et d'efficacité. Il faut, pour cela, que les fournisseurs puissent réorienter leur production vers les produits en cause et les commercialiser à court terme sans encourir aucun coût ni risque supplémentaire substantiel en réaction à des variations légères, mais permanentes, des prix relatifs. »¹²

22. En d'autres termes, le test de la substituabilité du côté de l'offre consiste à examiner si pour chaque substitut potentiel, un opérateur concurrent qui est actif sur le marché de ce substitut potentiel, serait en mesure de déployer rapidement le « produit en cause ». Or, dans le cas d'espèce, le « produit en cause » est l'ORCE. Comme aucun autre fournisseur d'accès à large bande ne peut offrir un produit permettant l'accès au réseau Ethernet de l'EPT afin de pouvoir offrir le produit DIA, il ne peut y avoir de substituabilité du côté de l'offre.

Bien entendu, les autres opérateurs à côté de l'EPT sont éventuellement en mesure de proposer un service *substituable* à l'ORCE, mais pas l'ORCE elle-même. On n'est alors plus dans le cadre de la substituabilité du côté offre, mais on est ramené à la question de la substituabilité du côté demande. Les produits substituables du côté demande délimitent en l'espèce le marché en cause et il n'est pas nécessaire de s'attarder sur l'analyse de la substituabilité du côté de l'offre.

23. Il est donc nécessaire d'identifier les offres de gros substituables à l'ORCE « en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel (elles) sont destinées. »¹³. Mais l'ORCE est une offre de gros dont le but est de permettre la réplique du service DIA. Les offres substituables à l'ORCE sont alors les offres de gros qui permettent de répliquer au niveau du marché de détail l'offre DIA, mais aussi, accessoirement, les offres de gros qui permettent de répliquer des services de détail substituables à l'offre DIA. Ces deux examens – substituabilité de l'ORCE sur le marché de gros et substituabilité de la DIA sur le marché de détail – sont faits dans les sections 6.2 et 6.3 ci-après.

¹¹ « Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence » (97/C 372/03) points 7, 13.

¹² Ibid. point 20.

¹³ Ibid. point 7.

6.2. Comparaison et substituabilité des offres de fourniture d'accès à large bande du marché de gros

24. Seront examinées toutes les offres de gros de l'EPT qui permettent aux opérateurs un accès à large bande ; leur intitulé officiel se trouve entre parenthèses. Ces offres peuvent être régulées ou commerciales, publiques, c'est-à-dire publiées sur www.pt.lu, ou non-publiques, mais, dans ce cas, communiquées au Conseil dans le cadre de l'enquête.

6.2.1. Dégroupage de la boucle métallique (Reference Unbundling Offer RUO)

25. Le dégroupage consiste à relier une ligne du réseau d'accès appartenant à l'opérateur historique aux équipements d'un opérateur alternatif, moyennant le paiement, par ce dernier, d'un loyer dont le tarif est régulé par le régulateur sectoriel. L'opérateur historique a une obligation légale d'offrir le dégroupage aux opérateurs alternatifs, ce qui leur évite de devoir dupliquer le réseau d'accès afin d'avoir un accès aux utilisateurs finals.

26. Une ligne dégroupée peut être utilisée à fournir tous les services que l'opérateur veut offrir à ses clients finals, y-inclus une offre d'accès à large bande du type DIA, compte tenu, évidemment, des limitations techniques liées à l'infrastructure, en l'occurrence la paire de cuivre. Le dégroupage cuivre apparaît donc à première vue comme une alternative à l'ORCE du côté de la demande. L'EPT a d'ailleurs fourni au Conseil un exemple de calcul de réplification de l'ORCE destiné à décomposer les tarifs de l'ORCE en différents éléments constitutifs facturés à des tarifs publiés dans d'autres offres de référence, dont, entre autres, l'offre RUO.¹⁴

27. Le dégroupage de la boucle métallique dans les marchés résidentiel et non-résidentiel confondus n'a eu qu'un succès mitigé au Luxembourg. Seulement quelque 18.000 lignes sont dégroupées sur un total de 163.000¹⁵, ce qui est en termes relatifs bien inférieur à la moyenne en Union européenne. La raison du faible développement du dégroupage est sans doute liée, entre autres, à un potentiel insuffisant des économies d'échelle réalisables, s'expliquant par la faible densité urbanistique des agglomérations luxembourgeoises. En effet, le dégroupage nécessite des investissements en équipements importants de la part de l'opérateur au niveau des répartiteurs ou des sous-répartiteurs. Souvent, le coût de ces investissements ne peut pas être réparti sur un nombre suffisant de clients potentiels dans des zones qui ne sont pas peuplées densément.

28. Toutefois, cette difficulté concerne beaucoup plus le marché résidentiel que le marché non-résidentiel. Les services à valeur ajoutée plus importants offerts à une clientèle non-résidentielle comme le service DIA génèrent des recettes par client au moins dix fois plus importantes et facilitent ainsi l'amortissement des investissements nécessaires.

29. Le dégroupage de la boucle métallique est l'archétype du marché 4/11 des recommandations

¹⁴ Calcul de réplabilité version du 03 décembre 2012.

¹⁵ Rapport statistique des télécommunications du Luxembourg de l'année 2011 (ILR)

de la Commission européenne (CE) précitées¹⁶. Or, l'ILR considère que l'offre ORCE fait partie du marché 5/12 « de la fourniture en gros d'accès à large bande ». Dans son analyse de marché de septembre 2006, l'ILR, tout comme la Commission européenne dans la recommandation du 17 décembre 2007, considèrent que le dégroupage et les services de fourniture d'accès à large bande (marché 5/12) sont des marchés séparés, parce que :

- le marché 4 se situe en amont du marché 5; les services du marché 5 peuvent être offerts sur des lignes dégroupées¹⁷ du marché 4. Le marché 4, nécessitant plus d'investissements que le marché 5, se situe à un échelon supérieur sur l'échelle des investissements et permet le développement d'activités à plus forte valeur ajoutée. Mais, en l'espèce, le dégroupage et l'offre ORCE se situent bien au même niveau de marché de gros et peuvent figurer comme alternative l'un à l'autre, au moins pour certains opérateurs. Ce point sera encore approfondi plus tard.
- les possibilités techniques offerts par les services d'accès du marché 5 ne sont pas les mêmes, c'est-à-dire ne sont pas aussi larges que celles du dégroupage; les opérateurs qui voudraient développer une activité basée sur des lignes dégroupées ne considèrent pas les services d'accès du marché 5 comme une alternative¹⁸. Mais, en l'espèce, cet argument n'est pas pertinent. Il suffit que les possibilités techniques du dégroupage de la boucle métallique soient suffisantes pour la réplique des caractéristiques techniques du service DIA.
- « utiliser le dégroupage pour offrir des services d'accès à Internet nécessite des investissements importants en infrastructure (réseau de transport/de desserte jusqu'au répartiteur) et en équipements qui ne sont rentables que lorsque le FAI¹⁹ atteint une taille critique lui permettant de bénéficier d'économies d'échelle. »²⁰ Cette question a déjà été examinée au point 27.

30. Ainsi, dans le contexte sous examen de la substituabilité de l'ORCE, le dégroupage de la boucle métallique permet aux opérateurs de mettre en place une offre d'accès à Internet au même titre que l'ORCE. Il faut donc conclure à une substituabilité du côté de la demande.

31. Bien entendu, cette substituabilité n'est pas parfaite. Elle est restreinte par les limitations techniques de la boucle en cuivre qui fait qu'uniquement les variantes à haut débit (10 Mbps

¹⁶ Le marché 11 de la Recommandation 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 (...) C(2003) 497 a été repris comme marché 4 dans la recommandation de 2007 : « Fourniture en gros d'accès (physique) à l'infrastructure du réseau (y compris l'accès partagé ou totalement dégroupé) en position déterminée ».

¹⁷ COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT EXPLANATORY NOTE - Accompanying document to the Commission Recommendation on Relevant Product and Service Markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Second edition) {(C(2007) 5406)}, p. 32-33

¹⁸ Ibid. p. 33.

¹⁹ « Fournisseur d'accès à Internet ».

²⁰ ILR : Analyse du marché de la fourniture en gros d'accès à la large bande (marché 12), titre 2.2.4

et éventuellement 30 Mbps) et non les variantes à très haut débit de l'ORCE peuvent être substituées. Or, il s'agit d'une contrainte liée aux limitations de l'infrastructure qui a un impact identique sur toutes les offres du marché. En cas d'absence d'infrastructure en fibre optique, la bande passante ne pourra dépasser les possibilités technologiques actuelles de la boucle métallique (30 Mbps), que ce soit dans un contexte de dégroupage ou de revente via l'ORCE. La substituabilité n'est donc donnée que dans un contexte spécifique d'infrastructure en paires de cuivre, c'est-à-dire en l'absence de réseau en fibres optiques.

6.2.2. Dégroupage de la fibre optique FTTH21 (Fiber Access Offer FAO)

32. Le même raisonnement vaut pour le dégroupage de la fibre optique. En effet, les lignes dégroupées en fibres optiques permettent aux opérateurs de proposer à leur clientèle tous types de services, y-inclus les services du type DIA. Le dégroupage de la fibre optique permet en théorie de réaliser toutes les bandes passantes proposées au sein de l'ORCE. L'EPT a d'ailleurs fourni au Conseil un exemple de calcul de réplification de l'ORCE destiné à décomposer les tarifs de l'ORCE en ses éléments constitutifs et facturés à des tarifs publiés dans d'autres offres de référence, dont, entre autres l'offre de dégroupage de la fibre optique en FTTH.²²
33. La question des économies d'échelle ainsi que celle de la distinction des deux offres du point de vue de la régulation sectorielle ont déjà été examinées aux points 25-29.
34. Il se pose bien entendu la question de la disponibilité du dégroupage en FTTH. Le réseau d'accès en fibre optique ne couvre que 25% des bâtiments au Luxembourg (juillet 2012), et la majeure partie du réseau a été conçu dans une architecture dite GPON (« Gigabit Passive Optical Network ») selon la technique « point-to-multipoint ». Cette architecture nécessite la mise au point d'une offre de dégroupage sur mesure par l'EPT, car elle ne permet pas le dégroupage proposé selon les termes de l'offre FAO. Cette dernière n'est disponible que pour les raccordements en architecture dite « point-to-point » ou « active Ethernet », qui n'ont été réalisés par l'EPT qu'à partir de l'année 2010.
35. La conclusion est que le dégroupage de la fibre optique en réseau FTTH apparaît donc comme une alternative à l'ORCE dans les limites de sa disponibilité (c'est-à-dire en présence d'une infrastructure en fibres optiques en architecture « point-to-point »).

6.2.3. Dégroupage de la fibre optique FTTO²³

36. Le réseau FTTH couvre principalement une clientèle résidentielle dans les agglomérations à densité plutôt élevée. Pour atteindre la clientèle non-résidentielle, l'EPT déploie également le réseau dit « FTTO », mais uniquement en fonction des besoins et sur demande expresse d'un client ou d'un opérateur. Le dégroupage de la fibre optique du réseau FTTO est possible sur base d'une offre sur mesure.

²¹ « Fibre-to-the-Home » - le réseau en fibre optique s'étend jusque dans les locaux du client final.

²² Calcul de répliquabilité version du 03 décembre 2012.

²³ « Fibre-to-the-Office ».

37. Le calcul de réplication de l'ORCE à l'aide d'éléments dont les tarifs sont publiés dans d'autres offres de référence que l'EPT a fourni au Conseil inclut une version basée sur le dégroupage d'une ligne FTTO.
38. La conclusion est que le dégroupage FTTO se prête comme substitut à l'ORCE dans les limites de sa disponibilité. Dans la compréhension du Conseil, le dégroupage FTTO s'apparente donc à la location de la ligne en fibre optique au niveau du réseau d'accès.

6.2.4. Fibre noire

39. L'offre commerciale, c'est-à-dire l'une des activités de TL, consiste à louer une ligne en fibre optique non encore activée (« fibre noire ») auprès d'un fournisseur d'infrastructure comme Cegecom, Luxconnect ou les entreprises de la câblodistribution (réseaux CATV). Cette ligne est alors mise en valeur afin de l'utiliser, moyennant les équipements nécessaires, pour fournir des services de connectivité correspondant aux souhaits et besoins d'un client spécifique, sur le marché soit de gros soit de détail. Comme l'utilisation qui est faite de ces lignes ne dépend que de la technologie et des équipements mis en œuvre, elles peuvent en principe servir à fournir un service tel que l'ORCE ou DIA.
40. L'EPT considère que l'accès à la fibre noire de l'EPT au niveau du réseau d'accès est couvert par les offres de gros donnant accès aux réseaux FTTH et FTTO. En ce qui concerne le réseau d'accès de l'EPT, on est ramené alors aux cas de figures examinés aux points 32-38.
41. L'EPT ainsi que certaines autres entreprises d'infrastructures disposent également de fibres noires au niveau du réseau dorsal qu'ils peuvent louer à d'autres opérateurs. Afin de pouvoir fournir des services aux clients finals, ces accès doivent cependant être complétés par un accès au client final. Les fibres noires au niveau du réseau dorsal ne donnent pas en général accès au client final et ne peuvent donc pas facilement être utilisés pour créer une offre substituable à l'ORCE.
42. La conclusion est que la location de fibres noires est substituable à l'ORCE et appartient au marché en cause dans la mesure où elle donne accès aux clients finals.
43. Bien évidemment, la location de fibres noires est une offre physique passive qui se situe en amont du marché 5/12. Mais cette question a été examinée aux points 27-29.

6.2.5. Lignes louées (demi-circuits)

44. Les lignes louées sont des liaisons point à point permanentes et dédiées reliant deux sites distincts. La majorité des lignes louées commercialisées par l'EPT au marché de gros sont des lignes appelées « demi-circuits ». Elles correspondent à une liaison entre l'un des cinq points d'interconnexion de l'EPT (les deux points d'interconnexion nationaux de la ville de Luxembourg et les trois points d'interconnexion régionaux situés dans les villes de Luxembourg, d'Esch-sur-Alzette et d'Ettelbruck), et un point de raccordement appartenant à

un utilisateur final.²⁴

45. Les demi-circuits sont généralement utilisés par les opérateurs alternatifs pour terminer une ligne louée, mais peuvent aussi être utilisés, par exemple, pour le raccordement d'un utilisateur final au réseau téléphonique d'un opérateur alternatif ou par un opérateur mobile pour relier ses stations de base. Ils peuvent être utilisés pour la transmission de tout type de données, et sont disponibles dans une fourchette de bande passante allant de 64 kbps à 155 Mbps, ou un multiple de ceux-ci en utilisant plusieurs lignes simultanément. Les lignes louées font l'objet de tarifs régulés publiés dans la « Reference Interconnection Offer ». Des bandes passantes plus élevées peuvent être réalisées sur demande, mais elles ne sont pas soumises à des tarifs régulés. On peut donc considérer que les demi-circuits permettent de réaliser un accès pour un opérateur alternatif au réseau d'accès de l'EPT.
46. Toutefois, les caractéristiques techniques des lignes louées sont assez différentes de celles des services proposés par l'ORCE. Les lignes louées reposent traditionnellement sur une technologie un peu ancienne appelée SDH, qui permet un débit binaire dédié, sécurisé et garanti, c'est-à-dire réservée à l'usage exclusif d'un utilisateur, par opposition au débit symétrique, dédiée, mais non garanti de l'ORCE (et de la DIA).²⁵ Surtout, cette technologie étant coûteuse, le tarif de location d'un demi-circuit est, à bandes passantes comparables, un multiple de celui proposé par l'ORCE.²⁶
47. Il convient dès lors de conclure que, en règle générale, les lignes louées en architecture SDH ne sont pas substituables à l'ORCE du côté de la demande.

6.2.6. Fourniture d'accès à large bande par la revente des services DSL (Reference DSL Offer RDSLO²⁷)

48. « L'offre RDSLO définit les termes et conditions appliquées par l'EPT envers d'autres opérateurs dans le but exclusif de permettre à ces derniers de fournir des services IP à leurs Clients Finaux »²⁸, c'est-à-dire à répliquer les services DSL offerts par l'EPT et ainsi fournir un accès Internet à leurs clients finaux. Il s'agit d'une offre de débit binaire tombant sous l'égide du marché 5/12. DSL (Digital Subscriber Line) est la technologie standard de l'accès à large bande sur une infrastructure de paires de cuivre. Selon les termes de la RDSLO, l'opérateur offre les services DSL de l'EPT à ses clients finaux sous sa propre marque, tout comme la connexion Internet.
49. L'offre RDSLO ne peut être un substitut à l'ORCE au marché de gros que si les services DSL sont un substitut pour les services DIA au marché de détail. Il est alors nécessaire d'examiner si les services DSL sont substituables à une offre de type DIA au niveau du marché de détail :

²⁴ « Analyse des marchés de gros de lignes louées », ILR, 10/12/2006, pp.5-6.

²⁵ Ibid.

²⁶ Voir « Reference Interconnection Offer (RIO) », annexe 6.

²⁷ Reference DSL Offer 2009-2010, approuvée par l'ILR.

²⁸ Ibid. p.4.

Tableau 1 : Comparaison des services DSL et DIA²⁹

Spécificités et caractéristiques	DIA – Cté. Ethernet	Services DSL y-inclus VDSL	Services DSL Professional
Bandes passantes descendantes		5-30Mbps ³⁰	5-30Mbps
Bandes passantes montantes	20Mbps		
Bandes passantes symétriques	symétriques	0.512-10Mbps	1-2.5Mbps
Bandes passantes garanties	non (best effort)	oui	non non
Trafic illimité	oui	non (best effort)	non (best effort)
Transmission dédiée	oui	oui	oui
Sécurité	config. selon besoin	non	non
Dédoublage de l'accès	en option	standard	standard
Garantie du niveau de service		non	non
Choix de l'interface	en option	SLA en option	non non
Adresses IP supplémentaires	en option	non	non
Clientèle visée	en option	non	oui
Abonnement mensuel	non-résidentielle	résidentielle	non-résidentielle
Activation/Installation	entre 400-1875€	44-55€	58-370€
	750-1950€	/	/

50. Il apparaît qu'il existe des différences substantielles entre les services DSL et DIA en terme de sécurité, de qualités de services disponibles et, surtout, en termes de symétrie de la bande passante et des tarifs d'abonnement. La conclusion est que les services DSL ne permettent pas, de façon générale, de répliquer une offre de type DIA, et que, par conséquent, l'offre de gros RDSLO n'est pas substituable à l'ORCE.

6.2.7. Fourniture d'accès à large bande par la revente des services à très haut débit sur FTTH (Offre très haut débit ORATH)

51. « La présente offre de référence d'accès très hauts débits basé sur une infrastructure FTTH (« ORATH ») fixe les conditions minimales des services d'ATH qui seront accordées aux opérateurs alternatifs (« Opérateurs ») sur la base d'une offre de vente en gros (« Services ATH »). L'ORATH a pour but exclusif de permettre aux Opérateurs d'offrir leurs services Internet et services VoE à leurs propres Clients Finaux. »³¹ Il s'agit d'une offre de revente en gros de services à très hauts débits (ATH) nécessitant une infrastructure FTTH et tombant sous l'égide du marché 5.

52. « Les bandes passantes, les caractéristiques techniques des flux et la tarification des Services ATH faisant l'objet de la présente ORATH sont identiques à celles de produits FTTH commercialisés directement par l'EPT à ses clients finals. »³² Les produits FTTH sont les

²⁹ Source: www.pt.lu

³⁰ Bandes passantes correspondant aux variantes réalisables dans un contexte d'infrastructure traditionnelle en paires de cuivre.

³¹ Offre de Référence Accès Très Hauts Débits sur FTTH (ORATH) version 7 du 30/03/2012 p.3.

³² Ibid.

offres LuxFibre et LuxFibre Pack Pro, cette dernière destinée plus particulièrement à une clientèle de petites entreprises.

53. En clair, l'offre de gros ORATH sert à permettre aux autres opérateurs d'offrir à leur clients finals les produits FTTH de l'EPT, c'est-à-dire LuxFibre et LuxFibre Pack Pro. Afin de vérifier si l'offre ORATH appartient au même marché de gros que l'ORCE, il est nécessaire d'examiner si les produits LuxFibre et notamment LuxFibre Pack Pro sont substituables au service DIA.
54. Les services visés par l'ORATH s'adressent plutôt à une clientèle résidentielle ou de petites entreprises. Il apparaît de la comparaison établie dans le tableau 2 qu'il existe des différences substantielles entre les services ATH et DIA en termes de sécurité, de qualités de services disponibles et, surtout, en termes de symétrie de la bande passante et de tarifs d'abonnement.
55. La conclusion est que les services ATH ne permettent pas, de façon généralisée, de répliquer une offre de type DIA, et que par conséquent l'offre de gros ORATH n'est pas substituable à l'ORCE.

6.2.8. Fourniture d'accès à large bande (Offre en Gros Bitstream OGB)

56. L'offre en gros Bitstream est une offre de vente en gros permettant aux opérateurs de fournir des services large bande à leurs clients finals sur base des réseaux VDSL et FTTH de l'EPT. Elle « garantit un flux binaire entre le client final et un ou plusieurs points de concentration de l'opérateur avec la possibilité d'opter pour différentes qualités de service. L'opérateur propose ses services basés sur le service Bitstream sous sa propre marque, en combinaison avec ses propres services d'accès Internet etc. L'opérateur peut opter pour 8 différents niveaux de qualité. »³³
57. En d'autres termes, l'OGB permet aux opérateurs alternatifs de fournir à leurs clients finals des services d'accès à large bande sous la forme de services « Bitstream » (débit binaire) en différentes variantes. L'offre OGB de gros est substituable à l'ORCE si et seulement si le service Bitstream est substituable au service DIA sur le marché de détail. Comme le montre le tableau 2, il existe des différences substantielles entre le service Bitstream et DIA en termes de sécurité, de qualités de services disponibles, de symétrie de la bande passante et de tarifs d'abonnement.
58. La conclusion est que les services Bitstream ne permettent pas, de façon générale, de répliquer une offre de type DIA.

³³ Offre de Gros Bitstream du 22/12/2012, p. 4.

Tableau 2 : Comparaison des services DSL et DIA³⁴

Spécificité et caractéristiques	DIA – Cté. Ethernet	Services ATH LuxFibre Pack Pro	Service Bitstream (VDSL ou FTTH)
Bandes passantes descendantes		10-30-100-1000	30-50-100Mbps
Bandes passantes montantes	30-100Mbps 10-30-100-1000Mbps 20-50Mbps		10-25-50Mbps
Bandes passantes symétriques	oui	non	non
Bandes passantes garanties	non (best effort)	non	non
Trafic illimité	oui	oui	non
Transmission dédiée	oui	non	non
Dédoublage de l'accès	en option	non	non
Garantie du niveau de service	SLA en option	non	non
Adresses IP supplémentaires	en option	en option	?
Sécurité	différentes options	standard	standard
Clientèle visée	non-résidentielle	non-résidentielle	toute
Abonnement		400-1875€	99€ 29.67€
Activation	750-1950€	83€	74.35€

6.2.9. Fourniture d'accès à large bande via CATV

59. Grâce à l'évolution technologique dans le secteur CATV, des accès large bande à très hauts débits performants basés sur une infrastructure CATV peuvent être réalisés. Or, les réseaux CATV sont exploités à Luxembourg par deux entreprises sous forme de monopoles régionaux (pour chaque région, un opérateur exploite un réseau). A une exception près³⁵, les deux opérateurs n'ont pas encore offert d'accès à leur réseau d'accès, et ils n'y sont pas obligés par la régulation.
60. Il est à noter également qu'à ce jour, la technologie déployée à cette fin en infrastructure CATV ne permet pas de réaliser certaines caractéristiques d'un service du type DIA, par exemple, la symétrie des bandes passantes.
61. Ainsi, l'ensemble de ces éléments porte à croire que le réseau d'accès des câblo-opérateurs ne se prête pas bien à l'établissement d'une offre de fourniture de gros d'accès à large bande de type binaire substituable à l'ORCE.

6.2.10. Fourniture d'accès à large bande via réseaux mobiles

62. L'EPT insiste que « les développements et les investissements dans les réseaux mobiles (...) permettent à présent à ces opérateurs de proposer des offres d'accès à Internet à large bande,

³⁴ Source: www.pt.lu

³⁵ Il s'agit d'une offre combinée téléphone fixe et internet de la part de l'opérateur LOL, de type résidentielle, limitée aux communes de Ettelbruck, Schieren et Walferdange.

notamment au moyen de ‘mobile data cards’ (...). Ces offres sont disponibles tant pour les clients résidentiels que non-résidentiels. »

63. Or, aucune des offres d'accès mobile à large bande existant à Luxembourg pour l'instant ne présentent des caractéristiques tant soit peu comparables à celles du service DIA. Il ne peut donc pas non plus y avoir d'offre de gros dans le contexte des réseaux mobiles susceptibles d'être substituables à l'ORCE.

6.3. Comparaison et substituabilité des offres d'accès à large bande au marché de détail

64. Il est rappelé que l'examen des offres de détail d'accès à large bande est fait avec comme objectif d'identifier les offres de gros donnant accès à des offres de détail substituables au service DIA. Il convient donc d'examiner si les offres d'accès à large bande au marché de détail sont substituables au service DIA.

65. La substituabilité entre d'un côté les services DSL, ATH et Bitstream et de l'autre côté le service DIA vient d'être examinée aux titres 6.2.6 - 6.2.8.

66. L'EPT propose encore un service appelé « Connexion permanente à haute performance », « un service hautement professionnel avec une disponibilité maximale et un niveau de support technique élevé.³⁶ » Comme la plupart des clients existants du service DIA ont substitué le service « Connexion permanente » pour le nouveau service DIA, ces deux services sont aux moins partiellement, c'est-à-dire pour certains clients, substituables. Or il n'existe pas d'offre de gros spécifiquement destiné à la réplique d'un service similaire à la « Connexion permanente à haute performance ». Une telle réplique ne peut se faire qu'à l'aide d'un des moyens déjà examinés au titre 6.2. ci-dessus.

6.4. Définition du marché des produits en cause

67. Il est déduit de ce qui précède que le marché des produits en cause est le marché de la fourniture en gros d'accès à large bande, incluant les accès physiques (marché 4/11) et accès binaires (marché 5/12), dans la mesure où cet accès satisfait aux conditions de performance, fiabilité, sécurité et flexibilité spécifiées dans la description de l'ORCE, et permet donc une réplique du service DIA ou d'un service substituable au service DIA³⁷. Font partie de ce marché les offres d'accès physique tels que les offres de dégroupage (RUO, FAO et FTTO) ainsi que les offres de gros en fibres noires, ces dernières uniquement dans la mesure où elles peuvent donner accès aux sites des clients finals (réseau d'accès).

68. Cette définition est plus restrictive que celle retenue par le règlement 08/133/ILR et par les recommandations de la CE. Elle tient compte de la spécificité de la plainte, qui porte sur un service très spécifique. La définition du marché en cause pour les fins du droit de la concurrence doit évidemment tenir compte de la spécificité de l'espèce alors que celle

³⁶ <http://www.pt.lu/portal/telecompro/pid/615>

³⁷ <http://www.pt.lu/portal/telecompro/pid/4066> et offre "Direct Internet Access" fournie par EPT.

réalisée à des fins de régulation doit être générale et applicable à une grande variété de cas et d'acteurs.

6.5. Définition du marché géographique

69. Dans la très grande majorité des cas, pour des raisons diverses, le marché en cause dans le secteur des communications électroniques se confond avec le territoire national, aussi bien au niveau de la pratique régulatrice que de celle du droit de la concurrence. Or, il est en effet au moins théoriquement pensable que les conditions de la concurrence varient selon la région, en fonction du nombre de concurrents, des parts de marché respectives, l'accessibilité et l'état des infrastructures etc. A cet égard, l'EPT a souligné que la Recommandation NGA³⁸ exige que les différences concurrentielles entre les différentes zones géographiques résultant du déploiement de la fibre soient prises en compte au niveau de la définition des marchés. Selon la Commission :
70. « (...) Les ARN devraient examiner les différences entre les conditions de concurrence dans des zones géographiques différentes afin d'établir si la définition de marchés géographiques infranationaux ou l'imposition de mesures correctrices différenciées sont justifiées. Lorsque les différences dans les conditions de concurrence sont stables et substantielles, les ARN devraient définir des marchés géographiques infranationaux conformément à la recommandation 2007/879/CE. »³⁹
71. Il est en effet possible que dans le cas d'espèce une part de marché au niveau national est différente de la part de marché dans certaines régions, étant donné que le produit en cause s'adresse en général à un type particulier de clients qui ne sont peut-être pas répartis de façon uniforme à travers le territoire national. Il s'agirait alors d'éviter que les conditions de concurrence examinées dans le cadre de la définition du marché national prévalent surtout dans des endroits où le produit en cause n'est pas répandu ou même commercialisé faute de clients potentiels.
72. Le produit en cause, l'ORCE, s'adresse à une clientèle d'opérateurs en communications électroniques. Mais les opérateurs n'ont recours à l'ORCE que pour servir des clients qui, en pratique, quoique ce ne soit pas obligé, sont de type non-résidentiel, c'est-à-dire des entreprises. A l'aide des réponses à la demande de renseignement du 03 août 2012 adressée aux opérateurs, une liste des clients non-résidentiels des opérateurs en communications électroniques fournisseurs d'accès à large bande par localité a pu être dressée. Un tableau reprenant le nombre de clients par localité ainsi qu'une représentation de leur répartition géographique sur le territoire du Luxembourg se trouvent à l'annexe I. En partant de l'hypothèse que les clients actuels et potentiels d'un service DIA sont repris dans cette liste, on peut en inférer que 719 sur un total de 831 clients recensés, c'est-à-dire 86.51% de la clientèle existante et potentielle sont localisés sur le territoire des 22 localités reprises dans le tableau de l'annexe I.

³⁸ Recommandation 2010/572/UE de la Commission du 20 septembre 2010 sur l'accès réglementé aux réseaux d'accès de nouvelle génération (NGA), J.O., n° L 251 du 25 septembre 2010.

³⁹ Ibid. p. 35.

73. Ces territoires sont alors retenus comme marché géographique en cause.

6.6. Définition du marché en cause

74. Par conséquent le marché en cause retenu est le marché de la fourniture en gros d'accès à large bande, dans la mesure où cet accès satisfait aux conditions de performance, fiabilité, sécurité et flexibilité spécifiées dans la description de l'ORCE, et permet donc une réplique du service DIA ou d'un service substituable au service DIA, s'étendant sur les localités énumérées à l'annexe I. Sont incluses dans cette définition les offres d'accès physique tels que les offres de dégroupage (RUO, FAO et FTTO) ainsi que les offres de gros en fibres noires dans la mesure où elles peuvent donner accès aux sites des clients finals (réseau d'accès).

7. Position dominante

75. La pratique régulatrice dans l'UE consiste à définir les marchés de gros et de détail à soumettre à des mesures de régulation à partir d'une position dominante (puissance significative de marché) ou d'une situation concurrentielle insatisfaisante sur le marché de détail. La définition des marchés de détail et l'analyse subséquente de la position dominante sont primordiales et conditionnent la définition des marchés de gros⁴⁰.

76. Mais en l'espèce, la question de la position dominante doit évidemment être examinée sur le marché en cause défini au point 74, qui est un marché de gros. Il n'aurait pas été suffisant de définir un marché de détail, d'arriver éventuellement à la conclusion que la concurrence y fonctionne bien, et que donc une offre de référence n'est pas nécessaire. La plainte porte sur le service ORCE et doit être examinée sur le marché de l'ORCE, qui est un marché de gros.

77. C'est pourquoi en l'espèce l'identification d'une éventuelle position dominante sur le marché de détail n'est pas nécessaire.

78. En ce qui concerne le marché de gros : dans tous les cas de figure, les opérateurs actifs sur le marché de gros de la fourniture d'accès à large bande tel que défini au point 74 doivent, pour pouvoir développer leur offre d'accès de gros, avoir un accès à l'infrastructure au niveau du réseau d'accès, c'est-à-dire à des lignes donnant accès aux clients finals (voir point 13). Ils doivent pour cela soit disposer eux-mêmes de cette infrastructure, soit s'assurer un accès en entrant en relation d'affaires avec un fournisseur d'infrastructure au niveau du réseau d'accès.

79. L'examen des réponses à la demande de renseignement du 3 août 2012 montre que 6 opérateurs disposent d'une telle infrastructure : EPT, CEGECOM SA, Coditel sàrl, Eltrona Telecom SA, la Ville de Luxembourg et la Ville d'Esch-sur-Alzette. Il existe évidemment d'autres opérateurs contrôlant une infrastructure ou des éléments d'infrastructure, mais

⁴⁰ Voir p.ex. Recommandation 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 (2003/311/CE).

uniquement au niveau du réseau dorsal.

80. La Ville de Luxembourg dispose de 110 km de lignes en fibre optique qu'elle utilise à ses propres fins ou qu'elle fait exploiter par Luxconnect. Elle n'est pas active ni sur le marché de gros ni sur le marché de détail de fourniture d'accès à large bande. La Ville d'Esch-sur-Alzette exploite un réseau CATV et peut de ce point de vue être assimilée aux câblo-opérateurs. L'EPT est le seul opérateur disposant d'un réseau d'accès sur le plan national et soumis à l'obligation régulatrice de fournir un accès à ce réseau via des offres de dégroupage et d'accès binaire. L'EPT fournit également un accès (non-régulé) à son réseau de fibres noires via le dégroupage FTTO ou autres offres sur mesure.
81. Les trois opérateurs de la câblo-diffusion contrôlent également un important réseau d'accès au client final. Il est cependant rappelé que seules les fibres noires et non pas l'infrastructure en CATV font partie du marché en cause. Les câblo-opérateurs, tout comme la société CEGECOM, peuvent valoriser leur réseau par la location de fibres noires à d'autres opérateurs, mais n'y sont pas obligés par la régulation.
82. En résumé, les opérateurs actifs sur le marché de gros de la fourniture d'accès à large bande tel que défini au point 74 doivent, pour pouvoir développer leur offre d'accès de gros, se tourner vers l'un des cinq opérateurs énumérés ci-dessus. Sur base des réponses à la demande de renseignement, du rapport statistique 2011 de l'ILR et les statistiques de la population du Luxembourg, il peut être estimé que l'EPT dispose de près de 80.000 lignes d'accès sur le territoire défini au point du 73 respectivement à l'annexe 2.⁴¹ Les autres opérateurs disposent de près de 2.000 lignes en réseau d'accès⁴². On peut alors estimer que l'EPT contrôle 97.5% des lignes susceptibles de donner lieu à une transaction au niveau du marché en cause.
83. Le Conseil partage l'avis du conseiller désigné qu'il faut en déduire que l'EPT sera de loin l'opérateur le mieux placé et le plus actif sur le marché en cause tel que défini au point 74 et que la position dominante ne fait pas de doute.

8. Affectation du commerce intra-communautaire et droit applicable

84. Les articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (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 (UE) :
85. « Article 102. Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci. (...)»

⁴¹ Bien entendu, la grande majorité de ces lignes font partie du réseau historique en paires de cuivre et ne pourront être utilisées que pour les réalisations de deux des quatre profils proposés au sein de l'ORCE. En ne considérant que les lignes NGA à très haut débit, la part de marché de l'EPT peut être estimée à 91%.

⁴² Voir question 8.2 de la demande de renseignement du 3 août 2012.

86. La notion d'affectation du commerce intra-communautaire est le critère de compétence qui détermine l'applicabilité des règles de concurrence de l'Union européenne (UE). Le régime communautaire d'application des règles de concurrence⁴³ fait obligation aux juridictions et autorités de concurrence nationales d'appliquer les règles de concurrence de l'UE à tous les accords et pratiques susceptibles d'affecter le commerce entre les pays de l'UE.⁴⁴

87. L'analyse du concept d'affectation du commerce impose d'aborder plus particulièrement trois éléments:⁴⁵

- la notion de «commerce entre pays de l'UE»: la notion de «commerce» n'est pas limitée aux échanges transfrontaliers traditionnels de produits et de services, mais a une portée plus large qui recouvre toute activité économique internationale, y compris l'établissement. Cette interprétation concorde avec l'objectif fondamental du traité consistant à favoriser la libre circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux. D'après une jurisprudence constante, la notion de "commerce" englobe aussi les cas où des accords et pratiques affectent la structure de la concurrence sur le marché.
- la notion de «susceptible d'affecter»: cette notion a pour rôle de définir la nature de l'incidence requise sur le commerce entre Etats membres. D'après le critère type élaboré par la Cour de justice, la notion de «susceptible d'affecter» suppose que l'accord en cause doit, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre pays de l'UE. La Cour de Justice de l'Union Européenne a également établi que, lorsque l'accord est susceptible d'affecter la structure de la concurrence dans l'UE, l'affaire relève du droit de l'Union. Il n'est pas nécessaire de prouver l'existence réelle et effective d'une incidence sur le commerce.
- la notion de «caractère sensible»: le critère de l'affectation du commerce intègre un élément quantitatif qui limite l'applicabilité du droit de l'Union aux accords et pratiques qui sont susceptibles d'avoir des effets d'une certaine ampleur. Le caractère sensible peut être évalué notamment par rapport à la position et à l'importance des parties sur le marché des produits en cause. La Commission estime qu'il n'est pas possible d'établir des règles générales quantitatives qui soient applicables à toutes les catégories d'accords et qui indiquent à quel moment le commerce entre Etats membres risque d'être affecté sensiblement.

88. En l'espèce, un comportement prédateur sur le marché en cause tel que défini au point 74 ne peut avoir un effet direct sur le commerce entre Etats membres. En effet, aucune entreprise étrangère n'est en mesure de produire une telle offre sans présence physique sur le territoire du Luxembourg. Le commerce entre le Luxembourg et les autres Etats membres n'est alors pas affecté.

⁴³ 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.

⁴⁴ Voir, par exemple : http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/126113_fr.htm.

⁴⁵ 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], points 18-57.

89. Par contre, la pratique incriminée, si elle est avérée, pourrait avoir un effet indirect sur le commerce entre Etats membres. La pratique de prédation incriminée pourrait avoir un effet restrictif sur les décisions d'entreprises étrangères soit de s'établir au Luxembourg, soit d'investir, au Luxembourg, dans les infrastructures nécessaires pour développer des offres faisant partie du marché en cause. Partant, la pratique incriminée est susceptible d'affecter les investissements en infrastructure transfrontaliers ainsi que l'établissement de nouveaux opérateurs en provenance d'autres pays de l'UE.
90. Il en découle que le droit applicable est l'article 5 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, ainsi que l'article 102 TFUE.

9. Examen de la plainte

91. Selon la plaignante, l'EPT commet un abus de position dominante sur le marché de gros des services d'accès à large bande à Luxembourg par le fait de proposer des prix inférieurs à ses coûts variables moyens dans le cadre de l'ORCE.⁴⁶
92. La plaignante reconnaît ne pas être en mesure « de vérifier si les tarifs proposés par EPT dans le cadre de l'ORCE couvrent les coûts variables moyens pour offrir ces services », mais est convaincue que, « à l'aune des coûts variables moyens qu'elle devrait elle-même supporter pour offrir des services similaires ces tarifs ne satisfont pas à cette exigence. »⁴⁷ Toutefois, la plaignante n'a pas fourni de calcul montrant ses propres coûts sous-jacents à une offre du type ORCE.
93. Elle a cependant ajouté au dossier trois offres de « liaisons de fibre optique souterraine » préparées par un autre opérateur à son attention. Il s'agit de trois offres de location de fibres optiques qui, dans la mesure où elles fournissent un accès à des clients finals, font partie du marché en cause.
94. Il apparaît que ces trois offres font état d'un tarif de location d'une ligne en fibre optique grosso modo deux fois plus élevé par kilomètre que celui demandé par l'EPT dans le cadre de l'offre FTTO, qui est également un élément du « calcul de répliquabilité » (voir pt. 37). En tout état de cause, ces offres montrent tout au plus qu'il y a des fournisseurs de TL dont les offres sont bien plus chères, en ce segment de marché, que celles de l'EPT, mais elles ne montrent pas pour autant que les offres correspondantes de l'EPT ni les tarifs de l'ORCE se situeraient à un niveau prédateur. En effet, la prédation ne consiste pas à fournir une offre moins chère que celle des concurrents.
95. Il incombe alors au Conseil d'examiner le reproche du comportement prédateur. Le premier problème lors de l'analyse d'un comportement prédateur est la définition exacte de ce qui est prédateur. De façon générale, on peut dire qu'un comportement prédateur a comme objectif d'éliminer des concurrents et de restreindre la concurrence dans l'expectative de relever les prix plus tard au-dessus du prix qui aurait prévalu en situation de concurrence. Une définition

⁴⁶ Voir plainte du 22 mai 2012 point 51.

⁴⁷ Ibid. Point 64.

aussi générale est cependant peu satisfaisante dans la mesure où chaque entreprise dans une situation de concurrence aimerait bien se passer de la concurrence et voir disparaître ses concurrents.⁴⁸

96. Ainsi, selon la Commission européenne,
« le comportement prédateur peut être défini comme la pratique d'une entreprise en position dominante de baisser ses prix et réaliser délibérément des pertes ou de renoncer à des profits à court terme afin d'éliminer ou de discipliner un ou plusieurs concurrents (...) »⁴⁹.

« Une entreprise dominante adopte un comportement prédateur en supportant des pertes ou en renonçant à des bénéfices à court terme, et ce délibérément (ci-après «sacrifice»), de façon à évincer ou à pouvoir évincer un ou plusieurs de ses concurrents réels ou potentiels en vue de renforcer ou de maintenir son pouvoir de marché, portant de ce fait préjudice aux consommateurs »⁵⁰.

10. Analyse des coûts

10.1. Examen de la notion de coûts en matière de comportement prédateur

97. Bien que la vente à perte ne soit pas une condition nécessaire d'un comportement prédateur selon ces définitions – il suffit de renoncer à des bénéfices –, l'appréciation d'un comportement prédateur se fait généralement par rapport aux coûts et non par rapport aux bénéfices. Dans cette logique, la plaignante se réfère à l'arrêt AKZO, qui retient le test des coûts variables et des coûts moyens :

98. « 70 Il s'ensuit que l'article 86 du traité interdit 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, toutefois, être considérée comme légitime.

99. 71 Des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables (c'est-à-dire de ceux qui varient en fonction des quantités produites) par lesquels une entreprise dominante cherche à éliminer un concurrent doivent être considérés comme abusifs. Une entreprise dominante n'a, en effet, aucun intérêt à pratiquer de tels prix, si ce n'est celui d'éliminer ses concurrents pour pouvoir, ensuite, relever ses prix en tirant profit de sa situation monopolistique, puisque chaque vente entraîne pour elle une perte, à savoir la totalité des coûts fixes (c'est-à-dire de ceux qui restent constants quelles que soient les quantités produites), et une partie, au moins, des coûts variables afférents à l'unité produite.

⁴⁸ Voir par exemple : Valentine Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Oxford University Press, Ninth Edition, 2007, p.85, traduction libre de l'anglais. Il va de soi que la position dominante est une condition nécessaire à la prédation.

⁴⁹ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, point 93.

⁵⁰ Communication de la Commission — 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) point 63.

100. 72 Par ailleurs, des prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux, qui comprennent les coûts fixes et les coûts variables, mais supérieurs à la moyenne des coûts variables doivent être considérés comme abusifs lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent. Ces prix peuvent, en effet, écarter du marché des entreprises, qui sont peut-être aussi efficaces que l'entreprise dominante mais qui, en raison de leur capacité financière moindre, sont incapables de résister à la concurrence qui leur est faite ». ⁵¹
101. Toutefois, alors que la référence aux coûts variables et aux coûts totaux a été suffisante dans le cas AKZO, il existe notamment dans la littérature économique une panoplie d'autres concepts de coûts : coûts fixes, coûts moyens, coûts communs, coûts marginaux, coûts incrémentaux, coûts évitables, coûts historiques, coûts de remplacement... Ainsi, la Commission déclare appliquer le coût évitable moyen (CEM) - qui équivaldrait largement au concept de coût variable dans l'arrêt AKZO - et le coût marginal moyen à long terme (CMMLT), correspondant au coût total moyen. ⁵²
102. Dans le contexte des industries de réseau, les coûts variables au sens propre tendent vers zéro, alors que les coûts fixes sont très importants en raison de l'importance des investissements que la mise en place d'une infrastructure de réseau demande; ajouter un abonné à un réseau téléphonique existant coûte très peu à l'opérateur à court terme. D'autre part, l'ajout d'un nouveau service qui repose en partie, mais seulement en partie, sur le réseau existant, nécessite des équipements nouveaux et spécifiques, qui occasionnent des coûts fixes mais qui ne peuvent pas être omis lors du calcul des coûts incrémentaux sous-jacents au nouveau service. En l'espèce, l'EPT peut recourir au réseau d'accès existant et au personnel existant pour offrir un nouveau service tel que ORCE ou DIA, mais elle doit également assumer des coûts nouveaux (incrémentaux, marginaux, évitables, variables ...) afin de lancer un nouveau service aux caractéristiques techniques spécifiques.
103. Le concept pertinent en l'espèce, correspondant à la notion de coûts variables de la jurisprudence AKZO, mais transposée au cas des industries de réseau, est alors le coût incrémental de long terme (LRIC : Long Run Incremental Cost), qui tient compte des coûts fixes qui se rapportent spécifiquement aux produits ou services incrémentaux qui ont été ajoutés au portefeuille des produits ou services offerts. ⁵³ La notion de long terme réfère aux coûts de renouvellement respectivement d'expansion nécessaires pour servir de nouveaux clients ou offrir un nouveau service. Dans la décision Deutsche Post ⁵⁴, la Commission Européenne retient que le coût incrémental de long terme est la mesure pertinente des coûts variables dans le cadre des industries de réseau. Ce concept est également celui retenu dans la jurisprudence européenne récente. ⁵⁵

⁵¹ Arrêt AKZO / Commission Européenne C-62/86 3 juillet 1991, points 70-72.

⁵² Communication de la Commission — 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) point 26.

⁵³ Pour une discussion plus approfondie du concept LRIC, voir par exemple « LRAIC Cost Modelling in a Regulated Telecommunication Environment », Van Dijk Management Consultants, <http://www.vandijkmc.com/files/cms1/LRAIC%20Cost%20modelling.pdf>

⁵⁴ Affaire COMP/35.141 — Deutsche Post AG, 2001/354/CE: Décision de la Commission du 20 mars 2001, Journal officiel n° L 125 du 05/05/2001 p. 0027 – 0044.

⁵⁵ Affaire C-209/10, Post Danmark A/S contre Konkurrencerådet - demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduite par le Højesteret (Danemark), points 31-33.

10.2. Analyse des coûts variables

104. Toutefois, l'EPT n'a pas été en mesure de fournir de mesure des coûts sous-jacents aux services offerts à travers l'ORCE, étant donné que, selon elle, la tarification de l'ORCE a été déterminée non pas sur base des coûts sous-jacents, mais sur base de la méthode « retail-minus » demandée par le régulateur. Cette méthode consiste à retrancher du prix de détail facturé au client final les coûts qui sont liés à la commercialisation du service au niveau du marché de détail et qui ne sont pas encourus par l'offre de gros.⁵⁶

105. Il est à noter que même si l'EPT avait pu fournir le détail des coûts sous-jacents aux services offerts dans le cadre de l'ORCE, issus de sa comptabilité analytique, le Conseil n'aurait pas été en mesure de les vérifier. En effet, les chiffres fournis par une comptabilité analytique peuvent toujours être sujets à des hypothèses subjectives et invérifiables, que même un expert externe n'est pas en mesure d'apprécier en l'absence d'un modèle de coût tenant compte des spécificités de l'entreprise visée et du contexte de marché.

Il en résulte des points 104 et 105 que les affirmations de la plaignante que le conseiller désigné n'aurait pas usé de toute l'étendue de ses pouvoirs d'enquête afin de, en vertu de l'article 14 (1) de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, « demander aux entreprises et associations d'entreprises de fournir tous les renseignements nécessaires »⁵⁷ ne sont ni correctes, ni pertinentes.

106. Un examen du « retail-minus » mentionné au point 104 dans le cadre de cette enquête n'est pas nécessaire puisque ce calcul ne concerne que la partie liée au marché de détail et ne saurait donner une indication sur les coûts sous-jacents à l'offre de gros en amont du marché de détail.

107. L'EPT a cependant transmis au Conseil un calcul de coûts qu'elle considère être un « test de répliquabilité » de l'ORCE reposant sur une méthode ascendante (« bottom-up »). Une méthode ascendante repose sur des coûts de remplacement, c'est-à-dire les coûts qu'un opérateur supporterait s'il voulait acquérir aujourd'hui les infrastructures et équipements nécessaires à la fourniture d'un service.

108. Ce « calcul de répliquabilité » consiste à répliquer l'ORCE en la décomposant en différents éléments constitutifs isolés pour lesquels il existe un tarif appliqué par l'EPT à travers d'autres offres de gros. Ces offres peuvent être publiques ou non-publiques, régulées ou non-régulées. Le calcul ne reprend donc pas les coûts directement subis par l'EPT tels qu'établis par une comptabilité analytique. Plutôt, le calcul reflète, selon l'EPT, les coûts de l'EPT dans le sens que les tarifs publiés dans les autres offres - sur lesquels il se base - ont été établis de leur côté sur base des coûts de l'EPT.⁵⁸

⁵⁶ Courrier de l'EPT au Conseil du 25 janvier 2013, question 3.

⁵⁷ Courrier du 19 avril de Me De Bandt au Conseil, points 9 à 25.

⁵⁸ Ceci est notamment le cas pour tout ce qui relève du volet « transports de données » ou « débits binaires », qui est couvert par l'Offre de Gros Bitstream dont les tarifs reposent sur des coûts déterminés de façon ascendante, c'est-à-dire par un calcul « bottom-up » des coûts. Il est rappelé que la régulation pratiquée par

109. Les éléments du calcul qui n'ont pas été repris dans d'autres offres de références reposent sur des estimations de l'EPT, estimations qui ont en partie donné lieu quant à elles au calcul des tarifs offerts dans ces offres de référence. Ainsi, tous les éléments de coûts quand bien même ils ne sont pas établis par une comptabilité analytique représentent, de façon indirecte, les coûts de l'entreprise en position dominante ou d'un concurrent au moins aussi efficace, conformément à la communication de la Commission Européenne et à l'arrêt Deutsche Telekom cité par la plaignante :⁵⁹

110. « 200. En l'espèce, le caractère abusif des pratiques tarifaires en cause dans l'arrêt attaqué résultant de la même manière, ainsi qu'il ressort des points 178 et 183 du présent arrêt, de leur effet d'éviction pour les concurrents de la requérante, c'est dès lors sans commettre d'erreur de droit que le Tribunal a jugé, au point 193 de l'arrêt attaqué, que la Commission avait pu à bon droit fonder son analyse relative au caractère abusif des pratiques tarifaires de la requérante uniquement par référence aux tarifs et aux coûts de celle-ci. »⁶⁰

111. Le calcul de réplabilité fournit donc une réplification des coûts de l'EPT. Quoique le calcul de réplabilité ne montre ni les coûts directement subis par l'EPT, ni les coûts directement subis par un opérateur alternatif qui déciderait de procéder à répliquer un service comparable au service DIA en ayant recours aux éléments sur lesquels il repose (voir point 113), le Conseil estime qu'il repose néanmoins sur des éléments de coûts transparents, vérifiables et objectifs, plus facilement retraçables et révisables que les résultats d'une comptabilité analytique le plus souvent moins transparente et plus subjective.

112. Il est alors nécessaire de vérifier si ce calcul

- est correct, complet et pertinent ;
- peut être considéré comme démontrant de façon suffisante l'orientation sur les coûts de l'ORCE, c'est-à-dire est valide en tant qu'approximation des coûts variables ou des coûts totaux au sens de l'arrêt AKZO.

113. Le calcul fait la distinction de trois scénarios différents en termes de technologies (paires de cuivre ou fibres optiques) et de géographie (réseau FTTH ou FTTO). A chaque scénario correspond une décomposition différente, qui s'appuie sur, respectivement,

- le dégroupage de la paire de cuivre ;
- le dégroupage de la fibre optique en réseau FTTH ;
- le dégroupage de la fibre optique en réseau FTTO ;

combiné, à chaque fois, à une connexion large bande, émulée par l'utilisation de l'Offre de Gros Bitstream (OGB).

114. Le résultat de ce calcul donne la différence, par client final, entre le tarif ORCE et la somme des coûts des éléments qui composent ce service, estimés à l'aide de tarifs existants

l'ILR repose sur une approche descendante, qui détermine les tarifs de gros régulés selon la méthode retail minus. Voir p.ex. règlement 08/133/ILR.

⁵⁹ Courrier de Me De Bandt du 19 avril 2013, points 28-32.

⁶⁰ Arrêt CJUE du 14 octobre 2010 - Deutsche Telekom AG / Commission européenne Affaire C-280/08 P.

dans différents offres de référence de l'EPT. Si cette différence est positive, le tarif de l'ORCE est supérieur au coût occasionné par la réplication virtuelle.

115. Si le tarif ORCE est supérieur au coût de la réplication, et si le calcul est correct, complet et pertinent, il est très invraisemblable que l'entreprise visée poursuit une stratégie de prédation.
116. Les résultats du calcul de réplication sont fonction
- du type d'infrastructure (réseau en paires de cuivre, FTTH, FTTO),
 - de la bande passante,
 - et de la durée de vie du client, c'est-à-dire la durée hypothétique de l'abonnement

et sont repris dans le tableau 3. Le tableau montre que les tarifs de l'ORCE sont dans tous les cas de figure, donc indépendamment des hypothèses concernant l'infrastructure, le nombre de clients finals ou la durée de l'abonnement, largement supérieurs aux coûts occasionnés par la réplication.

Tableau 3 : Ecart entre les tarifs de l'ORCE et les coûts de la réplication, en % (tarif ORCE/tarif de réplication)

Durée de l'abonnement:	12 mois				60mois			
	10 Mbps	30 Mbps	100 Mbps	1000 Mbps	10 Mbps	30 Mbps	100 Mbps	1000 Mbps
Réplication par dégroupage CU	91%	91%			158%	158%		
Réplication par dégroupage FTTH	85%	85%	69%	57%	149%	149%	94%	54%
Réplication par dégroupage FTTO	17%	17%	20%	40%	40%	40%	32%	38%

Source : calculs effectués sur base du Calcul de réplabilité, courrier EPT du 3 décembre 2012.

117. Le bureau d'experts Van Dijk Management Consultants a vérifié les conditions du point 111, c'est-à-dire l'exactitude, l'exhaustivité, la pertinence et la force probante en matière d'orientation sur les coûts de ce calcul. Dans son rapport, l'expert arrive à la conclusion que :
118. « Comme décrit ci-dessus, nous avons certaines réserves concernant la représentativité du tarif OGB pour estimer les coûts de transport ORCE. Malheureusement, sur base de l'information disponible, il nous est impossible de quantifier cette divergence éventuelle. Cependant, vu le delta observé entre le modèle de coût « simulé » et le tarif ORCE, il nous semble raisonnable d'accepter qu'une telle divergence soit neutralisée par ce delta. Par conséquent, nous devons conclure qu'il n'y a pas d'indication d'une application de tarifs prédateurs. »⁶¹
119. En d'autres termes, l'expert est d'avis que la différence entre le tarif de l'ORCE et le coût de la réplication est tellement importante qu'il n'y a pas de tarification prédatrice même si certains éléments de coûts étaient sous-estimés dans le calcul de réplication. Le Conseil prend

⁶¹ Rapport d'expert relatif à l'Affaire CCP012012, Van Dijk Management consultants, 14 mars 2013 pp. 7et 8.

note que les réserves de l'expert n'ont pas d'incidence sur la validité du résultat du calcul et ne suit pas l'attitude exagérément dénégatoire de la plaignante sur ce point⁶².

120. Comme le tarif ORCE est supérieur au coût de la réplication dans tous les scénarios testés, et comme le rapport d'expertise ne révèle pas d'erreurs ou d'omissions majeures susceptibles de mettre en péril le résultat des tests, il est très invraisemblable que l'entreprise visée poursuit une stratégie de prédation (voir point 115). Il faudrait pour cela que
- soit toutes les autres offres de référence soient prédatrices également,
 - soit les éléments de coûts estimés par l'EPT aient été sciemment et significativement sous-estimés par l'EPT, ce qui ne ressort pas du rapport d'expert.
121. La plaignante semble alléguer ce cas⁶³ dans les observations qu'elle a fait parvenir au Conseil, sans toutefois vouloir préciser de quelle manière et dans quelle mesure les estimations critiquées influenceraient les résultats du calcul, et dans quelle mesure les conclusions de l'expert et du conseiller désigné seraient erronées ou du moins incertaines.
122. L'expert conclut également qu'il est préférable d'utiliser le calcul de réplication des coûts plutôt que de les estimer par un modèle de coût, qui serait à développer, entreprise trop fastidieuse et trop incertaine, ou d'avoir recours au « benchmarking », c'est-à-dire à des comparaisons internationales, qui ne rendent pas compte de la spécificité du service concernée, de la structure de l'entreprise visée et du contexte de marché.
123. Contrairement à ce qu'affirme la plaignante, le Conseil n'a jamais eu recours à un benchmarking des coûts dans le passé. La décision référencée par la plaignante mentionnait une comparaison des tarifs postaux, pas des coûts. Par ailleurs, une comparaison internationale des tarifs appliqués dans le secteur de communications électroniques n'arriverait pas à la conclusion que les tarifs appliqués à Luxembourg seraient particulièrement bas.
124. Sur base des explications fournies par l'EPT et par le conseiller désigné, de la conclusion formulée par l'expert et de l'absence de preuve d'erreur apportée par la plaignante, le Conseil conclut que le calcul de répliquabilité peut être considéré comme estimation valable des coûts incrémentaux de long terme (LRIC) encourus par l'EPT, correspondant, dans le cas des industries de réseaux, à un coût variable dans le sens de l'arrêt AKZO. Le coût établi par cette « répliquabilité » comprend tous les coûts du marché de gros de l'EPT nécessaire à la production incrémentale d'une unité du produit en cause, ou, en d'autres termes, nécessaires pour ajouter un client au service DIA.
125. Mais il n'inclut pas forcément tous les coûts fixes nécessaires à la mise en place du nouveau service par un opérateur autre que l'EPT.⁶⁴ Notamment, le calcul n'inclut pas les

⁶² Courrier du 19 avril 2013 point 37.

⁶³ Ibid. points 35-37.

⁶⁴ Voir courrier de l'EPT au Conseil du 1^{er} mars 2013 : « Afin de répliquer l'ORCE il faudrait, comme décrit dans le sheet « Répliquabilité 12 2012.pdf », (i) un accès physique loué auprès de l'EPT ou d'un acteur alternatif. Cet accès physique peut être réalisé sur une infrastructure cuivre ou fibre (FTTH ou FTTO), et (ii) un réseau de transport propre de l'opérateur permettant d'assurer les flux entre le client final et un point central de l'opérateur. Pour les coûts du réseau de transport, l'EPT a utilisé les tarifs déterminés dans son modèle de coûts

coûts d'investissements et de colocation qui incomberaient à un opérateur qui ne serait pas encore présent au niveau du répartiteur approprié. En effet, les offres de dégroupage exigent que les opérateurs soient présents dans le répartiteur principal le plus proche.⁶⁵

126. La plaignante fait remarquer, à juste titre, que, même dans les cas où la réplique de l'ORCE par le moyen du dégroupage est ou serait une alternative réaliste, la réplique « physique » des offres de l'EPT par d'autres offres de l'EPT ne changera rien au fait que le marché de gros restera concentré dans les mains de l'EPT. D'autres opérateurs mentionnent même la « re-monopolisation » du marché de gros. Toutefois, la concentration ne constitue pas en soi une violation du droit de la concurrence.

11. Analyse des intentions et des effets

127. Il a donc été établi d'après le tableau 3 et les points 116-126 que le test des coûts variables est négatif dans tous les cas de figure. Le Conseil n'a pas eu d'autres informations concernant les coûts du service en cause, de sorte qu'il n'est pas possible d'évaluer sur base d'informations pertinentes les coûts totaux (par opposition aux coûts variables) du service ORCE. Il est alors nécessaire, dans la logique de l'arrêt AKZO, d'examiner si les prix ont été « fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent ». Cette approche, basée sur l'intention d'éviction, pourrait avoir été infléchie par l'arrêt Post Danmark⁶⁶, qui exige une analyse des effets plutôt que des intentions, à savoir qu'il y a ou qu'il peut y avoir éviction d'un concurrent au moins aussi efficace - il ne peut y avoir intention sans effets.

128. Le Conseil examinera ces éléments - intention et effets - potentiellement constitutifs d'un comportement prédateur ensemble avec ceux énumérés dans la communication de la CE⁶⁷ et le document de travail élaboré lors de sa rédaction⁶⁸, à savoir :

bottom-up dont les détails ont été communiqués au régulateur sectoriel. Ces mêmes éléments de coûts ont été utilisés pour le réseau de transport dans l'offre de gros « bitstream »

⁶⁵ En fait, le coût de la réplique est un coût LRIC pour les opérateurs déjà présents au niveau du répartiteur, car les coûts de cette présence sont couverts par d'autres activités, déjà existantes, et ne sont donc pas des coûts incrémentaux. La question de savoir si le calcul peut être transposé à d'autres opérateurs dépend des activités de ces derniers déjà en place.

⁶⁶ C-209/10 - Post Danmark Arrêt de la Cour (grande chambre) du 27 mars 2012 - Post Danmark A/S contre Konkurrenserådet, Demande de décision préjudicielle: Højesteret – Danemark, points xxx.

⁶⁷ Communication de la Commission — 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) points 63-73;

⁶⁸ DG Competition Discussion paper on the application of Art.82 of the Treaty to exclusionary abuses points 93-126, en particulier point 112.

- le sacrifice de l'entreprise prédatrice,
- les effets sur le marché,
- les preuves directes d'un plan d'éviction,
- les effets sur la position de marché de l'entreprise prédatrice et sur la structure future du marché
- la récupération ultérieure des pertes encourues,
- la sélectivité de la tarification est un indice de comportement prédateur
- une preuve que la prédation fait partie d'une stratégie commerciale non-pertinente sauf du point de vue de la prédation.

11.1. Le sacrifice de l'entreprise prédatrice

129. Il a été établi que la tarification prévue par l'ORCE ne se situe pas en-dessous des mesures de coûts variables pertinentes. Toutefois, la Commission Européenne considère qu'il y a également sacrifice :

« si les agissements prédateurs présumés ont conduit à court terme à des recettes nettes inférieures à celles auxquelles on aurait pu s'attendre si un autre comportement, raisonnable, avait été adopté (...) »⁶⁹.

130. Il convient donc d'examiner si l'entreprise visée aurait pu proposer et appliquer une tarification plus élevée. Or, les tarifs de l'ORCE ont été développés sur base de l'approche descendante (top down) appelée « retail minus », cette méthode étant requise par le règlement 08/133 de l'ILR. Le calcul « retail minus » consiste à retrancher du prix de détail facturé au client final les coûts qui sont liés à la commercialisation du service au niveau du marché de détail et qui ne sont pas encourus par l'offre de gros. L'examen de ce calcul, transmis au Conseil par l'entreprise visée⁷⁰, n'a pas fourni d'indication que les tarifs proposés dans l'ORCE sont manifestement plus bas que ce qu'ils auraient dû être sur base de la prise en compte correcte d'une marge « retail minus ». En clair, la marge appliquée au niveau du marché de détail ne paraît pas exagérée.

131. Dès lors, des tarifs plus élevés mèneraient à une marge trop étroite entre le marché de détail et le marché de gros et l'EPT risquerait de s'exposer à des reproches de compression des marges (ou effet de ciseau) de la part des entreprises concurrentes, un autre reproche très répandu dans le secteur des communications électroniques.

11.2. Les effets sur le marché

132. Selon la plaignante, «par les prix extrêmement bas qu'elle pratique sur le marché de gros

⁶⁹ Communication de la Commission — 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) point 65.

⁷⁰ « Proof of Cost Orientation » - pièce III.5 de l'inventaire des pièces relatives aux observations de l'EPT du 27 juillet 2012.

d'accès à large bande, notamment grâce aux subsides publics dont elle bénéficie, l'EPT tente d'affaiblir la position de TL et, in fine, de l'éliminer. »⁷¹ Mais la plaignante n'a pas fourni au Conseil d'éléments de preuve qui montreraient que le développement de TL serait freiné voire que la pérennité de TL serait mise en danger en raison de l'existence de l'ORCE. Le Conseil n'a pas non plus connaissance que d'autres concurrents de l'EPT auraient été mis en difficulté voire évincés du marché depuis la publication de l'ORCE.

133. En effet, en 15 mois d'existence, l'ORCE, ne semble pas encore avoir eu un effet quelconque sur le marché en cause. L'EPT, dans son courrier du 6 mars 2013, fait savoir qu'elle a mis en service beaucoup plus de raccordements FTTO que de raccordements ORCE depuis le lancement de cette offre de gros, ce qui montrerait bien que « les OAO trouvent plus intéressants de recourir aux offres d'accès à l'infrastructure FTTO plutôt que de recourir à l'offre de gros ORCE »⁷², et que par conséquent les tarifs de l'ORCE ne peuvent être prédateurs.

134. Toutefois, la Commission Européenne et les juridictions européennes estiment que les effets sur le marché ne doivent pas forcément être réels et observables, mais qu'il est suffisant qu'il y ait un risque d'éviction. Les effets potentiels se constatent en termes d'éviction anti-concurrentielle :

135. « Pour déterminer si même un concurrent hypothétique aussi efficace que l'entreprise dominante risque de se voir évincer par les pratiques en question, la Commission examinera les données économiques se rapportant aux coûts et aux prix de vente, et vérifiera notamment si l'entreprise dominante pratique des prix inférieurs aux coûts. Cette méthode suppose toutefois que des données suffisamment fiables soient disponibles. Lorsqu'elles seront disponibles, la Commission utilisera les informations sur les coûts de l'entreprise dominante elle-même. À défaut de données fiables sur ces coûts, la Commission peut décider d'utiliser les coûts de concurrents ou d'autres données fiables. »⁷³

136. Or, l'analyse des coûts a déjà été effectuée au titre 10.2. Elle a montré que la tarification prévue par l'ORCE ne se situe pas en-dessous des mesures de coûts pertinentes.

11.3. Les preuves directes d'un plan d'éviction

137. L'enquête menée auprès de l'entreprise visée et auprès des autres entreprises actives dans le secteur des communications électroniques n'a pu produire des preuves directes d'un plan ou d'une intention d'éviction.

⁷¹ Plainte du 22 mai 2012 p. 4.

⁷² Courrier de l'EPT du 6 mars 2013 page 2 alinéa 4.

⁷³ Communication de la Commission — 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) point 25.

11.4. Les effets sur le pouvoir de marché de l'entreprise prédatrice

138. Par analogie au point 134, une distinction entre effets réels et constatés et effets potentiels dans le futur est de mise.
139. En ce qui concerne les effets constatés, comme expliqué au titre 7, le Conseil estime que l'EPT jouit d'une position dominante sur le marché de gros d'accès à large bande tel qu'il a été identifié au point 74 puisqu'elle contrôle une partie importante du réseau d'accès et du réseau dorsal. Aucun autre opérateur à Luxembourg ne dispose des mêmes ressources en matière d'infrastructures. D'un autre côté, l'ORCE n'a pas encore eu d'effet manifeste d'éviction sur le marché en cause ou sur un autre marché, sur les affaires des opérateurs actifs sur ce marché. Il est rappelé que l'ORCE n'a en ce jour donné lieu qu'à quatre raccordements de la part de l'EPT. Il n'y a donc pas d'indice d'un effet manifeste sur le pouvoir de marché de l'entreprise visée ni sur la structure du marché.
140. En ce qui concerne les effets potentiels futurs, ce constat doit cependant être nuancé. En effet, il ne suffit pas d'examiner l'évolution future de la structure du marché en partant du statu quo et en projetant l'évolution la plus probable en se basant sur les tendances récentes et sur les connaissances que nous avons à l'heure actuelle. Que les effets potentiels ne soient pas encore manifestes ne signifie pas qu'il n'y en ait pas. Encore faut-il être certain que d'autres scénarii, qui seraient au moins en théorie pensables, ne seraient pas exclus en raison du comportement prétendument prédateur de l'entreprise visée.
141. Plusieurs autorités européennes ont en effet fait remarquer en réponse à la consultation du Conseil⁷⁴ que même si l'existence d'une offre aux tarifs bas au niveau du marché de gros favorise ou est susceptible de favoriser la concurrence au niveau du marché de détail, il est quand même possible qu'elle empêche le développement d'une concurrence par les infrastructures au marché de gros. Des tarifs trop bas sur le marché de gros pourraient décourager les investissements en infrastructure, c'est-à-dire notamment la pose de nouvelles lignes de fibres optiques au niveau du marché d'accès.
142. Cette possibilité est bien réelle et aussi difficile à démontrer qu'à réfuter. Toutefois, lors de son enquête, le Conseil n'a recueilli aucun témoignage auprès des acteurs du secteur allant dans ce sens, c'est-à-dire qu'une entreprise se verrait découragée d'investir dans de nouvelles infrastructures, ni même de la part de la plaignante elle-même.
143. Il est à noter en outre que les investissements en infrastructures de télécommunication au Luxembourg, notamment au niveau des réseaux d'accès, ont historiquement été plutôt rares en dehors de ceux entrepris par l'opérateur historique, d'autres opérateurs publics (Luxconnect, administrations communales) et les câblo-opérateurs.
144. Compte tenu de la structure du marché au Luxembourg, des comportements passés des entreprises du secteur et en l'absence de preuve directe, décourager les investissements en infrastructures ne paraît pas une motivation convaincante d'un comportement prédateur de la

⁷⁴ "Informal Request for Information" envoyée le 8 janvier 2013 aux Autorités nationales de concurrence au sein de l'ECN (European Competition Network").

part de l'entreprise visée.

145. Surtout, on se trouve en réalité ramené à l'analyse des coûts. Les tarifs de l'ORCE, comme examiné au titre 10.2, sont en principe répliquables par le moyen du dégroupage pour les opérateurs ayant déjà une présence à un niveau approprié du réseau dorsal. Or, le tarif du dégroupage facturé par l'EPT à l'opérateur alternatif est censé refléter les coûts de la mise à disposition et de la pose de la ligne dégroupée, coûts qui incluent logiquement le coût de l'investissement. De ce fait, il est très improbable que l'ORCE décourage les investissements en infrastructure parce que les tarifs qu'elle propose seraient trop bas comparés aux coûts de l'investissement.
146. Il est certes vrai que deux des offres de gros en matière de dégroupage ne sont pas régulées dans le sens que leurs tarifs n'ont pas été approuvés par le régulateur. C'est le cas pour l'offre FAO et l'offre FTTO, cette dernière n'étant même pas une offre publique. Uniquement le dégroupage des lignes en paires de cuivre est approuvé par l'ILR, alors que ce type de dégroupage ne s'applique qu'à deux des quatre profils disponibles au sein de l'ORCE. Par conséquent, l'orientation sur les coûts des offres de gros n'a pas été confirmée par le régulateur pour deux des trois offres concernées. Néanmoins, une tarification prédatrice de ces offres de gros paraît improbable pour les raisons examinées aux points 115-120.
147. La conclusion est qu'il n'existe pas d'effets constatés et que la probabilité d'une émergence d'effets futurs sur le pouvoir de marché de l'entreprise visée est faible.

11.5. La récupération des pertes encourues

148. La possibilité de récupération des pertes peut être un élément crucial qui nécessite un examen plus approfondi. Il devra être examiné si l'impossibilité de récupération doit être prise en compte dans une décision en matière de comportement prédateur.
149. D'un point de vue économique, la stratégie de prix prédateurs est une stratégie viable seulement dans le cas où il est possible pour l'entreprise dominante de récupérer le sacrifice (les pertes) après avoir évincé le ou les concurrents. Alors qu'il existe un consensus dans la littérature économique qu'il n'y a guère de menace ni pour la concurrence ni pour le bien-être des consommateurs si les pertes ne peuvent être récupérées plus tard⁷⁵, et que la question de la récupération a joué un rôle important dans l'évolution de la jurisprudence américaine, tel n'est pas le cas jusqu'à présent de la jurisprudence européenne.
150. Aux Etats-Unis, l'analyse de la récupération est partie intégrante de l'analyse de la stratégie prédatrice. Depuis Areeda-Turner (1975)⁷⁶, la jurisprudence US retient le critère des coûts *variables* comme test d'un comportement prédateur. Il est très rare qu'il peut être prouvé que les prix se situent en-dessous des coûts variables moyens. Dans Matsushita (1986), la Cour arrête qu'il doit être montré que la récupération des pertes dans un cas de

⁷⁵ Par exemple Korah p.159

⁷⁶ Areeda P., Turner D. [1975] « Predatory pricing and related practices under section 2 of the Sherman Act », Harvard Law Review, pp. 697-733

ventes en-dessous des coûts doit excéder les profits d'un cycle normal en situation de concurrence. L'idée est d'éviter qu'une recrudescence des profits après une période de pertes ne soit pas simplement le produit des aléas d'un cycle conjoncturel normal. Depuis Brooke (1993)⁷⁷, les cours et tribunaux retiennent un concept non-spécifié des coûts ainsi que la preuve de la possibilité de recouvrer les pertes par des augmentations de prix ultérieures. Ainsi, afin de démontrer la stratégie prédatrice, le plaignant doit démontrer que l'entreprise accusée a la possibilité de récupérer son sacrifice. Cette démarche a fait en sorte que des décisions judiciaires en faveur du plaignant sont devenues extrêmement rares en matière de prédation aux Etats-Unis. La récupération est plus probable pour les entreprises qui agissent dans un marché à barrières élevées à l'entrée, ou qui ont la possibilité de recourir à des subventions croisées.⁷⁸

151. Mais la jurisprudence communautaire ne prend pas en considération la récupération. L'arrêt AKZO (1986), la jurisprudence la plus citée en matière de prédation, retient que les prix se situant en-dessous des coûts variables sont toujours des prix prédateurs que l'entreprise pratique afin de récupérer les pertes plus tard. Entre les coûts variables et les coûts totaux, une intention d'éliminer la concurrence doit être prouvée (voir points 98-100). L'arrêt cite bien la nécessité de la récupération des pertes comme élément de motivation pour l'entreprise prédatrice, mais cet élément n'a guère été retenu par les décisions judiciaires subséquentes.
152. La Commission Européenne n'a pendant longtemps pas non plus appliqué ce concept de récupération des pertes dans son analyse. Le jugement Tetra Pak II⁷⁹, par exemple, montre que la Commission Européenne n'a même pas abordé la question de la récupération :
153. 44. « Il convient d'ajouter que, dans les circonstances de la présente espèce, il ne serait pas opportun d'exiger en outre, à titre de preuve supplémentaire, qu'il soit démontré que Tetra Pak avait une chance réelle de récupérer ses pertes. En effet, une pratique de prix prédateurs doit pouvoir être sanctionnée dès qu'il y a risque d'élimination des concurrents. Or, un tel risque a été constaté en l'espèce par le Tribunal aux points 151 et 191 de l'arrêt attaqué. L'objet recherché, qui est de préserver une concurrence non faussée, ne permet pas d'attendre qu'une telle stratégie aboutisse à l'élimination effective des concurrents. »
154. Il est à noter que l'arrêt situe ses conclusions « dans les circonstances de la présente espèce ». En effet, il faut noter que dans le cas Tetra Pak II, les prix étaient en-dessous des coûts moyens variables, ce qui selon la méthode AKZO est le cas d'une prédation par objet. Aussi se trouvait-on dans le cas d'une entreprise super-dominante qui avait la possibilité de recourir à des subventions croisées. Ainsi le jugement ne donne pas d'indication sur l'inapplicabilité ou la non-pertinence du critère de la récupération dans le cas général.
155. Dans l'affaire Compagnie maritime belge, l'avocat général Fennelly, a argumenté dans son avis que l'analyse de la récupération devait faire partie du test des prix prédateurs,

⁷⁷ Jugement Brooke Group Ltd v. Brown & Williamson Tobacco Corp, 1993

⁷⁸ La subvention n'est pas nécessairement une infraction en soi. C'est la prédation qui rend le comportement abusif, la subvention croisée devient alors un moyen qui facilite l'application de prix prédateurs. Voir: Jones A., Suffrin B., EC Competition Law, 2nd édition 2004, Oxford University Press, p. 397.

⁷⁹ T-83/91 - Tetra Pak / Commission, Recueil de la jurisprudence 1994 II-00755

arguments que la Cour n'a cependant pas mentionnés dans sa décision :

156. « 136. (...) L'objectif stratégique des taux de combat implique, sans que cela soit dit, que les taux ne soient pas réduits pour tous les départs, actuels ou futurs, lorsque cela n'est pas nécessaire pour réagir à la concurrence. En outre, une fois le concurrent éliminé, ces réductions ne sont manifestement plus justifiées. Ainsi, dans la mesure où cela est nécessaire, nous croyons que le présent cas satisfait au critère de la récupération. En même temps, nous dirions qu'une telle exigence doit être intégrée au critère utilisé pour vérifier si une entreprise dominante applique des prix abusivement bas. Cette exigence est implicitement formulée dans le premier point de l'extrait de l'arrêt AKZO que nous avons cité (voir point 126 ci-dessus). Elle est inhérente au critère appliqué dans l'arrêt Hoffmann-La Roche (voir point 124 ci-dessus). S'il faut empêcher les entreprises dominantes de faire obstacle au maintien de la concurrence, notamment en éliminant un concurrent, c'est parce qu'elles seraient alors en mesure d'appliquer des prix abusivement élevés. Ainsi, un monopole inefficace serait rétabli et les consommateurs n'en tireraient profit qu'à court terme. Si la stratégie adoptée par une entreprise dominante ne vise pas ce résultat, il est probable que l'on soit en présence d'une situation de concurrence normale. »⁸⁰
157. Dans Wanadoo, l'analyse a démontré que les prix étaient entre les coûts variables et les coûts totaux moyens, c'est-à-dire dans la zone grise. Par ailleurs, il a été démontré que l'entreprise a volontairement appliqué des prix prédateurs afin d'éliminer la concurrence⁸¹. Wanadoo a nié une stratégie prédatrice en affirmant que les prix initialement bas servaient de moyen à attirer des clients et que cette stratégie s'avérait profitable au bout de cinq ans. Pour la CE, dans un raisonnement quelque peu circulaire, cet argument ne peut être valable car la récupération des sacrifices initiaux peut être l'objectif-même de la prédation.
158. (333) « Il convient d'observer que ni la jurisprudence de la Cour de Justice ni la pratique décisionnelle de la Commission n'exigent la preuve de la réalité de la récupération des pertes initiales pour la constatation de l'abus de prix prédateur. L'intervention des autorités de concurrence est justifiée dès qu'il existe un risque de concurrence faussée, indépendamment des perspectives de récupération des pertes.
159. (334) Au demeurant, si la récupération des pertes initialement consenties peut constituer un objectif rationnel associé à la prédation, des configurations différentes sont parfaitement envisageables. Dans certains cas particuliers, l'entreprise peut s'engager dans une stratégie de prédation avec d'autres visées que la réalisation de marges d'exploitation supérieures à celles qui prévaudraient dans un contexte concurrentiel. (...)
160. (335) Dans ces conditions, la Commission considère que la démonstration d'une récupération des pertes n'est pas un préalable à la constatation d'un abus de prix prédateur.⁸² »

⁸⁰ Compagnie maritime belge / Commission, Conclusions de M. Fennelly, Affaires jointes C-395/96 P et C-396/96 Point 136.

⁸¹ Voir Jones and Suffrin p. 401

⁸² Décision Wanadoo du 16 juillet 2003 COMP/38.233 –Wanadoo Interactive

161. Ceci a été confirmé par le Tribunal de première instance⁸³ ainsi que par la CJUE⁸⁴ :
162. 110. « Dès lors, contrairement à ce qu'affirme la requérante, il ne ressort pas de la jurisprudence de la Cour que la preuve de la possibilité de récupération des pertes subies du fait de l'application, par une entreprise en position dominante, de prix inférieurs à un certain niveau de coûts constitue une condition nécessaire afin d'établir le caractère abusif d'une telle politique de prix. En particulier, la Cour a eu l'occasion d'exclure la nécessité d'une telle preuve dans des circonstances où l'intention éliminatoire de l'entreprise en cause pouvait être présumée en considération de l'application par celle-ci de prix inférieurs à la moyenne des coûts variables (voir, en ce sens, arrêt Tetra Pak/Commission, précité, point 44).
163. 111. Cette interprétation n'exclut pas, bien entendu, que la Commission puisse considérer une telle possibilité de récupération des pertes comme étant un élément pertinent dans l'appréciation du caractère abusif de la pratique en question, en ce qu'elle peut contribuer, par exemple, à exclure, en cas d'application de prix inférieurs à la moyenne des coûts variables, des justifications économiques autres que l'élimination d'un concurrent, ou à établir, en cas d'application de prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux mais supérieurs à la moyenne des coûts variables, l'existence d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent.
164. 112. Du reste, l'absence de toute possibilité de récupération des pertes ne saurait suffire à exclure que l'entreprise en question parvienne à renforcer sa position dominante à la suite, notamment, de la sortie du marché d'un ou de plusieurs de ses concurrents, de sorte que le degré de concurrence existant sur le marché, déjà affaibli en raison précisément de la présence de l'entreprise en question, soit réduit davantage et que les consommateurs subissent un dommage du fait de la limitation de leurs possibilités de choix.
C'est dès lors à bon droit que le Tribunal a conclu, au point 228 de l'arrêt attaqué, que la démonstration d'une possibilité de récupération des pertes n'est pas un préalable nécessaire à la constatation d'une pratique de prix prédateurs. »
165. Au point 110, la Cour exclut la nécessité d'une preuve de la possibilité de récupération des pertes « dans des circonstances où l'intention éliminatoire de l'entreprise en cause pouvait être présumée ». Le Conseil toutefois note que dans le cas d'espèce, il n'y a pas d'indication laissant présumer une « intention éliminatoire ». De la sorte, la conclusion de la Cour ne s'applique pas en l'espèce.
166. Au point 111, la Cour retient que la possibilité de la récupération des pertes peut être un élément pertinent « dans l'appréciation du caractère abusif de la pratique en question », si elle peut « établir l'existence d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent » « en cas d'application de prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux mais supérieurs à la moyenne des coûts variables ». En d'autres termes, la récupération est un élément pertinent dans une situation où, comme dans le cas d'espèce, l'analyse des coûts n'est pas concluante.
167. Au point 112, la Cour retient que « l'absence de toute possibilité de récupération des pertes ne saurait suffire à exclure que l'entreprise en question parvienne à renforcer sa position dominante (...) et que les consommateurs subissent un dommage du fait de la

⁸³ T-340/03 - France Télécom v Commission points, 228 et 230

⁸⁴ C-202/07P Arrêt de la CJCE dans France Télécom SA v CE du 2 April 2009, points 110-113

limitation de leurs possibilités de choix. Il n'en reste pas moins qu'il est très invraisemblable qu'une entreprise dominante puisse s'engager dans une stratégie de prédation coûteuse et risquée rien que pour restreindre le choix des consommateurs et sans être en mesure d'en tirer un bénéfice matériel. Dans ce cas, soit l'entreprise incriminée considère que la restriction de la concurrence est une fin en soi, soit elle obéit à des considérations ouvertes à toutes les spéculations.

168. Il existe notamment une littérature économique abondante sur les motivations possibles d'un comportement de prédation, par exemple la « prédation par réputation »⁸⁵. L'entreprise incriminée chercherait à se forger une réputation d'agressivité afin de décourager toute tentative de concurrence ou d'entrée sur un de ses marchés par des concurrents existants ou potentiels. La prédation devient alors un élément stratégique de long terme plutôt qu'une réaction aux activités d'un concurrent.
169. Toutefois, l'enquête menée par le conseiller désigné n'a pas révélé une telle stratégie de long terme.
170. Depuis l'affaire Wanadoo, la pensée auprès de la Commission Européenne semble néanmoins avoir évolué. Un document de travail rédigé par la DG Concurrence en 2005 préconise une approche selon la « règle de la raison » en trois étapes successives qui sont : la probabilité d'une éviction, la possibilité de récupération, et, en dernier lieu, l'établissement d'un sacrifice comme méthodologie appropriée dans les cas de comportements prédateurs.⁸⁶
171. En résumé, la littérature économique, la jurisprudence américaine et la pensée récente au sein de la Commission Européenne accorde une grande importance à la possibilité de récupération du « sacrifice » encouru par l'entreprise en tant que condition d'un comportement prédateur. La jurisprudence européenne par contre refuse jusqu'ici d'accorder une importance quelconque à la question de la récupération, mis à part une mention négligée dans l'arrêt AKZO.
172. Or, dans le cas d'espèce, l'ORCE est destinée à devenir une offre régulée, c'est-à-dire approuvée par le régulateur sectoriel. Une fois approuvée, l'EPT n'aura pas la possibilité de modifier les tarifs à sa guise. L'approbation du régulateur sera nécessaire. L'EPT devra alors montrer, par exemple, que ses coûts ont évolué d'une manière à ce qu'une augmentation des tarifs proposés par l'ORCE devienne nécessaire. Il y a donc lieu de penser qu'il sera très difficile pour l'entreprise visée de modifier ses tarifs simplement pour récupérer le sacrifice commis lors de la phase de prédation. La récupération du sacrifice est dans ces conditions quasi impossible.
173. Le Conseil ne partage pas l'opinion radicale de la plaignante qu'il ne fait aucun doute que les juridictions européennes ne prennent pas en compte la récupération dans le cadre de l'analyse des prix prédateurs. Il apparaît plutôt que les arrêts AKZO, Tetra Pak II et France

⁸⁵ La théorie de la prédation par réputation ou les "modèles de signal" ont fait l'objet de nombreuses analyses en théorie de jeux, p.ex. Milgrom P., Roberts J. [1982], "Predation, Reputation and Entry Deterrence", *Journal of Economic Theory*, vol. 27, pp. 280-312.

⁸⁶ DG Competition, European Commission - Office of the Chief Economist - Discussion Paper A Three-Step Structured Rule of Reason to Assess Predation under Article 82 Miguel de la Mano and Benoît Durand* 12 December 2005

Télécom laissent ouvert le rôle que peut jouer la possibilité, ou, comme dans le cas d'espèce, l'absence de possibilité de récupération dans l'évaluation d'un comportement prédateur qui n'est pas avéré par une analyse des coûts.⁸⁷

174. Le Conseil note par ailleurs que la plaignante a succombé à une erreur de raisonnement en affirmant que l'examen de la récupération revient à « ajouter des conditions supplémentaires à la qualification d'une pratique comme une pratique abusive fondée sur des prix prédateurs ». En effet, la démarche d'analyser d'autres éléments éventuellement pertinents ne créerait des conditions supplémentaires que dans le cas où le comportement abusif serait déjà avéré, sur base de l'analyse des coûts par exemple. Mais, en l'absence d'indications non-ambigües sur le caractère illicite du comportement en l'espèce, tout élément d'analyse susceptible d'apporter une information supplémentaire mérite attention.

11.6. La sélectivité de la tarification est un indice de comportement prédateur

175. Dans des cas où le niveau des prix pratiqués ne tombe pas, de façon générale, dans le domaine de la prédation, l'application de prix sélectifs à certains clients ou dans certaines régions peut être interprétée comme faisant partie d'un plan stratégique ayant pour but d'éliminer la concurrence. Dans ces cas, il n'a même pas été nécessaire de prouver que les entreprises incriminées ont fait des pertes en relation avec les niveaux bas des prix.⁸⁸ A chaque fois, la Cour a tenu compte de l'intention et de la nature sélective et ciblée des réductions de prix.

En l'espèce, aucune sélectivité n'a été pratiquée.

11.7. La prédation fait partie d'une stratégie commerciale non-pertinente sauf du point de vue de la prédation

176. A ce sujet, l'entreprise visée écrit que « si l'EPT fournit une ORCE, c'est parce que l'ILR le lui a imposé. Bien que l'EPT conteste l'interprétation faite par l'ILR, elle a accepté de se conformer. Le but de cette offre ORCE était précisément de favoriser la situation des opérateurs alternatifs. La décision du 15 décembre 2011 de l'ILR vise précisément à permettre aux autres opérateurs de répliquer l'offre DIA. (...) La publication de l'ORCE, dont les tarifs sont basés sur un calcul « retail minus » exigé par le régulateur, existe suite aux décisions du régulateur, plutôt que suite à une volonté de prédation. (...) ».⁸⁹
177. Il ressort probablement de ce texte que l'EPT aurait préféré de ne pas publier d'offre du tout afin de ne pas offrir de possibilité de répllication du service DIA. Dans la logique de cette stratégie commerciale, il serait plus probable que l'ORCE proposerait des tarifs décourageants parce que trop élevés plutôt que des tarifs encourageant parce trop bas.

⁸⁷ Courrier du 19 avril 2013 de Me De Bandt au Conseil, point 39.

⁸⁸ Voir p.ex. Eurofix-Bauco (décision EUROFIX -BAUCO / HILTI 22.12.1987 Official Journal : L 65 - 11/03/1988 Page19 ; Cewal/Compagnie maritime Belge (1993, OJ L34/20) et Irish Sugar (1997, OJ L258/1)...

⁸⁹ "Observations additionnelles ..." de l'EPT du 27 juillet 2012, point 273.

L'ORCE ne pourra être vu comme résultant d'une stratégie commerciale, mais d'une obligation régulatrice.

178. Néanmoins, s'il est vrai que l'existence même de l'ORCE est une conséquence de l'intervention du régulateur, il n'empêche que les tarifs proposés par l'ORCE pourraient être prédateurs. Toutefois, cette question a déjà été examinée au titre 10.2.

179. Finalement, dans la logique d'une approche basée sur les effets, le Conseil est d'avis qu'il n'existe en l'espèce pas de mesures à imposer à l'entreprise visée susceptibles d'avoir un effet bénéfique sur le marché :

- Retirer l'offre priverait les opérateurs d'une possibilité de réplique du service DIA ;
- Augmenter les tarifs de l'offre de gros conduirait soit à une augmentation des prix au niveau du marché de détail en aval, soit à une compression des marges des opérateurs concurrents de l'EPT, et, très probablement, une plainte pour compression de marge (effet de ciseau).

12. Les aides d'Etat

180. Selon la plaignante, l'EPT bénéficierait d'une aide d'Etat non-notifiée à et non-autorisée par la CE, qui lui aurait permis de subventionner des activités déficitaires et prédatrices telle que les services liés à l'ORCE. L'aide d'Etat aurait en l'espèce pris la forme d'une renonciation partielle de la part du gouvernement luxembourgeois aux dividendes payés dans le passé par l'EPT à l'Etat luxembourgeois. Ainsi, les dividendes versés par l'EPT baissaient de millions 20 millions en 2008 à 10 millions en 2010 et 2011. Le dividende versé en 2012 s'est élevé à 30 millions. Selon les déclarations du Premier ministre lors du discours sur l'état de la nation du 8 mai 2012, « entre 2008 et 2012, l'État, par l'intermédiaire de Luxconnect et l'Entreprise des P&T, a investi plus de 500 millions d'euros dans le développement des liaisons Internet et la mise en place de centres de données ultramodernes et hautement sécurisés. »

181. Selon les termes de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, les aides d'Etat ne tombent pas sous les compétences du Conseil. Le Conseil n'a pas à se prononcer sur l'existence ou la légalité des aides d'Etat.

182. Quant au reproche de subventions croisées, l'enquête menée n'a révélé aucune indication d'une subvention des services liés à l'ORCE. Etant donné le nombre extrêmement faible de lignes commercialisées dans le cadre de l'ORCE, de telles subventions seraient très difficiles à révéler.

14. Autres reproches formulés par la plaignante

183. Selon la plaignante, l'EPT ne cesse de harceler la plaignante par le biais de diverses procédures judiciaires qui n'auraient d'autre objet que de l'évincer du marché. Le Conseil

constate toutefois que les procédures intentées par l'EPT avaient comme objet le nom de la plaignante, et non pas son éviction du marché. Par ailleurs, les arrêts référencés par la plaignante⁹⁰ retiennent tous que des actions en justice ne pourront être qualifiées d'abusifs si elles relèvent d'un intérêt légitime de la part de l'entreprise dominante :

184. « (...)une action en justice ne peut être qualifiée d'abusive, au sens de l'article 86 du traité, que si elle ne peut pas être raisonnablement considérée comme visant à faire valoir les droits de l'entreprise concernée et ne peut, dès lors, servir qu'à harceler l'opposant. »⁹¹
185. Ce qui, selon l'avis du tribunal administratif en tout cas, a bien été le cas en l'espèce.
186. Dans le même courrier, la plaignante affirme qu' »une analyse détaillée révèle que les prix pratiqués par l'EPT dans l'offre de détail DIA sont plus bas que ceux de l'offre de gros ORCE. Il s'agit d'une pratique de compression de marge ou de prix ciseaux. »⁹² La plaignante formule ainsi un grief qui se place sur le marché de détail de fourniture d'accès à large bande différent de celui analysé par le conseiller désigné dans son rapport sur base de la plainte initiale. Le Conseil ne saurait se prononcer sur ce reproche nouveau qui n'est pas autrement étayé par des éléments convaincants fournis par le plaignant.

⁹⁰ Courrier du 19 avril 2013 de Me De Bandt au Conseil, point 44.

⁹¹ ITT Promedia NV c. Commission Européenne TPI 17 juillet 1998, T-111/96, point 72.

⁹² Courrier du 19 avril 2013 de Me De Bandt au Conseil, point 45.

15. Conclusion

187. Le Conseil conclut de tout ce qui précède que

- i. l'analyse des coûts des éléments composant l'offre ORCE ne fournit pas d'indication que les tarifs proposés par l'EPT dans le cadre de l'offre ORCE seraient inférieurs aux mesures de coûts pertinentes, équivalentes aux coûts variables moyens de l'arrêt AKZO (voir titre 10.2);
- ii. il n'y a pas d'indication que l'entreprise visée ait fait un sacrifice au sens de « recettes nettes inférieures à celles auxquelles on aurait pu s'attendre si un autre comportement, raisonnable, avait été adopté (...) »⁹³ car les tarifs de l'ORCE ont été développés sur base de l'approche « retail minus » requise par l'ILR (titre : Le sacrifice de l'entreprise prédatrice) ;
- iii. l'analyse des éléments suivants :
 - les effets sur le marché,
 - les preuves directes d'un plan d'éviction,
 - les effets sur le pouvoir de marché de l'entreprise prédatrice,
 - la récupération ultérieure des pertes encourues,
 - la sélectivité de la tarification en tant qu'indice de comportement prédateur,
 - la prédation en tant que stratégie commerciale non-pertinente sauf du point de vue de la prédation,

ne fournissent pas d'indication que le comportement incriminé soit un comportement prédateur.

a adopté la présente décision :

⁹³ Point 131;

188. Article unique :

La plainte introduite en date du 22 mai 2012 par TL relative à un abus de position dominante est rejetée et classée sans autres suites.

Ainsi délibéré et décidé à Luxembourg le 8 mai 2013



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.

Annexe I : Clients non-résidentiels – accès à large bande – par localité.

Localités	Total Clients par Loc.	Total clients en %	Total % cumulé
LUXEMBOURG	439	52,83%	52,83%
BERTRANGE	35	4,21%	57,04%
MUNSBACH	27	3,25%	60,29%
STRASSEN	21	2,53%	62,82%
SENNINGERBERG	20	2,41%	65,22%
CAPELLEN	17	2,05%	67,27%
HOWALD	17	2,05%	69,31%
CONTERN	16	1,93%	71,24%
ESCH-SUR-ALZETTE	15	1,81%	73,04%
LEUDELANGE	15	1,81%	74,85%
BETTEMBOURG	14	1,68%	76,53%
WINDHOF	14	1,68%	78,22%
DIFFERDANGE	13	1,56%	79,78%
BASCHARAGE	9	1,08%	80,87%
BETZDORF	8	0,96%	81,83%
RUMELANGE	7	0,84%	82,67%
DUDELANGE	6	0,72%	83,39%
MAMER	6	0,72%	84,12%
DIEKIRCH	5	0,60%	84,72%
EHLERANGE	5	0,60%	85,32%
ELLANGE	5	0,60%	85,92%
KAYL	5	0,60%	86,52%

(Liste des localités avec au moins cinq entreprises citées dans les réponses à la question 1.3. de la demande de renseignement du 3 août 2012)

