

Troisième tour d'analyses des marchés
Analyse du marché d'accès au réseau téléphonique public en position déterminée
pour la clientèle résidentielle et non-résidentielle (Marché 1/2007)

Avis du Conseil de la concurrence

N°2016-AV-10

(10.11.2016)

1. Contexte général

Selon l'article 17 de la loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques (ci-après « la loi sur les réseaux et les services de communications électroniques »), l'Institut Luxembourgeois de Régulation (ci-après : « ILR ») procède à l'analyse des marchés dans le secteur des communications électroniques conformément à la recommandation 2007/879/CE¹ de la Commission européenne (ci-après « la Commission »).

Dans le cas d'une révision de cette recommandation (art.17 précité), l'analyse est faite dans les deux ans qui suivent cette révision.

Dans l'élaboration de ses analyses, l'ILR coopère avec les autorités nationales chargées de la concurrence.

La recommandation 2007/879/CE précitée, qui recensait 7 marchés de communications électroniques susceptibles d'une réglementation *ex-ante*, a été remplacée par la

¹ Recommandation du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, JO L 344 du 28.12.2007, p. 65–69.

recommandation de la Commission 2014/710/UE du 9 octobre 2014² (ci-après : « la Recommandation ») qui ne recense plus que 5 marchés susceptibles d'une réglementation *ex-ante*. Le marché 1/2007 de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée n'en fait plus partie. Il s'agit d'un marché de détail qui permet aux utilisateurs finals, individuels ou entreprises d'accéder au réseau téléphonique public indépendamment de la question de savoir si le réseau est contrôlé par leur opérateur de communications électroniques.

Lorsque l'ILR constate, sur base de son analyse de marché, qu'un marché n'est pas concurrentiel, il identifie les entreprises puissantes sur ce marché (article 19 de la loi sur les réseaux et les services de communications électroniques) et soit impose aux entreprises puissantes sur le marché les obligations spécifiques appropriées, soit, si des telles obligations existent déjà il les maintienne ou il les modifie. La notion de puissance sur le marché correspond à celle de position dominante au sens de l'article 5 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence (ci-après : « loi relative à la concurrence ») et au sens de l'article 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne.

Toutefois, selon une jurisprudence constante, l'existence d'une position dominante ne représente pas une atteinte au droit de la concurrence, aussi longtemps que cette position dominante n'est pas exploitée de manière abusive par l'entreprise qui la détient³.

Mais dans le cadre de la régulation sectorielle européenne, lorsque le régulateur constate l'existence d'une entreprise puissante sur le marché, il doit procéder à une réglementation sectorielle. Lorsque l'ILR constate, sur base de son analyse de marché, qu'un marché est concurrentiel, dans le sens qu'il ne conclut pas à l'existence d'une entreprise puissante sur le marché, mais que des obligations réglementaires sectorielles existent encore, il supprime ces obligations pour les entreprises notifiées sur ce marché. Le marché en question n'est pas retenu par le régulateur sectoriel comme un marché susceptible d'une réglementation *ex-ante*.

Par contre, pour les marchés qui n'ont pas été recensés dans la Recommandation de la Commission, celle-ci prévoit dans son point 2 que :

« Lorsqu'elles recensent des marchés autres que ceux énumérés en annexe, les autorités réglementaires nationales doivent démontrer — et la Commission vérifiera — que les trois critères suivants sont remplis en même temps :

² Recommandation de la Commission du 9 octobre 2014 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, JO L 295 du 11.10.2014, p. 79–84.

³ Arrêt du 9 novembre 1983, Michelin / Commission C-322/81, EU:C:1983:313, point 10.

- a) *il existe des barrières élevées et non provisoires à l'entrée, qu'elles soient de nature structurelle, légale ou réglementaire;*
- b) *la structure du marché ne présage pas d'évolution vers une concurrence effective dans un délai déterminé, compte tenu de la situation de la concurrence fondée sur les infrastructures et autres facteurs, indépendamment des barrières à l'entrée;*
- c) *le droit de la concurrence ne permet pas de remédier à lui seul aux défaillances du marché constatées. »*

Pour maintenir une réglementation sur un marché non-recensé par la Recommandation, ces trois critères doivent être remplis de façon cumulative. Dans le cas d'espèce, l'ILR a donc appliqué ce « test des trois critères » (barrières élevées à l'entrée, absence d'évolution naturelle vers une concurrence effective, insuffisance du droit de la concurrence) au marché de l'accès au réseau téléphonique fixe.

Il est important de saisir que l'approche adoptée par l'ILR ne dépend pas tellement des changements survenus dans le marché en cause, mais du caractère évolutif du cadre analytique réglementaire.

L'ILR avait déjà publié deux analyses du marché de l'accès au réseau téléphonique fixe en 2006 puis en 2014, qui avaient donné lieu aux décisions 07/105/ILR du 2 février 2007, concernant le marché 1/2003, et 15/189/ILR du 9 mars 2015 concernant le marché 1/2007. Ce dernier règlement constate notamment la puissance sur le marché de l'Entreprise des Postes et Télécommunications (ci-après : « EPT »), et impose la revente de l'abonnement téléphonique commercialisé par l'EPT à ses clients finals comme condition d'une concurrence effective entre opérateurs sur le marché de l'accès au réseau téléphonique public. Le Conseil de la concurrence (ci-après : « Conseil ») avait publié son accord à ces règlements dans ses avis 2006-AV-08 du 13 septembre 2006 et 2014-AV-09 du 11 décembre 2014.

Selon l'article 76 (2) de la loi sur les réseaux et les services de communications électroniques, un accord préalable de l'autorité chargée de l'application du droit de la concurrence, à savoir du Conseil, est requis avant l'adoption par l'ILR de mesures affectant le marché. Le Conseil dispose d'un délai d'un mois pour proposer une modification à la mesure envisagée ou s'y opposer. Passé ce délai, l'accord de l'autorité saisie à la mesure envisagée est acquis.

En cas d'opposition à la mesure envisagée, l'ILR doit renoncer à cette mesure à condition que l'opposition soit fondée uniquement sur le droit de la concurrence.

Dans ce cadre légal, par courrier du 10 octobre 2016, l'ILR a saisi le Conseil de son analyse de marché portant sur le marché de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée (ci-après : le marché 1/2007).

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

L'action du régulateur sectoriel est de nature prospective, prenant en compte les possibles évolutions technologiques, économiques et commerciales au cours de la période couverte par l'analyse de marché. Par contre le droit de la concurrence porte sur une appréciation des situations et comportements réellement constatés. Dès lors, les obligations envisagées par l'ILR et adoptées le cas échéant ultérieurement ne préjugent pas une éventuelle procédure sur base de la loi relative à la concurrence en relation avec des comportements éventuellement anti-concurrentiels. L'ILR en tient compte au sein du règlement envisagé (pt. 4). De même, les appréciations portées par le Conseil dans le cadre du présent avis ne sauraient préjuger ses décisions lors d'affaires contentieuses qu'il aurait à trancher à l'avenir (voir en ce sens l'article 15, §1 de la Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques⁴ ci-après la Directive « cadre » et le point 16 de la Recommandation précitée).

2. La définition des marchés pertinents

L'accès au réseau téléphonique est un service de détail fourni et facturé par un opérateur qui contrôle le réseau d'accès local à un utilisateur final.

Le Conseil partage la conclusion de l'ILR que, suite aux tests de substituabilité effectués par l'ILR, le marché pertinent est celui de l'accès au réseau téléphonique :

- Sur le territoire national ;
- incluant les offres de service combinées incluant d'autres services que le seul service téléphonique ;
- incluant l'accès au réseau téléphonique via les réseaux câblés ;
- sur circuit commuté traditionnel (accès PSTN ou ISDN) et en mode VoIP ou VOB de type 1, c'est-à-dire avec contrôle de qualité⁵ à faible et haute capacité ;

⁴ Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, JO L 108, 24.4.2002, p. 33.

⁵ VoIP, pour Voice over Internet Protocol, ou VoB pour Voice over Broadband dans le cas des réseaux à haut débit, est une technique qui permet de communiquer par la voix sur des réseaux compatibles IP, qu'il

- incluant l'accès pour les usagers finals résidentiels ou non résidentiels, c'est-à-dire des entreprises.

Le Conseil n'a pas d'autres remarques au niveau de la définition du marché sauf à exprimer ses réserves quant à l'exclusion du marché en cause des appels effectués sur base d'un service de VoIP de type 2, c'est-à-dire d'un service basé sur une infrastructure Internet mais sans contrôle de la qualité. L'ILR justifie cette exclusion par le fait qu'elle ne permet pas l'attribution d'un numéro géographique. En fait, un nombre grandissant d'utilisateurs utilisent des applications du type « Skype » ou autres à partir de leurs équipements terminaux, sans avoir besoin d'une téléphonie fixe plus sophistiquée. Mais ce détail technique n'altère pas les conclusions de l'analyse des marchés.

3. Identification des opérateurs puissants sur le marché

L'objet de l'analyse du marché est de déterminer s'il est concurrentiel. Comme expliqué *supra*, le droit de la concurrence conçoit qu'un marché puisse fonctionner de façon parfaitement concurrentielle, même en présence d'une entreprise puissante sur le marché, c'est à dire détenant un grand pouvoir de marché, alors que, pour la régulation sectorielle, un marché n'est concurrentiel que si aucun opérateur ne jouit, individuellement ou conjointement, d'une puissance significative sur le marché:

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

L'ILR arrive au terme de l'analyse de marché à la conclusion que l'EPT jouit toujours d'une part de marché supérieure à 75% au deuxième semestre 2015, malgré le fait que, selon les notifications dans le registre national de l'ILR, 23 entreprises sont actives sur le marché pertinent. Toutefois, l'ILR ne veut pas accorder le statut d'entreprise puissante sur le marché à l'EPT et la soumettre aux obligations réglementaires⁶, notamment pour la raison suivante : La plupart des acteurs économiques actifs dans le marché des services d'accès au réseau téléphonique offrent un accès basé sur d'autres produits que la revente de l'abonnement téléphonique, notamment grâce à l'essor de la technologie VoIP. Cette technologie permet un accès au réseau téléphonique sans avoir recours aux types d'accès

s'agisse de réseaux privés ou d'Internet, filaire (câble/ADSL/fibre optique) ou non (satellite, Wi-Fi, GSM, UMTS ou LTE). La VoIP concerne le transport de la voix sur un réseau IP.

⁶ Consistant notamment à l'obligation de la possibilité d'une revente de l'abonnement téléphonique.

traditionnels (PSTN en analogique ou ISDN-2 en digital) commercialisés par l'EPT à ses clients finals. L'obligation de la revente de l'abonnement téléphonique instaurée par le règlement 15/189/ILR n'est alors plus nécessaire.

4. Le « test des trois critères »

Comme expliqué *supra*, le marché de l'accès au réseau téléphonique public ne figure plus dans la liste des marchés susceptibles de subir une réglementation *ex-ante* arrêtée par la Commission européenne dans la recommandation 2014/710/UE. Dans un tel cas, l'ILR est censé appliquer le « test des trois critères » afin de déterminer si la réglementation actuellement en vigueur doit être maintenue ou abrogée.

A cette fin, l'ILR analyse les barrières à l'entrée du marché et constate que la pléthore des opérateurs économiques offrant la téléphonie fixe sur une base VoIP montre qu'il n'existe plus de barrières à l'entrée du marché de l'accès au réseau téléphonique public fixe. L'ILR ajoute que l'entreprise identifiée comme opérateur PSM (l'entreprise en position dominante) lors de la dernière analyse de marché se serait engagée à ne pas discontinuer son offre de revente de l'abonnement téléphonique telle qu'imposée par le règlement 15/189/ILR à l'horizon de la présente analyse de marché.

Toutefois, le Conseil se permet de faire remarquer à l'ILR que, en l'absence de développement affectant la structure de la concurrence dans le marché de l'accès au réseau téléphonique fixe, il est très invraisemblable que les barrières à l'entrée aient été élevés et non-provisoires en 2014 mais pas en 2015/2.

Le Conseil est cependant d'accord pour considérer que la deuxième condition du « test des trois critères » n'est pas vérifiée et que ce marché d'accès au réseau téléphonique public évolue vers une situation de concurrence effective. En effet, tous les nouveaux accès au réseau téléphonique réalisés en 2015 par tous les opérateurs reposent sur une technologie de large bande basée sur le VoIP ou VOB, et reposent donc sur une solution technique qui demande, pour les opérateurs n'ayant pas de contrôle sur le réseau d'accès local, l'utilisation d'une autre offre de gros et non pas celle de l'offre de revente de l'abonnement téléphonique de l'EPT. Cette dernière ne propose même plus d'accès ISDN-2 à ses clients finals. Le Conseil est donc de l'avis que le marché de l'accès au réseau téléphonique traditionnel PSTN ou ISDN-2 avance vers une mort annoncée. Dans le cas (improbable) où un client d'un opérateur ne contrôlant pas l'accès sur le réseau d'accès local de celui-ci refuserait lors d'une nouvelle installation de son accès, un accès basé sur le haut débit, l'ILR insiste beaucoup à ce que l'EPT maintienne la possibilité de la revente de l'abonnement téléphonique tel que prévu par le règlement 15/189/ILR.

5. Conclusion

Le Conseil ne va pas aussi loin que de déclarer que le marché de l'accès au réseau téléphonique fixe est concurrentiel au sens qu'il n'existerait plus d'opérateur en position dominante. Toutefois, sans préjudice de toute analyse qui pourrait être menée par le Conseil dans le cadre d'une procédure contentieuse sur base de la loi relative à la concurrence, le Conseil ne s'oppose pas à l'abrogation des obligations existantes concernant la revente de l'abonnement téléphonique.

Dans un contexte de déclin terminal du marché de l'accès traditionnel (PSTN et ISDN-2) conjointement à la généralisation de la téléphonie sur une base VoIP, qui ne nécessite plus de réglementation spécifique du marché de l'accès, le Conseil estime que le marché de l'accès évolue vers une situation de concurrence aussi longtemps qu'ils existent des obligations sur le marché de la fourniture d'accès à la boucle locale (marché 3a/2014) et sur le marché de l'accès à large bande (marché 3b/2014). Le Conseil estime également que dans un tel contexte le contrôle *ex-post* exercé par le droit de la concurrence sera suffisant pour assurer une concurrence effective sur le marché de l'accès au réseau téléphonique public.

Ainsi délibéré et avisé en date du 10 novembre 2016.



Pierre Rauchs
Président



Paulette Lenert
Conseiller suppléant



Mattia Melloni
Conseiller



Jean-Claude Weidert
Conseiller