

Décision n° 2014-FO-07

du 13 novembre 2014

concernant une procédure au fond

mettant en cause

l'Entreprise des Postes et Télécommunications

8A, avenue Monterey

L-2020 Luxembourg

Le Conseil de la concurrence ;

Vu la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence (ci-après : « la loi du 17 mai 2004 ») ;

Vu la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence (ci-après : « la loi du 23 octobre 2011 ») ;

Vu le Traité instituant la Communauté européenne (CE) devenu le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : « TFUE ») ;

Vu l'introduction d'une plainte en date du 26 avril 2006 auprès de l'Inspection de la concurrence (ci-après : « l'Inspection ») par l'étude d'avocats Plottké & Brunel pour le compte de Tango S.A., Tele2 Services S.A et Tele2 S.A Luxembourg, actuellement Tango S.A. à l'encontre de l'Entreprise des Postes et Télécommunications ;

Vu le dépôt d'un complément à la plainte initiale en date du 15 juin 2006 par la même plaignante;

Vu l'ordonnance de nomination de Monsieur Jean-Claude Weidert comme conseiller désigné (ci-après : « le conseiller désigné ») en date du 6 mai 2013 ;

Vu la communication des griefs en date du 17 janvier 2014 ;

Vu les observations de l'EPT à la communication des griefs du 17 janvier 2014 parvenues au Conseil de la concurrence (ci-après : « le Conseil ») en date du 11 avril 2014 ;

Vu l'audition du 17 juin 2014 dans les locaux du Conseil ;

Vu les pièces du dossier ;

Considérant ce qui suit ;

Index

1. Procédure	5
2. Entreprises concernées	9
2.1. La plaignante	9
2.2. L'entreprise visée:	10
3. Faits reprochés	10
3.1. Facture unique	11
3.2. Accès au client	11
3.3. Refus de vente en gros de l'abonnement téléphonique	12
3.4. Refus de vente – accès au réseau de vente	12
3.5. Ciseaux tarifaires en relation avec l'offre de revente de l'abonnement	13
3.6. Rabais associés à la vente groupée	13
3.7. Comportement prédateur et subventions croisées dans le contexte de l'offre groupée .	14
3.8. Ventes liées	14
3.9. Refus de vente en relation avec les services de diffusion audiovisuelle	15
3.10. Conclusion	15
4. Définition du marché en cause	16
4.1. Rappel des principes	16
4.2. Définition du marché des produits	17
4.3. Définition du marché géographique	25
4.4. Conclusion sur la définition du marché en cause	26
5. Position dominante	26
5.1. Téléphonie fixe	27
5.2. Internet large bande	30
5.3. Téléphonie mobile	33
5.4. Conclusion sur la position dominante	37
6. Affectation du commerce intra-communautaire et droit applicable	38
6.1. Droit national	38
6.2. Droit de l'Union européenne	39
7. L'abus de position dominante	42

7.1. Le premier grief retenu par la communication des griefs: Messages publicitaires pour l'offre INTEGRAL apposées sur la facture de l'abonnement téléphonique.....	42
7.2. Le deuxième grief retenu par la communication des griefs: Prétendu refus de vente en gros de l'abonnement téléphonique.....	44
7.3. Le troisième grief retenu par la communication des griefs: Ciseaux tarifaires en relation avec l'offre de revente de l'abonnement téléphonique	46
7.4. Le quatrième grief retenu par la communication des griefs: Rabais de couplage pratiqué dans l'offre INTEGRAL	58
8. Le test de répliquabilité ou test de ciseaux tarifaires:	79
9. Conclusions	79
10. Fixation de l'amende.....	80
11. Annexes.....	1

1. Procédure

1. Le 26 avril 2006, introduction d'une plainte par l'étude d'avocats Plottké & Brunel pour le compte de Tango S.A., Tele2 Services S.A et Tele2 S.A Luxembourg, actuellement Tango S.A. (ci-après : « Tango » ou « la plaignante ») à l'encontre de Entreprise des Postes et Télécommunications (ci-après : « EPT ») ;

Le 15 juin 2006, dépôt d'un complément à la plainte initiale par la même plaignante ;

Le 11 août 2006, 1^{ère} demande de renseignements adressée à l'EPT;

Le 13 octobre 2006, réponse de l'EPT à une demande de renseignements du 11 août 2006 ;

Le 24 novembre 2006, ordonnance en matière de concurrence déloyale émanant de l'EPT demandant à Tango de cesser d'exercer du « parasitisme publicitaire » ;

Le 2 février 2007, publication de la décision 07/105/ILR de l'Institut luxembourgeois de régulation (ci-après : « ILR ») obligeant l'EPT d'accorder à des opérateurs tiers l'accès à un service d'abonnement ;

Le 6 juin 2007, lettre de Tango concernant l'avancement de l'enquête ;

Le 9 juillet 2007, réunion avec les représentants de Tango concernant les suites à donner à la plainte ;

Le 9 août 2007, deuxième réunion avec les représentants de Tango ;

Le 16 août 2007, demande de mesures conservatoires présentée par l'Inspection pour les sociétés Tango, Tele2 Luxembourg S.A. et Tele2 Services Luxembourg S.A., à l'encontre de pratiques mises en œuvre par l'EPT ;

Le 22 août 2007, publication d'un 1^{er} projet d'offre de revente de l'abonnement téléphonique par l'EPT ;

Le 30 août 2007, audition des parties dans le cadre de la procédure de mesures conservatoires ;

Le 7 septembre 2007, note de Tango au Président du Conseil dans le cadre de la procédure de mesures conservatoires ;

Le 8 octobre 2007, note de l'EPT au Président du Conseil dans le cadre de la procédure de mesures conservatoires ;

Le 22 janvier 2008, décision 2008-MC-01 du Président du Conseil en matière de mesures conservatoires ;

Le 6 février 2008, règlement 08/126/ILR portant approbation de la l'offre de référence de la revente de l'abonnement téléphonique RLO de l'EPT ;

Le 29 décembre 2008, demande de renseignements adressée à l'EPT et à Tango ;

Le 6 février 2009, réponse de l'EPT à la demande de renseignements du 29 décembre 2008 ;

Le 4 mars 2009, réponse de Tango à la demande de renseignements du 29 décembre 2008 ;

Le 20 mai 2009, jugement du Tribunal administratif annulant l'article 1^{er} de la décision du Conseil du 26 février 2008 ;

Le 4 mars 2010, arrêt de la Cour administrative annulant les mesures conservatoires prises par le Président du Conseil en date du 22 janvier 2008 ;

Le 30 mars 2010, demande de renseignements adressée à l'EPT, Tango et Orange S.A. (anciennement Voxmobile) ;

Le 10 juin 2010, réponse de l'EPT à la demande de renseignements du 30 mars 2010 ;

Le 30 juillet 2010, décision de l'Inspection à l'égard de Tango et d'Orange S.A. pour non-réponse à la demande de renseignements du 30 mars 2010 ;

Le 20 août 2010, demande de renseignements à l'ILR ;

Le 14 septembre 2010, réponse d'Orange S.A. à la demande de renseignements du 30 mars 2010 ;

Le 15 septembre 2010, réponse de Tango à la demande de renseignements du 30 mars 2010 ;

Le 1^{er} octobre 2010, demande de renseignements adressée à l'EPT concernant la séparation comptable ;

Le 5 novembre 2010, réponse de l'EPT (y inclus séparation comptable 2008) ;

Le 14 juin 2011, courrier de l'Inspection au Conseil visant à obtenir une suspension de la demande de mesures conservatoires jusqu'à la fin des consultations et décision de l'ILR relative aux offres de références RDSLO et ORATH ;

Le 3 octobre 2011, courrier de l'Inspection au Conseil l'informant de sa volonté de retirer sa demande de maintien de mesures conservatoires ;

Le 6 mai 2013, ordonnance du Président du Conseil désignant M. Jean-Claude Weidert pour diriger l'enquête ;

Le 13 mai 2013, demande de renseignements à l'ILR ;

Le 3 octobre 2013, demande de renseignements à l'EPT ;

Le 29 octobre 2013, demande de renseignements à l'EPT ;

Le 8 novembre 2013, demande de renseignements à l'EPT ;

Le 18 novembre 2013, réponse de l'EPT ;

Le 29 novembre 2013, réponse de l'EPT ;

Le 10 décembre 2013, réponse de l'EPT ;

Le 17 janvier 2014, établissement de la communication des griefs par le conseiller désigné;

Le 11 avril 2014, établissement par l'EPT de ses observations à la communication des griefs du 17 janvier 2014 qui parviennent au Conseil à cette même date ;

Le 17 juin 2014, organisation par le Conseil, dans les locaux, d'une audition lors de laquelle sont entendus le conseiller désigné, la partie plaignante, le représentant du ministre de l'Economie et la partie poursuivie ;

2. Sur demande de la plaignante et de l'Inspection, le Président du Conseil a prononcé dans la décision 2008-MC-01 du 22 janvier 2008 des mesures conservatoires à l'encontre de l'EPT. Ces mesures consistaient en l'interdiction d'inclure un service IPTV dans l'offre

groupée « INTEGRAL » ou dans toute autre offre groupée, et en l'obligation de publier une offre de revente de l'abonnement téléphonique.

3. La décision du Président du Conseil du 22 janvier 2008 est annulée par jugement du Tribunal administratif du 20 mai 2009. Ce jugement est confirmé par arrêt de la Cour administrative du 4 mars 2010. Malgré cette annulation, l'EPT a, à ce jour, respecté la décision en matière de mesures conservatoires.
4. Cette décision ne porte pas préjudice de la décision sur le fond concernant les griefs de la plainte. Pour arriver à une décision sur le fond, il est 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. Cette enquête a été ponctuée par la communication des griefs du 17 janvier 2014.

2. Entreprises concernées

2.1. La plaignante

Tango S.A.
177, rue de Luxembourg
L-8077 Bertrange
Registre de Commerce et des Sociétés n° B 97152

5. La plainte a été introduite au nom des sociétés S.A. Tele2 Luxembourg, S.A. Tango et S.A. Tele2 Services Luxembourg.
6. La S.A. Tele2 Luxembourg a été constituée le 4 août 1998 avec pour objet notamment d'opérer un réseau de télécommunications et de fournir des services de télécommunications, y inclus, mais non exclusivement, des services de téléphonie fixe ou mobile, des services de transmission de données et des services de télécommunications avec valeur ajoutée ainsi que de fournir d'autres services, en particulier des services financiers, y relatifs. La raison sociale de Tele2 Luxembourg S.A. a été changée en Tango Fixed S.A. le 26 août 2008.
7. La S.A. Tele2 Services Luxembourg a été constituée le 12 octobre 1999 en tant que société de participations financières. La raison sociale de Tele2 Services S.A. a été changée en Tango Services S.A. le 26 août 2008. Tango Fixed S.A. et Tango Services S.A. ont fusionné par absorption avec Tango S.A. et ont été radiées du Registre de Commerce en date du 06 janvier 2011.
8. La S.A. Tango a été constituée le 13 juin 1997 avec pour objet notamment la vente, la commercialisation, la facturation et le service clientèle pour l'exploitation de réseaux de télécommunications GSM. Tango a par la suite repris les activités de Tango Fixed S.A. et de Tango Services S.A.

Il est expliqué dans la note du 10 septembre 2007 adressée par Tango au Président du Conseil que la S.A. Tele2 Luxembourg était un opérateur de téléphonie fixe, que la S.A. Tango était un opérateur de téléphonie mobile et que la S.A. Tele2 Services Luxembourg commercialisait les produits de ces deux sociétés.

2.2. L'entreprise visée:

9. Entreprise des Postes et Télécommunications (EPT)
8A, avenue Monterey
L-2020 Luxembourg
Registre de Commerce et des Sociétés 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. Selon l'article 3 (1) de cette loi, 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).

Formellement, les activités dans le secteur des communications électroniques sont logées au sein de Post Telecom S.A., filiale de l'EPT.

POST Telecom S.A.
1, rue Emile Bian
L-1235 Luxembourg
Registre de Commerce et des Sociétés n° B43290

Pour les fins de cette décision, l'entreprise visée sera par la suite désignée par « EPT ».

L'EPT a réalisé un chiffre d'affaires consolidé de 677.36 millions d'euros en 2013 et occupait 3.959 personnes au niveau du groupe. L'EPT dispose du réseau de télécommunications 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.

3. Faits reprochés

10. Par courrier du 26 avril 2006 et du 15 juin 2006, Tango porte plainte contre l'EPT auprès de l'Inspection. La plainte contient un grand nombre de griefs, qui, selon la communication des griefs adressée le 17 janvier 2014 à l'EPT, peuvent se résumer de la façon suivante :

3.1. Facture unique

11. Selon la plaignante,
« (...) le forfait «INTEGRAL» en question propose aux clients lambdas trois services de télécommunications réunis en un, en somme dans un seul « package» regroupant la téléphonie fixe, la « mobilophonie » et les services Internet. (...) Ce forfait présente un avantage pratique incontestable pour le consommateur qui se voit proposer sur une seule et même facture l'ensemble des services proposés via l'offre «INTEGRAL» par les P&T de Luxembourg à ses clients. (...) aucun des autres opérateurs du secteur des télécommunications n'est en mesure de proposer un service unique regroupant l'ensemble des services proposés par les P&T de Luxembourg, sans faire apparaître l'opérateur historique sur ses factures notamment en ce qui concerne la téléphonie fixe. »¹

12. Le reproche formulé dans la plainte consiste à affirmer que les clients Tango, c'est-à-dire les personnes qui acheminent leurs communications téléphoniques sur réseau fixe via Tango, reçoivent deux factures : l'une de la part de l'EPT concernant l'abonnement téléphonique, l'autre, de la part de Tango, concernant les communications téléphoniques. La plaignante considère que cette pratique est un abus de position dominante de la part de l'EPT, qui consisterait dans le fait que les clients « lambda » préfèrent recevoir une facture plutôt que deux, alors que seule l'EPT serait en mesure de facturer tous ses services sur une facture.

3.2. Accès au client

13. Selon la plaignante,
« Par ce vecteur, les P&T de Luxembourg utilisent également leur correspondance «facture d'abonnement» pour avoir accès à la clientèle de tout opérateur et pour faire transiter leur message publicitaire. (...) Il est ainsi reproché aux P&T de Luxembourg de faire un usage abusif des droits exclusifs conférés par la législation nationale en tant qu'opérateur historique des télécommunications. »²

La plaignante reproche à l'EPT d'avoir profité de l'envoi des factures concernant l'abonnement téléphonique pour y apposer un message publicitaire sur son offre groupée « INTEGRAL ». La plaignante considère ces actions publicitaires comme un abus de position dominante, car la position de l'EPT ferait que cette dernière est le seul opérateur à disposer d'un accès direct et quasiment gratuit à presque tous les ménages et toutes les

¹ Plainte Tango du 26 avril 2006, page 2.

² Ibid. pages 8 et 10.

entreprises du pays pourvues d'un accès au réseau téléphonique, y inclus ceux qui confient leurs appels téléphoniques à un autre opérateur.

3.3. Refus de vente en gros de l'abonnement téléphonique

14. Selon la plaignante,
*« (...) Conscient du phénomène, TELE2/TANGO (et d'autres opérateurs) ont depuis toujours sollicité la possibilité auprès de l'EPT de revente de l'abonnement et se sont vus confronter à un refus catégorique de cette dernière. Aujourd'hui, la revente de l'abonnement peut être l'un des remèdes nécessaires menant à une situation concurrentielle sur la téléphonie fixe. »*³

La plaignante considère que « la revente de l'abonnement peut être l'un des remèdes nécessaires » pour pouvoir concurrencer l'entreprise en position dominante, et le refus de la part de l'EPT d'accorder à ses concurrents la possibilité de revendre l'abonnement téléphonique de l'EPT aux clients finals serait en ce sens un refus de vente et donc un abus de position dominante.

3.4. Refus de vente – accès au réseau de vente

15. Selon la plaignante,
*« Les points de ventes au détail de l'offre INTEGRAL s'effectuent principalement par l'intermédiaire des points de vente de l'EPT offrant également les services postaux et financiers. Outre le fait que ces points de vente sont répartis sur l'ensemble du territoire de Luxembourg, les agences sont grand public et drainent ainsi un potentiel de clients. Les autres opérateurs, y compris TELE2/TANGO ne sont pas en mesure de reproduire ces points de vente. »*⁴

Il est reproché à l'EPT d'utiliser un réseau existant de bureaux postaux pour la vente de services de télécommunications, alors que les concurrents n'ont pas de réseau de points de ventes comparable pouvant soutenir leur effort commercial. L'utilisation de cette infrastructure non répliquable combinée au refus d'accorder un accès aux concurrents constituerait, aux yeux de la plaignante, un abus de position dominante.

³ Plainte Tango du 26 avril 2006, page 17.

⁴ Ibid. page 18.

3.5. Ciseaux tarifaires en relation avec l'offre de revente de l'abonnement

16. Selon la plaignante,
« Or, l'offre actuelle de l'EPT ne respecte pas les obligations posées par l'ILR (et la Commission européenne) en terme de « retail minus » proposé à seulement 10%. Les autres modalités offertes telles que, par exemple, l'exclusion de certains services et types d'appels, l'absence de SLA (Service Level Agreement), etc. ...) laissent à penser qu'à la date du 1^{er} octobre 2007, le WRL ne sera pas effectif et/ou ne présentera pas les paramètres requis ne serait-ce qu'en termes de services offerts et de marge nécessaire pour permettre la concurrence effective. »⁵

Ce grief se réfère au projet d'offre de revente de l'abonnement téléphonique proposé en 2007 par l'EPT suite à la décision de l'ILR n°07/105/ILR obligeant « l'opérateur identifié comme puissant sur le marché (...) d'accorder à des opérateurs tiers l'accès à un service de revente d'abonnement »⁶. La plaignante soupçonne une pratique de ciseaux tarifaires, ou compression des marges, résultant d'une marge insuffisante entre le tarif de gros proposé par l'EPT aux autres opérateurs, et le tarif de détail appliqué par l'EPT aux clients finals.

3.6. Rabais associés à la vente groupée

17. Selon la plaignante,
« A l'analyse des prix offerts par l'EPT, il est remarquable de voir des prix pour certains services qui composent INTEGRAL inférieurs à ceux proposés individuellement (ex. ADSL 2Mb: INTEGRAL 26 euros sans limitation de volume au lieu des 29 euros limité à 2GB). INTEGRAL offre encore à ses clients la possibilité d'appels de fixe/mobile et de fixe/fixe gratuitement après 20 heures. Cela illustre une nouvelle fois que les effets de la position dominante occupée par l'EPT lui permettent ces offres « on-net » gratuites. Là encore, l'offre RIO de l'EPT n'inclut pas cette possibilité pour les autres opérateurs. »⁷

En raison de sa position sur le marché, l'EPT serait en mesure de proposer des rabais aux clients finals que les autres opérateurs ne peuvent pas offrir, de lier ces rabais à une vente groupée dans le but d'encourager le client de s'approvisionner de façon exclusive chez l'entreprise dominante, de poursuivre une fidélisation de la clientèle dans tous les marchés en cause et d'évincer de cette façon la concurrence dans un ou plusieurs des marchés concernés.

⁵ Note Tango du 7 septembre 2007 page 18.

⁶ Décision de l'ILR n°07/105/ILR du 2 février 2007, art. 4 (1).

⁷ Ibid. page 14.

3.7. Comportement prédateur et subventions croisées dans le contexte de l'offre groupée

18. Selon la plaignante,
- « D'autant que si les prix proposés dans le cadre de l'offre «INTEGRAL» sont excessivement avantageux par rapport à la moyenne des opérateurs luxembourgeois, la question reste posée de savoir si les prix ne sont pas inférieurs aux coûts de revient ou si cet opérateur ne compense pas les prix sur les télécommunications par d'autres activités étrangères à ce secteur. La mise à disposition d'éventuels moyens d'une activité à l'autre ne doit pas s'apparenter à des «subventions» et donneraient lieu le cas échéant, à des contreparties financières ne reflétant la réalité des coûts. Toujours est-il qu'en l'absence de séparation comptable effective et contrôlée, il est difficile de vérifier le respect de ce principe élémentaire. »⁸*

En d'autres termes, la plaignante reproche à l'entreprise visée de pratiquer des tarifs *« excessivement avantageux par rapport à la moyenne des opérateurs luxembourgeois »*, et semble vouloir dire qu'une enquête doit établir si ces tarifs se situent en-dessous des coûts sous-jacents à leur production ou leur fourniture. Une vente à perte systématique ou une offre commerciale qui se situe en-dessous des coûts dans le but d'évincer des concurrents serait alors le fait d'un comportement prédateur et constituerait, si avéré, un abus de position dominante. Comme une tarification en-dessous des coûts résulte dans des pertes pour l'entreprise prédatrice, une telle stratégie commerciale doit être financée, par exemple, par d'autres activités, à l'aide de subventions croisées.

3.8. Ventes liées

19. Selon la plaignante,
- « Certains services offerts par les opérateurs en communications électroniques ne sont pas disponibles séparément, mais uniquement en combinaison avec d'autres services, via un procédé de « vente liée » (« tying »). Dans un tel cas, l'acquisition d'un des services n'est possible que si un deuxième service est également acheté. Cette pratique peut, sous certaines conditions, constituer une infraction d'abus de position dominante. »*

Ce grief n'est pas expressément formulé dans la plainte mais a été examiné à la fois par l'EPT dans sa note au Président du Conseil⁹ et dans la décision 2008-MC-01 du 22 janvier 2008.

⁸ Note Tango du 7 septembre 2007 page 19.

⁹ Note du 8 octobre 2007 soumise par l'EPT au Président du Conseil dans le cadre de la procédure de mesures conservatoires (ci-après : « la note de l'EPT »).

3.9. Refus de vente en relation avec les services de diffusion audiovisuelle

20. Selon la plaignante,

« Les offres commerciales actuelles (LuxDSL) ne nous permettent pas de garantir la qualité d'un service IPTV sur le réseau ADSL de l'EPT. Il en résulte que seul l'EPT, utilisant la technologie Multicast (non régulée et non couverte par les analyses de marche et volontairement exclue des décisions de l'ILR) et contrôlant la ligne cuivre de bout en bout, est susceptible d'offrir ce service. »¹⁰

Ce reproche concerne la diffusion de contenus audiovisuels sur réseau DSL, au moyen de la technologie IPTV, proposée par l'EPT depuis avril 2009, mais que les autres opérateurs ne seraient pas en mesure de proposer à leurs clients finals. Ce reproche n'était pas formulé dans la plainte initiale, puisque la diffusion audiovisuelle sur IP (c'est-à-dire utilisant le protocole Internet) n'était pas encore commercialisée au moment du dépôt de la plainte, mais lors de la réponse de Tango à la demande de renseignements du 30 mars 2010 de l'ancienne Inspection.

3.10. Conclusion

21. Après avoir examiné, au sein de la communication des griefs, les neuf reproches énumérés supra, dont sept sont issus textuellement de la plainte, contrairement à ce qu'affirme l'EPT dans ses observations à la communication des griefs¹¹, le conseiller désigné retient, au terme de son enquête, les quatre griefs suivants qui constitueraient, selon lui, des infractions aux articles 5 de la loi du 23 octobre 2011 et 102 TFUE :

- l'accès au client (3.2 supra)
- un refus de la vente en gros de l'abonnement téléphonique (3.3)
- une pratique de ciseaux tarifaires en relation avec l'offre de revente de l'abonnement (3.5)
- les rabais de couplage en tant que pratique d'éviction (3.6)

C'est sur ces seuls quatre griefs que le Conseil se penchera. Le Conseil fait siennes les conclusions du conseiller désigné en ce qu'il a rejeté les griefs énumérés sub 3.1, 3.4, 3.7, 3.8 et 3.9.

¹⁰ Réponse Tango à la demande de renseignements du 30 mars 2010, page 9.

¹¹ Observations en réponse à la communication des griefs, point 4.

4. Définition du marché en cause

4.1. Rappel des principes

22. 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. La méthodologie la plus fréquemment utilisée, qui est également celle qui sera utilisée pour la présente décision, se base sur les concepts établis par la Commission européenne dans sa « *Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence* »¹².
23. 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:

« 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. (...) »

« 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 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.¹³ (...) »

24. Dans les cas où la substituabilité par la demande n'a 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 :

¹² Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, (97/C372/03), p. 5 – 13.

¹³ Ce test est encore connu sous les noms de « test de substituabilité », SSNIP test (« small but significant non-transitory increase in price ») ou « test du monopoleur hypothétique ».

« 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. »¹⁴

25. 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 ».

4.2. Définition du marché des produits

26. Le Conseil adhère aux définitions de marchés telles que retenues dans la communication des griefs et qui répondent aux définitions de marché retenues par l'ILR.
27. En effet, le secteur des communications électroniques est soumis à une régulation « ex-ante » de la part d'un régulateur sectoriel, en l'espèce l'ILR, chargé d'effectuer une analyse détaillée de certains marchés retenus par la Commission européenne comme marchés qui « sont susceptibles » de devoir être soumis à une régulation ex-ante afin de garantir une concurrence effective¹⁵. Cette obligation est ancrée dans le cadre réglementaire de l'Union européenne (ci-après : « UE ») de 2002¹⁶ (le « paquet télécom »), qui a été transposé en droit luxembourgeois en mai 2005¹⁷.
28. Bien entendu, 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

¹⁴ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (97/C 372/039) précitée, points 7, 13 et 20.

¹⁵ 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 (2003/311/CE).

Cette recommandation a entre-temps été remplacée par la « 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 », qui n'était cependant pas encore en vigueur au moment de la plainte et qui n'a pas encore donné lieu à une réglementation de la part de l'ILR (janvier 2014).

¹⁶ Notamment 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 électroniques (directive "cadre"), JOCE du 24/04/2002, p. 33 – 50, art.15.

¹⁷ Loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et les services de communications électroniques, abrogée par la loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques.

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. »¹⁸

Néanmoins, il ne serait pas approprié d'ignorer le travail accompli par l'ILR. Il convient plutôt d'examiner de façon critique si les définitions des marchés retenues par le régulateur sont ou restent pertinentes dans le cas d'espèce, du point de vue du droit de la concurrence.

29. En l'espèce, le nombre et l'éventail des reproches formulés font que de nombreux marchés différents sont visés et doivent faire l'objet d'une définition rigoureuse au sens du droit de la concurrence. Il ne sera procédé qu'à la définition de ceux des marchés intervenant dans le dossier pour lesquels un abus est allégué et pour lesquels l'existence d'une position dominante doit être avérée.

4.2.1. Téléphonie sur réseau fixe – marchés de détail

30. Il est rappelé que les marchés de détails concernent les produits et services qui s'adressent à des clients finals.

Au terme de ses analyses de marché, l'ILR distingue huit marchés de détail distincts au niveau du secteur de la téléphonie sur réseau fixe – ci-après « téléphonie fixe », dont quatre marchés d'accès et quatre marchés de services :

- le marché de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle, y-compris l'accès numérique de base, l'accès analogique et l'accès à travers un réseau câblé de télévision adapté à la téléphonie (Marché 1) ;¹⁹
- le marché national de l'accès analogique au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle (Marché 2.1) ;
- le marché national de l'accès numérique de base au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle (Marché 2.2) ;
- le marché national de l'accès numérique primaire au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle (Marché 2.3) ;

¹⁸ Recommandation de la Commission du 17 décembre 2007, précitée considérant 16.

¹⁹ Le « réseau téléphonique public en position déterminée » désigne le réseau téléphonique fixe par opposition aux réseaux mobiles.

- le marché national des services téléphoniques nationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle résidentielle, y-inclus les services téléphoniques locaux (Marché 3) ;
- le marché national des services téléphoniques internationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle résidentielle (Marché 4) ;
- le marché national des services téléphoniques nationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle (Marché 5) ;
- le marché national des services téléphoniques internationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle (Marché 6).

Les quatre marchés de services téléphoniques (marchés 3-6) incluent, chacun :

- les services téléphoniques sur les réseaux câblés adaptés à la téléphonie ;
- les services téléphoniques vers les réseaux fixes et vers les réseaux mobiles ;
- les services téléphoniques sur les connexions Internet à haut débit (Voice-over-Broadband de type 1, dont les opérateurs contrôlent la qualité de service) ;
- les services téléphoniques prépayés et post-payés ;
- les services téléphoniques interpersonnels et les services téléphoniques à destination d'un fournisseur de services.

En ce qui concerne les tests de substituabilité justifiant la distinction de ces marchés multiples, il y a lieu de se référer aux documents suivants :

- « Analyse des marchés de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle et non résidentielle »²⁰ et
- « Analyse des Marchés 3, 4, 5 et 6 : Marchés de détail de la téléphonie fixe en position déterminée »²¹.

Par la suite, les marchés 1 et les marchés 2.1 à 2.3 seront, dans un souci de simplification, désignés par « les marchés (de détail) de l'accès au réseau téléphonique public », ou encore les marchés d'accès, et les marchés 3 à 6 par « les marchés de détail des services téléphoniques fixes ».

²⁰http://www.ilr.public.lu/communications_electroniques/analysedesmarches/analyse_marches_1/Tableau/archive/new_consultation_nat_m1_m2.pdf.

²¹http://www.ilr.public.lu/communications_electroniques/analysedesmarches/analyse_marches_1/Tableau/archive/consultation_nat_m3-6.pdf.

31. Toutefois, contrairement à ce qu'avait retenu la communication des griefs, il n'est pas nécessaire, de l'avis du Conseil, de définir un marché de la revente de l'abonnement.

4.2.2. Internet large bande – marché de détail

32. Les services d'accès à Internet large bande (haut débit) sur les marchés de détail n'ont pas fait l'objet d'une analyse exhaustive de la part de l'ILR, qui procède cependant à une description de ce marché de détail²². Le tableau ci-après résume les débits et tarifs de quelques offres d'accès à large bande disponibles à Luxembourg en juillet 2006.

Selon la communication des griefs, la substituabilité du côté de la demande et du côté de l'offre, entre toutes ces offres est suffisamment élevée pour considérer que toutes ces offres font partie du même marché de détail.

²² Analyse du marché de la fourniture en gros d'accès à la large bande (marché 12), pp. 4 à 6.

Echantillon des offres d'accès à Internet large bande à Luxembourg (€ par mois)

Offre	Frais d'installation		Prix par mois	Bande passante		Téléchargement	
		(1)		Descen- dante	Ascen- dante	Prix d'une Volume unité	
EPT SpeedSurf Junior	149.5	39.5	29	1	128	1Gb	0.3
EPT SpeedSurf Run	149.5	39.5	47	2	192	15Gb	0.3
EPT SpeedSurf Express	149.5	39.5	79	3	192	25Gb	0.3
Cegecom Basic	130	/	26.10	1	128	15Gb	0.3
Cegecom Standard	130	/	37.80	2	192	25Gb	0.3
Cegecom Advanced	130	/	42.30	2	192	illimité	-
Cegecom Pro	130	/	71.10	3	192	illimité	-
Tele2 1Mbit	159	79	23.99	1	128	illimité	-
Tele2 2Mbit	159	79	39.99	2	-	illimité	-
Tele2 3Mbit	159	79	64.99	3	-	illimité	-
LOL Basis flexi	140	39.5	28.85	1	128	1Gb	0.3
LOL Basis flat	140	39.5	34.85	1	128	illimité	-
LOL Pro flexi	140	39.5	44.85	2	192	20Gb	0.3
LOL Pro flat	140	39.5	50.85	2	192	illimité	-
LOL Top flexi	140	39.5	69.85	3	192	30Gb	0.3
LOL Top flat	140	39.5	75.85	3	192	illimité	-
Coditel LightClick	203.313	129	24.90	1	128	1Gb	5
Coditel SpeedClick	203.313	129	45	4	256	20Gb	10
Coditel MegaClick	203.313	129	79	10	512	25Gb	10

Source : Analyse du marché de la fourniture en gros d'accès à la large bande, p.5

(1) Si installé par le client final.

33. Le Conseil se rallie à la conclusion de la communication des griefs que le marché de l'accès à Internet large bande englobe
*« les accès Internet résidentiels (s'adressant plutôt, quoique non exclusivement, à des clients particuliers), assurant un débit (en voie descendante – « download ») d'au moins 1 Mbps, indépendamment du type de réseau, à l'exclusion des accès via réseaux mobiles »*²³.

4.2.3. Internet large bande – marchés de gros

34. La recommandation de la Commission 2003/311/CE prévoit deux marchés de gros en amont du marché de détail d'accès à Internet large bande :

²³ Communication des griefs point 51.

- le marché de la fourniture en gros d'accès dégroupé aux (sous-) boucles locales sur lignes métalliques (marché 11)
- le marché de la fourniture en gros d'accès à large bande (marché 12).

La fourniture en gros d'accès dégroupé consiste à raccorder 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'accès par dégroupage nécessite une présence de l'opérateur dans la salle de colocation la plus proche, ce qui exige des investissements substantiels afin d'établir des points de présence en nombre suffisant.

L'accès à large bande permet à un fournisseur de fournir à des clients finals un accès à Internet large bande, sans être en possession d'une infrastructure de réseau plus ou moins complète. Il suffit qu'il ait établi, dans le cas du Luxembourg, une présence dans un seul central technique pour pouvoir développer une clientèle sur le plan national.

35. Les deux types d'accès ne sont pas substituables, car ils se trouvent à des niveaux différents de l'échelle des investissements. Le marché de la fourniture d'accès dégroupé ne fait pas l'objet d'un grief de la plaignante et n'est pas concerné par la procédure en l'espèce. En l'espèce, l'analyse du marché du dégroupage n'est pas nécessaire non plus en vue de la détermination éventuelle d'une position dominante.
36. Pour ce qui est du marché de la fourniture en gros d'accès à large bande, l'ILR, après avoir effectué les tests de substituabilité appropriés, définit le marché pertinent de gros comme le « marché national de fourniture en gros d'accès à large bande », à l'exclusion de tous types de dégroupage et des offres des câblo-opérateurs.²⁴ Le Conseil se rallie à cette conclusion.

4.2.4. Téléphonie mobile

37. Selon la communication des griefs, alors que les marchés de la téléphonie mobile ne font pas explicitement l'objet d'un grief de la part de la plaignante, l'analyse de certains des reproches soulevés en relation avec l'offre groupée INTEGRAL a montré qu'il s'avère néanmoins utile d'avoir une idée de la position de l'entreprise visée sur ces marchés.

C'est pourquoi la communication des griefs procède à une définition explicite de ces marchés, en s'appuyant sur les analyses de l'ILR auxquelles il y a lieu d'ajouter celles entreprises dans le cadre de la décision du Conseil n° 2014-E-05 du 5 juin 2014²⁵.

²⁴ Analyse du marché de la fourniture en gros d'accès à la large bande (marché 12), pp. 11-13.

²⁵ Décision n° 2014-E-05 du 5 juin 2014 concernant une procédure rendant obligatoires des engagements présentés par POST Telecom S.A. (anciennement LUXGSM S.A.).

38. En matière de téléphonie mobile, l'ILR a procédé en 2005-2006 à une analyse de deux marchés, à savoir :

- le marché 15 (marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux téléphoniques publics mobiles) ;
- le marché 16 (marché de gros de terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles individuels).

39. Dans le cadre de l'analyse du marché 15, l'ILR arrive à la conclusion que :

« (...) les services mobiles de détail suivants font partie du marché pertinent de détail :

- l'abonnement à un réseau public mobile;*
- les appels vocaux nationaux et internationaux;*
- les services associés aux appels vocaux (messagerie, etc.);*
- l'envoi de SMS vers des numéros nationaux et internationaux;*
- l'envoi de MMS.*

Ces services sont fournis sur les réseaux publics mobiles de deuxième [2G] et de troisième génération [3G], aux clientèles résidentielle et non-résidentielle, avec des modèles économiques prépayé et post-payé. »²⁶

40. Bien que tous ces services différents répondent à des besoins et usages différents, ils sont vendus ensemble et sont donc liés par une contrainte tarifaire commune. Selon l'ILR, ceci suffit pour inclure tous ces services au sein d'un même marché pertinent. Cette conclusion a également été entérinée par le Conseil dans son avis CC-AV-01/2005 du 18 novembre 2005²⁷.

Selon la communication des griefs, il convient, en raison de l'évolution technologique, d'ajouter que cette définition doit inclure aujourd'hui également les services fournis sur les nouveaux réseaux de quatrième génération (4G) actuellement en voie de déploiement. En effet, la substituabilité entre les services de téléphonie mobile fournis sur les réseaux 3G et ceux fournis sur les réseaux 4G découlerait par analogie de celle entre les services fournis sur les réseaux 3G et ceux fournis sur les réseaux 2G.

41. Compte tenu de cette précision, le Conseil adhère à la définition fournie par l'ILR. Il n'est pas nécessaire alors de refaire les analyses de substituabilité déjà faites par l'ILR.

²⁶ Analyse du marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux téléphoniques publics mobiles, p.29.

²⁷ Avis CC-AV-01/2005 du Conseil, pp. 8 et 9.

42. Le marché de détail des services sur réseaux publics mobiles défini de cette façon sera par la suite appelé normalement le marché des services de téléphonie mobile ou des services sur réseaux mobiles.

4.2.5. Offres multi-produits (marché de détail)

43. Selon l'EPT²⁸, les « paquets », c'est-à-dire les offres groupées, ne sont jamais considérées comme un marché pertinent séparé. Une application rapide d'un test de substituabilité (cf. point 23) montre que l'offre groupée peut être facilement substituée par les services qui la composent pris séparément. Le Président du Conseil avait écrit à cet égard dans la décision 2008-MC-01 :

« 42. Les comportements reprochés à l'EPT concernent les services de téléphonie fixe, de téléphonie mobile et d'accès Internet à large bande, qui sont regroupés par l'EPT dans une offre dénommée "INTEGRAL". A ces trois services visés par la plainte originale s'ajoute actuellement la fourniture de contenus télévisuels et radiophoniques, dont il n'est pas exclu qu'elle soit destinée à plus ou moins brève échéance à être intégrée dans l'offre groupée "INTEGRAL". (...) »

43. Il est raisonnable d'admettre qu'une application rigoureuse du test de substituabilité du monopoleur hypothétique conduit à la conclusion qu'en cas d'augmentation légère mais durable du prix des offres groupées, les clients pourraient se tourner vers les offres individuelles des trois services qui constituent actuellement l'offre groupée de l'EPT.

L'EPT a donc raison de souligner que l'offre groupée incluant des services de téléphonie fixe, de téléphonie mobile et d'accès Internet à large bande est à considérer dans le cadre des trois marchés individuels afférents.»

De même, les autorités de concurrence en France, Finlande, Hongrie, République tchèque, Bulgarie, Chypre et en Espagne auraient, selon la communication des griefs, dans le passé mené des enquêtes impliquant des offres groupées à contenu variable sur base de définitions de marchés portant sur les marchés de services individuels.²⁹

44. Cependant, toujours selon la communication des griefs, il y aurait lieu de constater que les avis sur cette question sont en évolution, en raison notamment de la prolifération et des caractéristiques propres de ce type d'offres groupées dans le secteur des communications électroniques. En effet, la Commission ne semble plus vouloir exclure l'existence de

²⁸ Note du 8 octobre 2007 soumise par l'EPT au Président du Conseil dans le cadre de la procédure de mesures conservatoires, points 101 à 108.

²⁹ Demande d'information du 23 juillet 2013 soumise par le conseiller désigné aux autorités nationales de concurrence dans le cadre du Réseau Européen des Autorités de Concurrence (REC).

marchés à part pour les offres multi-produits ou offres groupées:

« 61. Si les preuves donnent à penser que les concurrents de l'entreprise dominante vendent des groupes de produits identiques ou pourraient le faire rapidement sans en être dissuadés par d'éventuels coûts supplémentaires, la Commission considérera généralement qu'il s'agit d'une concurrence entre groupes de produits, auquel cas il conviendra de se demander, non pas si les recettes marginales couvrent les coûts marginaux de chaque produit groupé, mais bien si le prix du groupe de produits dans son ensemble constitue un prix prédateur. »³⁰

C'est pourquoi la communication des griefs arrive à la conclusion qu'il serait nécessaire de définir deux sous-périodes :

- pour la première partie de la période sous enquête, le ou les marchés en cause seraient les services individuels inclus dans l'offre groupée « INTEGRAL » et concernés par la plainte. Les offres groupées sont substituables aux et se trouvent en concurrence avec les services individuels sous-jacents ;
- pour la deuxième partie de la période couverte par l'enquête, il serait nécessaire de définir, en sus des marchés en cause pour les services individuels, un marché des offres groupées du type « INTEGRAL ». Les offres groupées se trouvent en concurrence entre-elles.

Cependant, le Conseil ne considère pas qu'il soit nécessaire de procéder à une définition du marché en deux temps, et qu'il est suffisant de retenir la substituabilité des offres groupées avec les services individuels sous-jacents.

4.3. Définition du marché géographique

45. 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 NGA³¹ exige que les différences concurrentielles entre les différentes

³⁰ 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 61.

³¹ Recommandation de la Commission du 20 septembre 2010 sur l'accès réglementé aux réseaux d'accès de nouvelle génération (NGA), (2010/572/UE).

zones géographiques résultant du déploiement de la fibre soient prises en compte au niveau de la définition des marchés. Selon la Commission :

« (...) 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. »³²

46. Toutefois, l'ILR *« estime en particulier que certaines différences concurrentielles entre différentes localités géographiques du Luxembourg ne sont pas de nature à justifier la création d'une segmentation géographique des marchés »³³* et retient de façon constante que la dimension géographique de tous les marchés en cause est nationale. Tout comme le conseiller désigné, le Conseil se rallie à cette conclusion.

4.4. Conclusion sur la définition du marché en cause

47. Par conséquent, les marchés en cause retenus sont, sur le territoire national :

- les marchés de détail de l'accès au réseau téléphonique,
- les marchés de détail des services téléphoniques tels que énumérés et définis au point 30 ;
- le marché de détail d'accès à Internet large bande tel que défini au point 32 ;
- le marché national de fourniture en gros d'accès à large bande tel que défini au point 36 ;
- le marché de détail des services sur réseaux publics mobiles (point 37 et suivants) ;

A l'exception du marché de la revente de l'abonnement téléphonique, défini en tant que marché à part par la communication des griefs, mais non retenu par le Conseil au sein de la présente décision, ces définitions de marché ne sont pas contestées par l'entreprise visée.

5. Position dominante

48. L'analyse de la position dominante de l'entreprise visée est une étape cruciale, car il faut établir que l'entreprise concernée détient une position dominante sur le marché en cause avant de pouvoir identifier un abus quelconque. Plus la position d'une entreprise est dominante, plus l'entreprise peut se comporter de façon indépendante du marché. Selon la Commission européenne :

³² Ibid. p. 35.

³³ Voir, par exemple, Analyse des marchés de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle et non résidentielle, p.21.

« La position dominante est définie en droit communautaire comme une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs. Cette notion d'indépendance est liée au degré de pression concurrentielle exercée sur l'entreprise en question. L'existence d'une position dominante implique que cette pression concurrentielle n'est pas suffisamment efficace et, partant, que l'entreprise en cause détient un pouvoir de marché substantiel et durable. Les décisions de l'entreprise sont donc très largement insensibles aux actions et réactions des concurrents, des clients et, finalement, des consommateurs. La Commission peut être amenée à considérer que les contraintes concurrentielles effectives sont absentes, même s'il subsiste un certain degré de concurrence actuelle ou potentielle. En règle générale, une position dominante résulte d'une combinaison de plusieurs facteurs qui, pris séparément, ne sont pas nécessairement déterminants. »³⁴

5.1. Téléphonie fixe

49. Pour les marchés d'accès, l'ILR, après l'examen des acteurs, des technologies, des offres existantes, des tarifs, de la taille et des parts de marché au sein de son analyse de marché conclut que :

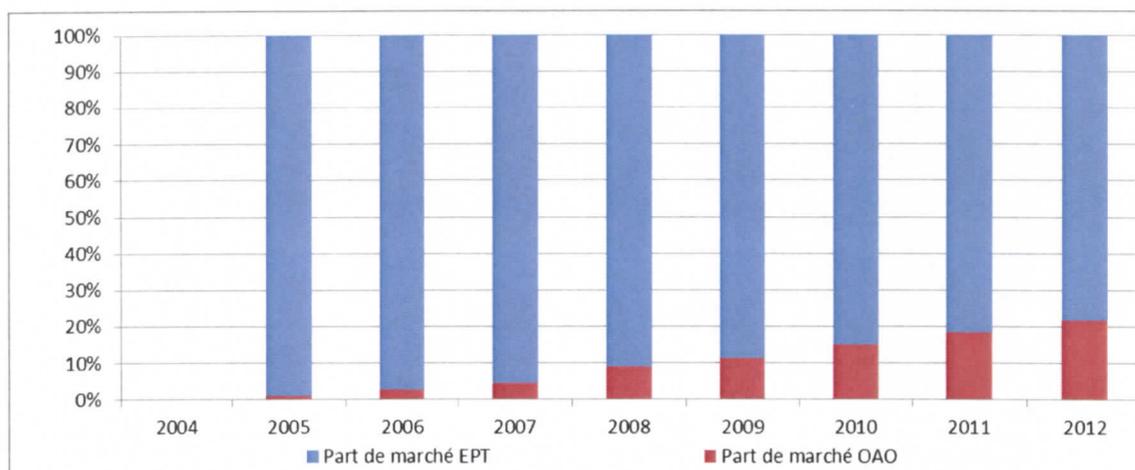
« L'ensemble des marchés de l'accès au réseau téléphonique public pour la clientèle résidentielle et non résidentielle sont globalement très fortement dominés par l'EPT (plus de 97% de l'ensemble des raccordements de ces marchés sont en effet fournis par l'EPT).³⁵ »

L'EPT détient, en d'autres termes, 97% des lignes des réseaux d'accès à la fin de l'année 2004 et se trouve donc en position fortement dominante sur les marchés de détail et de gros d'accès au réseau téléphonique. Le graphique ci-dessous montre l'évolution de la part de marché en abonnements au réseau en position déterminée. Malgré le développement du dégroupage à partir de 2007, la part de marché de l'EPT est toujours de 78% en 2012.

³⁴ 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), p. 7 – 20, pt. 10.

³⁵ Analyse des marchés de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle et non résidentielle, page 29.

Nombre d'abonnés au réseau téléphonique (parts de marché)

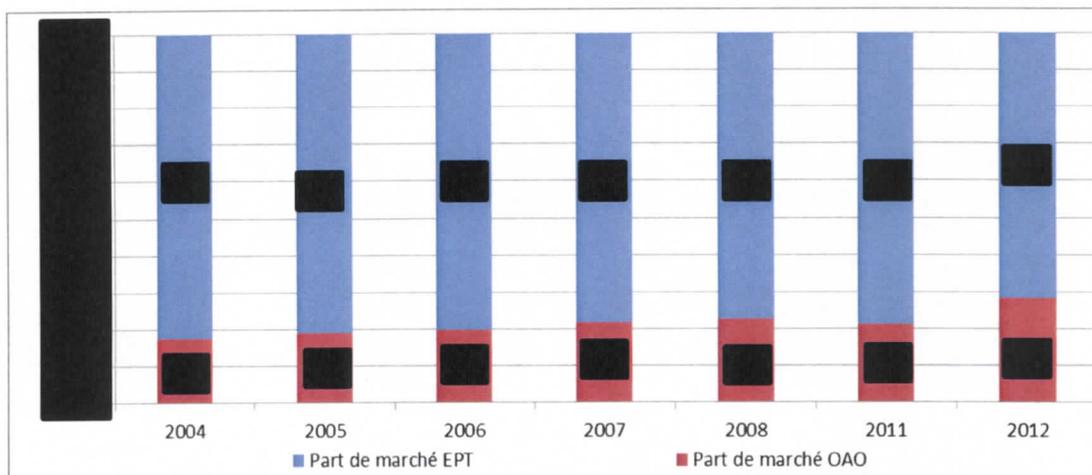


Source : ILR Rapport statistiques 2012 et demande de renseignements du 13.05.2013;
OAO = opérateurs alternatifs.

50. Pour les marchés de services téléphoniques, l'ILR conclut lors de son analyse du marché de 2006 que les parts de marché de l'EPT restent, en 2004, « nettement » supérieures à 60% pour la clientèle résidentielle (marchés 3 et 4), et supérieures ou proches de 80% pour les marchés non résidentiels, tant en volume qu'en valeur.³⁶ Selon les données chiffrées relevées par l'ILR dont dispose le Conseil, l'EPT comptait, de façon très constante, pour ■■■■ à ■■■■ des revenus générés sur ces marchés sur la période de 2004 à 2011. Ce n'est qu'en 2012 que cette part a baissé à ■■■■ (voir graphique).

³⁶ Analyse des Marchés 3, 4, 5 et 6: Marchés de détail de la téléphonie fixe en position déterminée, pp. 48 et 49.

Revenus générés sur le réseau téléphonique (parts de marché)



Source : ILR Rapport statistiques 2012 et demande de renseignements du 13.05.2013;
OAO = opérateurs alternatifs.

51. La part de marché n'est certainement pas le seul élément à prendre en compte lors de l'examen d'une position dominante, et même pas le plus important si elle ne confère pas une capacité de se comporter de façon indépendante du marché. C'est pourquoi l'ILR examine également d'autres éléments³⁷ et relève que :
- les dépenses à fonds perdu consenties par les opérateurs établis représentent de fortes barrières à l'entrée sur les marchés des services d'accès au réseau téléphonique public ;
 - les opérateurs tels que l'EPT ayant une base de clients importante bénéficient d'économies d'échelle et d'économies de gamme leur conférant un avantage économique par rapport à leurs concurrents. Les économies d'échelle constituent donc une barrière à l'entrée ou à l'expansion sur les marchés de l'accès au réseau téléphonique public ;
 - l'infrastructure nationale de l'EPT lui confère un avantage compétitif significatif ; les opérateurs tels que l'EPT, capables de mutualiser leur réseau d'accès, bénéficient d'économies de gamme leur conférant un avantage économique par rapport à leurs concurrents ;
 - les effets d'intégration verticale dont bénéficie l'EPT représentent des barrières à l'entrée ou à l'expansion importantes. La régulation en vigueur des services téléphoniques de gros empêche néanmoins l'exploitation de cet avantage concurrentiel ;

³⁷ Analyse des marchés de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle et non résidentielle, pp. 31 à 34, et analyse des marchés 3, 4, 5 et 6 : marchés de détail de la téléphonie fixe en position déterminée, pp. 49 à 57.

- l'EPT est en position de bénéficier de synergies significatives liées à son intégration horizontale ;
- Les barrières au changement du côté des consommateurs sont importantes ;
- Le contre-pouvoir des acheteurs sur les marchés de détail n'est pas de nature à modifier la situation concurrentielle sur les marchés des services téléphoniques résidentiels et non résidentiels.

Or, en l'espèce, on peut y ajouter l'image de marque, la réputation de fiabilité et de honnêteté, la solidité financière, et, en tant qu'établissement public, la proximité avec le Gouvernement et l'Etat, ainsi que les relations naturellement et traditionnellement très étroites avec les autres acteurs de l'économie luxembourgeoise, tels que les administrations, les communes, les syndicats etc. Tous ces éléments contribuent à ce que l'EPT est à même de se comporter, à un certain degré, de façon indépendante du marché.

La position dominante sur l'ensemble des marchés de détail et de gros de l'accès au réseau téléphonique public et des marchés de détail des services téléphoniques fixes est dans ces conditions incontestable pour la première partie de la période sous enquête, et hautement probable aujourd'hui.

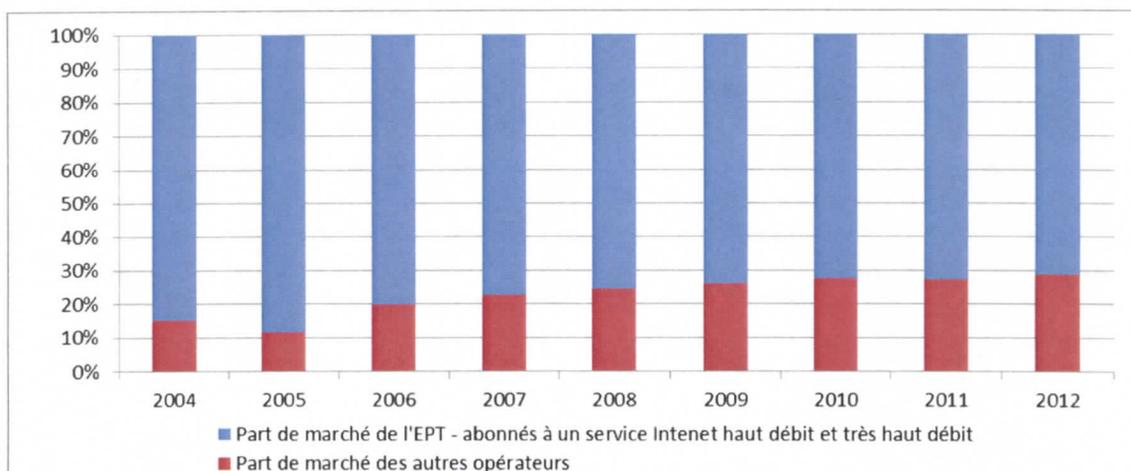
52. Il doit être noté que l'ILR, suite à la deuxième analyse de marché des services de détails sur réseaux en position déterminée effectuée en 2013, a abrogé la décision 113/07/ILR qui constatait la position dominante de l'EPT sur les marchés des services téléphoniques et lui imposait à ce titre un certain nombre d'obligations³⁸. Toutefois, cette démarche ne lie pas le Conseil de la concurrence et ne concerne pas la période sous revue en l'espèce, puisque les faits examinés ont commencé en 2005.

5.2. Internet large bande

53. Le tableau ci-après retrace l'évolution du nombre d'accès à Internet large bande conformes à la définition de marché du point 33 sur base des chiffres du rapport statistique de l'ILR pour l'année 2012. L'enseignement essentiel est que la part de marché de l'EPT s'est effritée quelque peu entre 2004 et 2009, mais s'est stabilisée au-dessus de 70% depuis 2010. C'est la raison pour laquelle l'ILR écrit dans le rapport statistique de l'année 2012, page 4, que « *L'opérateur historique maintient sa position dominante dans la fourniture de solutions Internet à haut et à très haut débit. D'autre part, les opérateurs alternatifs ont pu augmenter leur part de marché.* »

³⁸ Règlement 14/173/ILR du 24 février 2014 relatif à l'analyse des marchés de détail de la téléphonie fixe en position déterminée (marchés 3/2003, 4/2003, 5/2003 et 6/2003) - Secteur communications électroniques.

Nombre d'abonnés à Internet large bande (parts de marché)



Source : ILR Rapport statistique 2012 ; OAO = opérateurs alternatifs.

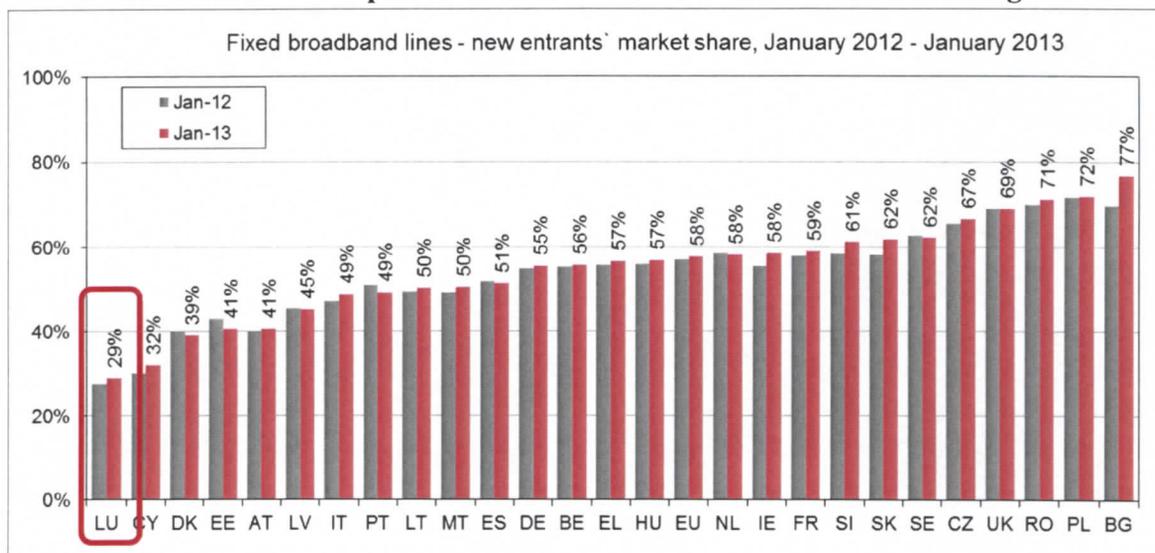
54. La part de marché n'est certainement pas le seul élément à prendre en compte lors de l'examen d'une position dominante, et même pas le plus important si elle ne confère pas une capacité de se comporter de façon indépendante du marché. Il convient de tenir compte des considérations suivantes :

- les dépenses à fonds perdus consenties par l'EPT représentent de fortes barrières à l'entrée ;
- l'EPT, grâce à une large base de clients, bénéficie d'économies d'échelles importantes ;
- l'infrastructure nationale de l'EPT lui confère un avantage concurrentiel lui permettant de mutualiser leur réseau, et de réaliser des économies de gamme ;
- l'intégration verticale dont bénéficie l'EPT représente une barrière à l'entrée ou à l'expansion pour les concurrents potentiels ;
- l'EPT est en position de bénéficiaire de synergies liées à son intégration horizontale ;
- les barrières au changement du côté des consommateurs sont importantes ;
- le contre-pouvoir des acheteurs sur les marchés de détail est faible ;
- l'image de marque, la réputation de fiabilité et de honnêteté, la solidité financière, et, en tant qu'établissement public, la proximité avec le Gouvernement et l'Etat ainsi que les relations naturellement et traditionnellement très étroites avec les autres acteurs de l'économie luxembourgeoise, tels que les administrations, les communes, les syndicats etc. sont des facteurs additionnels fortifiant une position de marché déjà forte.

55. A l'avis du Conseil, l'ensemble de ces éléments sont suffisants pour constater la position dominante de l'EPT sur le marché de détail d'accès à large bande. Il est à noter au passage

que la position dominante de l'EPT est plutôt extraordinaire en comparaison internationale, comme le montre le graphique ci-après.

Parts de marché des opérateurs alternatifs dans les accès à Internet large bande :



Source: Digital Agenda for Europe – Broadband indicators³⁹

56. Comme il a été constaté supra que l'EPT détient, en 2006, 97% des lignes des réseaux d'accès, il en découle qu'elle détient la même position dominante sur le marché de fourniture en gros d'accès à large bande, puisque ce marché nécessite la même infrastructure. Il est rappelé que les nouveaux réseaux n'entrent pas dans le champ d'investigation de l'enquête en l'espèce, car ces derniers n'existaient pas encore au moment de la plainte.
57. C'est pourquoi, le Conseil fait sienne la conclusion du Président du Conseil dans la décision 2008-MC-01, point 31:
« L'ensemble de ces éléments conduisent à retenir que l'EPT occupe une position dominante sur le marché de détail de l'accès Internet à large bande. »

« Il faut en conséquence retenir que l'EPT occupe une position dominante sur tous les marchés, de gros et de détail, dans lesquels les prestations d'accès et de services reposent sur une infrastructure de réseau basée sur des connexions par câble⁴⁰. En situant cette conclusion dans le contexte de l'offre "INTEGRAL", il faut retenir que la présente affaire concerne la connexion au réseau commuté, ainsi que les services de téléphonie fixe et d'accès Internet à large bande, de même que potentiellement la diffusion de contenus télévisuels et radiophoniques.

³⁹ <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/electronic-communications-market-indicators>.

⁴⁰ Il faut lire plus précisément : en paires de fils de cuivre.

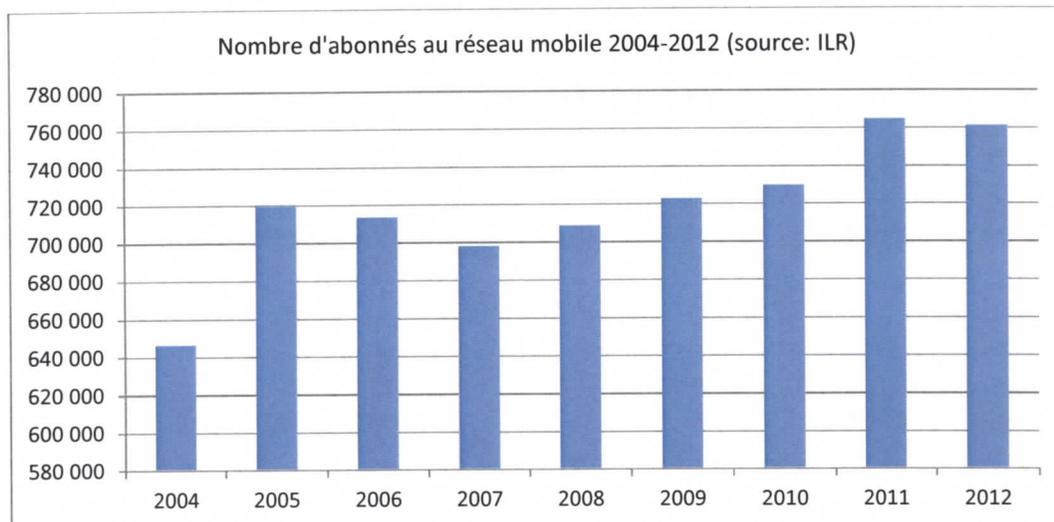
Sur les réseaux de téléphonie mobile, l'EPT occupe également une position très forte, qui est contrebalancée d'après les analyses menées par l'ILR uniquement par la position forte occupée par Tango, sans qu'il ne soit démontré que cette situation ait changé à l'heure actuelle.»⁴¹

5.3. Téléphonie mobile

58. Selon la communication des griefs, il n'est pas indispensable pour les fins de l'enquête en l'espèce de déterminer rigoureusement si l'entreprise visée occupe une position dominante sur le marché des services de détail sur les réseaux publics mobiles tels que définis au point 41. Le Conseil partage cet avis. Par contre, il s'est avéré nécessaire, au cours de l'enquête, d'avoir une image fidèle de la position qu'occupe l'EPT sur ce marché, en comparaison à la fois à la position des autres entreprises et de sa propre position sur les autres marchés en cause retenus en l'espèce (voir point 47).
59. L'ILR ne se prononce pas sur le marché de détail des services de téléphonie mobile. La décision N° 06/93 du 9 mai 2006 adoptée par l'ILR après son analyse du marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux téléphoniques publics mobiles (Marché 15) retient que ce marché était en situation de concurrence effective. Il faut alors rappeler que le marché sous examen en l'espèce est celui des services de détail sur réseaux publics mobiles, qui est un marché de détail distinct du marché 15 (marché de gros du départ d'appels sur réseaux mobiles).
60. Le marché de détail de la téléphonie mobile représente en 2012 un chiffre d'affaires de 225 millions d'euros, dont 147 millions générés par les seules communications vocales. En termes de nombre d'abonnés à un réseau mobile on peut constater que le marché est relativement stable depuis 2005, avec une croissance moyenne de 2.06% et deux périodes de croissance importante en 2005 (11,36%) et en 2011 (4,80%).

⁴¹ Décision du Président du Conseil 2008-MC-01, p. 31 et 51.

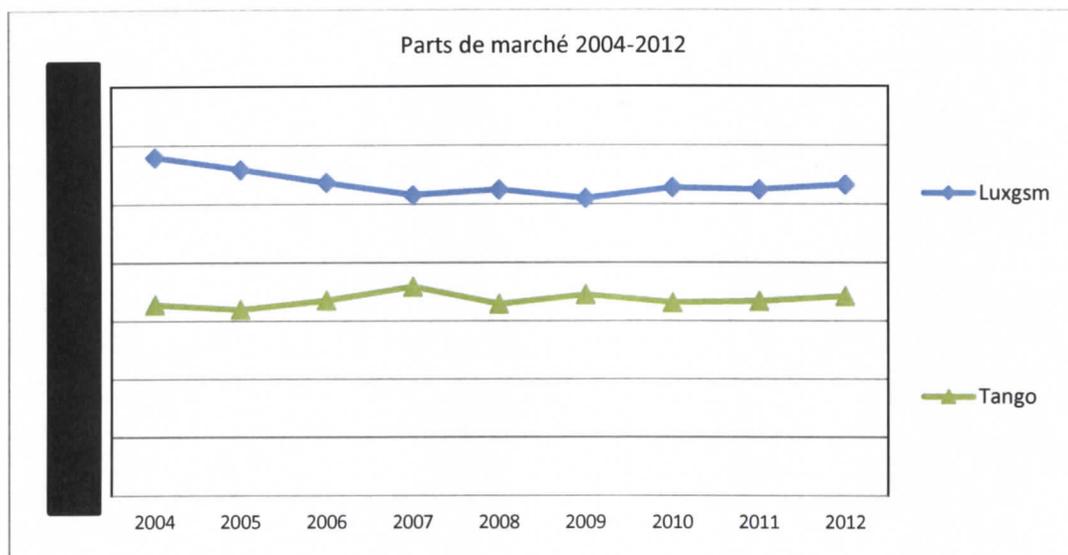
Nombre d'abonnés aux réseaux mobiles



Source : ILR, Rapport statistique 2012.

Dès l'entrée du deuxième opérateur alternatif Orange en 2004, l'opérateur historique LUXGSM, filiale de l'EPT, a légèrement perdu en termes de parts de marché au profit d'Orange. Ce déclin a pris fin en 2007, année à partir de laquelle LUXGSM a progressivement repris en parts de marché pour atteindre, en 2012, un niveau presque identique à celui de 2006. Malgré la situation concurrentielle potentiellement dynamique en 2004, avec la présence de deux opérateurs alternatifs disposant chacun d'un réseau mobile très étendu, LUXGSM a su défendre son avantage en tant qu'opérateur historique et les parts de marché entre les trois opérateurs principaux restent largement figées depuis 2006.

Evolution des parts de marché des opérateurs mobiles à Luxembourg

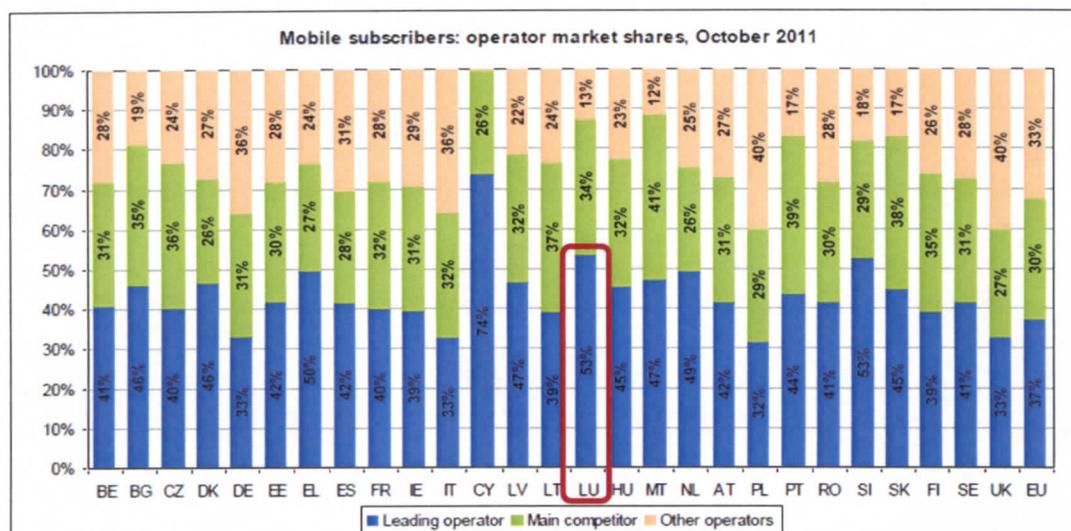


Source : ILR.

61. Ainsi, l'opérateur historique reste l'opérateur de loin le plus fort sur le marché. L'EPT a su maintenir des parts de marché supérieures à 50% sur une longue période malgré la présence de deux opérateurs alternatifs et, plus tard, l'entrée de deux MVNO⁴². Cette situation paraît d'autant plus exceptionnelle en comparaison internationale. Le graphique ci-dessous montre que l'opérateur historique au Luxembourg détient la part de marché la plus élevée en Europe derrière la Chypre en 2011. Trois opérateurs seulement disposent d'une part de marché supérieure à 50% (en Chypre, en Slovénie et au Luxembourg).

⁴² Y compris les offres prépayées, mais hormis les abonnements M2M (Mobile Virtual Network Operators – opérateurs prestant des services sur réseaux mobiles sans détenir eux-mêmes ce réseau, mais en ayant recours à un réseau tiers).

Parts de marché des opérateurs mobiles en UE



Source: European Commission: Telecommunication Market and Regulatory Developments, Luxembourg 2011, page 10.

62. Bien entendu, il ne suffit pas de fonder le constat d'une position dominante sur la seule analyse des parts de marché, mais une analyse complémentaire d'autres facteurs est nécessaire. Ainsi, par exemple, le Conseil a retenu dans sa décision 2013-FO-01 que, malgré une part de marché de 59% sur le marché de la diffusion de contenus audiovisuels, Coditel s. à r. l. ne détenait pas de position dominante.⁴³ Mais cette conclusion découlait de la prise en compte de plusieurs facteurs cumulatifs, tels que :

- l'absence d'une nécessité de régulation sur ce marché (telle que constatée par l'ILR et la Commission) ;
- la tendance fortement baissière dans l'évolution des parts de marché de l'opérateur visé ;
- la dynamique concurrentielle générale sur le marché de la diffusion de contenus audiovisuels (comme p.ex. l'expansion de la diffusion par large bande) ;
- ainsi que le passage facile et fréquent entre les opérateurs.

Trois de ces quatre facteurs – la tendance baissière, la dynamique du marché, les passages fréquents - ne sont pas avérés en l'espèce.

63. Le Conseil fait siennes les réflexions du Président du Conseil dans la décision 2008-MC-01 (point 47, p. 33), adoptées par ailleurs aussi par le conseiller désigné :

⁴³ Décision 2013-FO-01, Conseil de la concurrence Luxembourg.

« Ces deux conclusions [de l'ILR, n. d. a.] par rapport aux Marchés 15 et 16 doivent cependant être vues dans le présent contexte ensemble avec les parts de marché en volume des minutes sortantes sur le marché de détail de la téléphonie mobile en aval, qui ont révélé sur la période d'observation retenue pour le document de consultation élaboré dans le cadre du Marché 15 une part variant autour de 40% pour Tango et une part baissant d'environ 60% à 53% pour l'EPT et ses filiales. Ce document de consultation avait estimé que Tango était dans une situation similaire à celle de l'EPT et que partant Tango pourrait exercer une pression concurrentielle sur l'EPT.

Actuellement, les services de téléphonie mobile sont fournis par l'EPT à travers sa filiale à 100% S.A. LUXGSM. On peut retenir sur base des affirmations commerciales et publicitaires de cette dernière que sa part de marché est toujours supérieure à 50%. Dans le cadre de ses annonces relatives à ses forfaits « Relax », la S.A. LUXGSM met en effet en avant que la gratuité accordée aux appels on-net, c'est-à-dire sur son propre réseau, concerne « plus de 50% des GSM du pays ».

Pour la suite des présents développements, il faut en outre garder en mémoire qu'une diminution de la pression concurrentielle exercée par le groupe Tele2/Tango sur l'EPT et sa filiale sans augmentation corrélative de la pression par un autre concurrent aboutirait à un renforcement de la position de l'EPT, avec le risque de la création d'une position dominante. »

Il convient alors de conclure que les parts de marché de l'entreprise visée sont importantes (supérieures à 50%), aussi bien en termes d'abonnés que de minutes d'appel générées, et stables dans le temps, voire en légère augmentation depuis 2007. La position de l'EPT sur le marché de détail des services de téléphonie mobile fait l'objet d'une forte présomption de position dominante, quoiqu'elle est nettement moins prononcée que dans les marchés de détail de la téléphonie fixe et de l'accès à Internet large bande tels que définis au point 47.

5.4. Conclusion sur la position dominante

64. Le Conseil suit le conseiller désigné en identifiant une position dominante de l'EPT sur les marchés suivants :
- les marchés de détail de l'accès au réseau téléphonique ;
 - les marchés de détail des services téléphoniques ;
 - le marché de détail d'accès à Internet large bande ;
 - le marché national de fourniture en gros d'accès à large bande;

65. L'entreprise visée souligne que les parts de marché de l'EPT sur les marchés de la téléphonie fixe et de l'Internet à large bande sont en baisse sur l'ensemble de la période litigieuse, mais ne conteste pas formellement sa position dominante sur ces marchés.⁴⁴

6. Affectation du commerce intra-communautaire et droit applicable

6.1. Droit national

66. L'affaire se trouve à la charnière entre la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence et la loi du 23 octobre 2011, entrée en vigueur le 1^{er} février 2012.
67. L'instruction du dossier a commencé sous l'empire de la loi modifiée du 17 mai 2004 et s'achève sous l'empire de la loi du 23 octobre 2011. L'article 36, paragraphe 3 de la loi de 2011 dispose que « *les dispositions introduites par la présente loi sont immédiatement applicables à tous les dossiers en cours au jour de l'entrée en vigueur de la présente loi* ».

Il n'en demeure pas moins, en ce qui concerne les actes d'instruction, que ceux-ci restent soumis à la loi en vigueur à la date de leur réalisation.

68. Au niveau des droits qui dépassent cependant la notion de procédure à suivre, si le principe de l'effet immédiat d'une loi nouvelle tend à assurer à la fois son efficacité ainsi que l'unité de législation à un moment donné, le principe de non-rétroactivité répond à une préoccupation de sécurité juridique. Ce principe est une garantie donnée aux situations juridiques valablement acquises et consolidées sous la loi ancienne et répond, en ce sens, à un besoin de paix et de stabilité sociale.⁴⁵
69. L'article 2 du code civil, en ce qu'il dispose que « *la loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif* », met l'accent sur le principe de non-rétroactivité pour l'application des règles juridiques.
70. Etant insérée au Titre préliminaire du code civil qui a une portée générale, la règle de non-rétroactivité vaut pour tous les domaines du droit, y compris le droit administratif, économique et social.⁴⁶

Il découle de ces développements que, répondant à une préoccupation de sécurité juridique et à un besoin de paix et de stabilité sociale, la règle de la non-rétroactivité interdit de

⁴⁴ Point 51 des observations de l'EPT précitées.

⁴⁵ Introduction à la science du droit par Pierre Pescatore page 315.

⁴⁶ Ibid., page 317.

reporter la loi nouvelle en arrière et de l'appliquer à la création de situations juridiques établies – que ce soit par l'effet d'actes juridiques ou de faits juridiques- sous l'empire de la loi ancienne⁴⁷.

71. Les faits incriminés ont débuté sous l'empire de la loi modifiée du 17 mai 2004 et le Conseil retient qu'ils ont cessé début 2008, dès lors avant l'entrée en vigueur, en date du 1^{er} février 2012, de la loi du 23 octobre 2011.
72. Le fond doit donc être tranché d'après la loi du 17 mai 2004 dont l'article 6 dispose dans son deuxième paragraphe que :

« le Conseil a la compétence pour appliquer les articles 81 et 82 du Traité instituant la Communauté européenne, ci-après dénommé «le Traité». Il les applique, à titre exclusif, lorsque le commerce intracommunautaire est susceptible d'être affecté par une affaire qui lui est soumise. »

Il y a dès lors lieu d'examiner si le droit de l'UE, à savoir les articles 81 et 82 CE (devenus les articles 101 et 102 TFUE) est applicable en l'espèce, auquel cas ce dernier s'applique exclusivement.

6.2. Droit de l'Union européenne

73. Les articles 101 et 102 du TFUE s'appliquent aux accords horizontaux et verticaux et aux pratiques abusives d'entreprises qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre les Etats membres de l'UE. En particulier, l'article 82 CE (devenu l'article 102 TFUE) dispose que :

« 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. (...)»

74. Le Conseil rappelle que la notion d'affectation du commerce intra-communautaire est le critère qui détermine l'applicabilité des règles de concurrence de l'UE. Le régime d'application des règles de concurrence de l'UE⁴⁸ fait obligation aux juridictions nationales et aux autorités nationales de concurrence d'appliquer les règles de concurrence de l'UE à tous les accords et pratiques susceptibles d'affecter le commerce intracommunautaire.⁴⁹

⁴⁷ Voir en ce sens, affaire ULC contre ACA et consorts, décision du Conseil n° 2012-FO-08 du 20 décembre 2012.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ Voir, par exemple : http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/126113_fr.htm.

75. L'analyse du concept d'affectation du commerce impose d'aborder plus particulièrement trois éléments:⁵⁰

- La notion de « commerce entre Etats membres ». Cette notion 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.
- 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 de l'Union européenne (ci-après : « la Cour »), la notion « 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 Etats membres. La Cour a également établi que, lorsque l'accord est susceptible d'affecter la structure de la concurrence dans le marché intérieur, l'affaire relève du droit de l'Union.
- 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. Pour la Commission, il n'est pas possible d'établir des règles générales quantitatives qui indiquent à quel moment le commerce entre Etats membres risque d'être affecté sensiblement.

76. Plus concrètement, à propos d'abus de position dominante couvrant un seul Etat membre, la Commission précise :

« Lorsqu'une entreprise, qui occupe une position dominante couvrant l'ensemble d'un État membre commet⁵¹ une entrave abusive à l'entrée, le commerce entre États membres peut normalement être affecté. En général, ce comportement abusif rendra plus difficile aux concurrents d'autres États membres la pénétration sur le marché, auquel cas les courants d'échanges sont susceptibles d'être affectés. Ainsi, dans l'arrêt Michelin, la Cour de justice a considéré qu'un système de rabais de fidélité

⁵⁰ Communication de la Commission - Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité. JOCE du 27.4.2004, points 18-57.

⁵¹ Le texte français emploie le mot « constitue » ce qui conduit à une phrase de non-sens, en anglais: « *Where an undertaking, which holds a dominant position covering the whole of a Member State, engages in exclusionary abuses, trade between Member States is normally capable of being affected.* »

écartait les concurrents d'autres États membres et, par conséquent, affectait le commerce au sens de l'article 82. »⁵²

Et plus loin :

« Lors de l'appréciation du caractère sensible, il faut également tenir compte du fait que la présence de l'entreprise dominante couvrant l'ensemble d'un État membre est susceptible de rendre la pénétration du marché plus difficile. Toute pratique abusive qui rend plus difficile l'entrée sur le marché national doit donc être considérée comme affectant sensiblement le commerce. La conjonction de la position de marché de l'entreprise dominante et de la nature anticoncurrentielle de son comportement implique que, normalement, ces abus affectent sensiblement le commerce par leur nature même. »⁵³

77. En l'espèce, les différents prétendus comportements anticoncurrentiels énumérés dans la présente décision sous le titre « 3. Faits reprochés » ne peuvent avoir un effet direct sur le commerce entre Etats membres. En effet, il paraît très difficile de produire une offre de services de communications électroniques sans présence physique sur le territoire du Luxembourg.
78. En revanche, les comportements incriminés, et, en particulier les quatre comportements examinés dans la présente décision, ont un effet indirect sur le commerce entre Etats membres. Les effets restrictifs sur la concurrence produits par un abus de position dominante sont susceptibles d'influencer 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 des marchés en cause. Ceci est d'autant plus vrai que la plupart des opérateurs économiques actifs sur les marchés en cause sont des filiales d'entreprises étrangères ayant leur siège dans un autre Etat membre de l'UE. Partant, les comportements incriminés sont susceptibles d'affecter les investissements transfrontaliers ainsi que l'établissement de nouveaux opérateurs économiques en provenance d'autres pays de l'UE.
79. Il en découle que l'article 82 CE (devenu l'article 102 TFUE) est exclusivement applicable.
80. A titre subsidiaire, et pour autant que le commerce entre Etats membres ne serait pas affecté, quod non, le Conseil applique également l'article 5 de la loi du 17 mai 2004 et l'article 5 de la loi du 23 octobre 2011. Les trois dispositions ont d'ailleurs le même

⁵² JOCE du 27.4.2004, point 93.

⁵³ JOCE du 27.4.2004, point 96.

contenu, à l'exception de la notion de commerce entre Etats membres qui est seule reprise à l'article 82 CE (devenu l'article 102 TFUE).

7. L'abus de position dominante

81. Dans sa communication des griefs, le conseiller désigné a retenu quatre griefs à l'encontre de l'EPT que le Conseil propose de passer en revue.

7.1. Le premier grief retenu par la communication des griefs: Messages publicitaires pour l'offre INTEGRAL apposées sur la facture de l'abonnement téléphonique

7.1.1. Résumé des arguments des parties

82. Le premier grief qui a été retenu par la communication des griefs, sous le titre « 8.2 Accès au client », reproche à l'EPT d'avoir apposé à cinq reprises, entre septembre 2005 et juin 2006, des messages publicitaires pour l'offre INTEGRAL sur la facture de l'abonnement téléphonique.⁵⁴ Ce faisant, l'EPT abuserait de sa position dominante car elle accroîtrait via sa position dominante sur le marché d'accès au réseau téléphonique son emprise sur les autres marchés (le marché de la téléphonie fixe, mobile et celui de l'accès Internet à large bande) visés par l'offre INTEGRAL. A cet égard, un « effet de levier » se serait produit, selon le conseiller désigné.⁵⁵
83. La communication des griefs fait également valoir la responsabilité particulière à laquelle une entreprise en position dominante comme, en l'espèce, l'EPT est soumise, ainsi que le fait que l'EPT dispose, contrairement à ses concurrents, via la facture de l'abonnement téléphonique, d'un accès automatique et gratuit aux clients de téléphonie fixe du pays, c'est-à-dire à 99% des ménages en 2005.⁵⁶
84. Dans ses observations à la communication des griefs, l'entreprise visée conteste le reproche d'abus en évoquant essentiellement les quatre moyens suivants :⁵⁷
- a. Promouvoir des services au moyen de campagnes publicitaires est une pratique commerciale courante qui est pratiquée par tous les acteurs du marché et qui ne saurait être illicite.

⁵⁴ Il s'agit du mois de septembre 2005 et des mois de février, mars, avril et juin 2006. Voir point 115 de la communication des griefs.

⁵⁵ Un « effet de levier » consiste dans la possibilité, pour une entreprise détenant un fort pouvoir sur un marché, d'étendre ses ventes sur un second marché, notamment par des pratiques de rabais ou de ventes liées. Voir, pour son application au cas d'espèce, les points 111 et 114 de la communication des griefs.

⁵⁶ Voir points 111 et 114 de la communication des griefs.

⁵⁷ Voir points 56-59 des observations de l'EPT du 11 avril 2014.

- b. L'effet de levier invoqué par la communication des griefs n'est pas un comportement abusif *per se*, mais, selon la Commission, uniquement en relation avec des pratiques de ventes liées ou de rabais de couplage, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.
- c. La responsabilité particulière à laquelle sont soumises les entreprises en position dominante ne saurait dénier à ces dernières la possibilité d'adopter des démarches commerciales normales.
- d. La communication des griefs ne fournit pas d'analyse des effets potentiels ou constatés de cette pratique, se limitant à noter qu'il n'est pas nécessaire, selon une jurisprudence constante depuis 40 ans, de prouver l'existence d'effets réels sur le marché.

7.1.2. Appréciation du Conseil

85. Le Conseil relève que toute entreprise, même celle qui détient une position dominante, a le droit de promouvoir ses produits ou services au moyen de campagnes publicitaires en cherchant, à travers un message publicitaire à atteindre des catégories de public bien déterminées. Une telle pratique commerciale ne peut pas constituer *per se*, c'est-à-dire en toutes circonstances, un comportement abusif à sanctionner aux termes de l'article 82 CE (devenu l'article 102 TFUE).
86. Comme l'indique l'entreprise visée, une telle pratique doit être considérée comme signe de saine concurrence entre différents acteurs économiques présents sur le marché. En l'espèce, l'enquête a mis en évidence que l'apposition de messages publicitaires sur la facture de l'abonnement téléphonique était non seulement pratiquée par le l'EPT mais aussi par ses concurrents.⁵⁸
87. Il appartient néanmoins au Conseil d'évaluer dans quelle mesure l'apposition des messages publicitaires sur les factures pourrait constituer un abus dans les circonstances de l'espèce. Par rapport à cette problématique soulevée, la communication des griefs fait valoir ce qui suit :
- « L'EPT dispose, via la facturation de l'abonnement téléphonique, d'un accès automatique et gratuit – le support du message publicitaire est la facture qui est envoyée de toute façon à l'intégralité des ménages du pays, hormis les ménages avec une ligne en dégroupage et ceux n'ayant pas de téléphone fixe. En effet, à la fin de l'année 2006, l'EPT comptait 97%⁵⁹ des lignes téléphoniques du pays. Cet accès gratuit à presque tous les ménages du pays n'est pas à disposition des autres opérateurs. »*

⁵⁸ Voir, par exemple, la facture de Tango dans l'annexe III b. 4) aux observations à la communication des griefs.

⁵⁹ Rapports statistiques ILR 2012.

88. Dans ce sens, dans la mesure où l'accès gratuit et automatique à la quasi-totalité des ménages dans le pays résulte indubitablement de la position dominante, voire super-dominante, de l'EPT sur le marché de détail de l'accès au réseau téléphonique, cette dernière a usé de sa position dominante sur ce marché afin de se procurer un avantage sur d'autres marchés, par effet de levier, et sans rapport direct avec ses mérites.
89. Cette conclusion n'implique nullement qu'il n'est pas légitime pour une entreprise en position dominante de promouvoir ses services à travers des campagnes publicitaires. Mais le choix du support de ces campagnes n'est pas anodin. Si une telle entreprise utilise les mêmes supports que ceux qui, à l'égard de leur coût et de leur portée, sont à disposition de ses concurrents, ses campagnes publicitaires sont certainement une pratique commerciale légitime, licite et légale, que toute entreprise peut mettre en place sur le marché.
90. Par contre, en l'espèce, l'entreprise en position dominante utilise des moyens, qui, à l'égard de leur coût et de leur portée, ne sont pas à disposition des concurrents, car ils ne résultent que de sa position dominante. Le Conseil rejette l'argument que les concurrents peuvent recourir et ont recouru à la même pratique d'apposition de messages publicitaires sur les factures, car, en raison de la faible position de ces derniers sur le marché, l'impact d'une telle campagne est nettement moins important en comparaison avec celui de l'EPT.
91. Dans la mesure où l'accès gratuit et complet à la quasi-totalité des ménages du pays résulte exclusivement de la position dominante, le Conseil insiste sur la responsabilité particulière de l'entreprise en position dominante qui consiste à ne pas user de cet avantage afin de fortifier sa position sur d'autres marchés, plus concurrentiels, avantage qui de surcroît ne repose pas sur un comportement méritant mais s'explique exclusivement par des raisons historiques.
92. Toutefois, en l'absence de constatation d'effets concrets sur le marché et en raison d'une durée très limitée dans le temps d'un comportement incriminé et abandonné très rapidement, le Conseil conclut que l'EPT n'a pas commis d'abus de position dominante en apposant entre les mois de septembre 2005 et juin 2006 cinq messages publicitaires pour l'offre INTEGRAL sur la facture de l'abonnement téléphonique.

7.2. Le deuxième grief retenu par la communication des griefs: Prétendu refus de vente en gros de l'abonnement téléphonique

7.2.1. Résumé des arguments des parties

93. Dans sa communication des griefs, le conseiller désigné retient que l'EPT aurait refusé à Tango la vente en gros de l'abonnement téléphonique. Le conseiller désigné fait sien les

reproches de la plaignante énoncés dans une note de Tango comme quoi « TELE2/TANGO (et d'autres operateurs) ont depuis toujours, sollicité la possibilité auprès de l'EPT de revente de l'abonnement et se sont vus confronter à un refus catégorique de cette dernière. »⁶⁰

94. Le conseiller désigné tire l'existence d'un refus de vente d'une lettre que l'EPT a adressée le 17 mai 2006 à l'avocat de Tango, lettre qui précise qu'
*« en ce qui concerne la sollicitation évoquée dans votre lettre quant à une revente en gros de l'abonnement pour le réseau de télécommunications fixe, je me permets d'attirer votre attention sur le fait que l'EPT dispose aujourd'hui déjà d'une panoplie de produits en gros qui permettent aux opérateurs alternatifs de développer des produits et services alternatifs, en se basant sur l'infrastructure de l'EPT. Nous ne voyons donc aucun besoin d'étendre notre catalogue d'offres en gros existant. »*⁶¹
95. Dans ses observations en réponse à la communication des griefs, le conseil de l'EPT conteste l'existence d'un refus de vente. L'EPT souligne que la communication des griefs ne s'appuie que sur un élément pour soutenir son reproche, à savoir la lettre précitée du 17 mai 2006. Elle fait valoir que cette lettre a été adressée dans le contexte non pas d'une demande formelle de revente de l'abonnement, mais elle aurait constitué la réponse de l'EPT à la demande de Tango d'arrêter la commercialisation de l'offre INTEGRAL.

7.2.2. Appréciation du Conseil

96. Le Conseil constate qu'une offre commerciale de revente de l'abonnement téléphonique existait bel et bien et que trois opérateurs, à savoir Luxembourg Online, Visual Online et ensuite Orange ont bien signé cette offre de revente en mars pour les deux premiers opérateurs et en décembre pour le troisième nommé.
97. Le Conseil admet que le passage cité de la lettre du 17 mai 2006 n'est certes pas dénué d'une certaine ambiguïté. Cependant, il estime que cet élément ne suffit pas à lui seul d'établir un refus de vente et que ce courrier s'insère dans un échange épistolaire peu amène entre deux entreprises concurrentes. Dès lors, le Conseil conclut que l'EPT n'a pas commis d'abus de position dominante sous cet aspect.

⁶⁰ Note Tango du 10 septembre 2007 p17.

⁶¹ Lettre de l'EPT du 26 mai 2006, citée par la communication des griefs, point 117.

7.3. Le troisième grief retenu par la communication des griefs: Ciseaux tarifaires en relation avec l'offre de revente de l'abonnement téléphonique

7.3.1. Les arguments des parties

98. Le troisième grief retenu par la communication des griefs concerne une pratique abusive de ciseaux tarifaires qui aurait été mise en œuvre par l'EPT en relation avec l'offre de revente de l'abonnement téléphonique RLO (Reference Line Rental Offer).⁶²
99. Selon la communication des griefs,
« La plaignante [y] critique les conditions de cette offre et soupçonne en particulier une pratique de ciseaux tarifaires, ou compression des marges, résultant d'une marge insuffisante entre le tarif de gros, proposé par l'EPT aux autres opérateurs dans le cadre de la RLO, et le tarif de détail appliqué par l'EPT à ses propres clients finals. La marge dégagée par l'offre de revente proposée de 10% serait insuffisante. »
100. Après avoir longuement examiné les principes de base et les conditions d'une pratique de ciseaux tarifaires, ainsi que les conditions tarifaires appliqués par l'EPT au sein de l'offre RLO, le conseiller désigné soutient que ces dernières équivalraient à une pratique de ciseaux tarifaires contraire aux articles 5 de la loi du 23 octobre 2011 et 102 TFUE dans la mesure où la marge entre le tarif de gros de la revente de l'abonnement aux concurrents de l'EPT et les tarifs de détail que l'EPT facture à ses clients finals serait insuffisante pour que l'offre puisse être répliquée par un concurrent *« aussi efficace »* que l'EPT.⁶³
101. A cet égard, le conseiller désigné fait valoir qu'*« (...) il n'est pas suffisant que la marge soit suffisante pour couvrir les coûts spécifiques de l'opérateur aussi efficace, encore faut-il qu'elle permette aux opérateurs de réaliser un bénéfice approprié suffisant pour assurer une rémunération adéquate des capitaux propres. »*⁶⁴
102. En d'autres termes, le conseiller désigné reproche à l'EPT de ne pas avoir intégré un bénéfice approprié correspondant à la rémunération des capitaux propres dans la marge

⁶² Selon une jurisprudence de l'Union bien établie *« (...) il y aurait pratique de prix-ciseaux lorsqu'une entreprise dispose d'une position dominante sur le marché d'un avant produit et utilise elle-même une partie de sa production pour la production d'un produit plus élaboré, tout en vendant l'excédent de l'avant-produit sur le marché, fixe les prix auxquels elle vend l'avant-produit aux tiers à un niveau tel que ces derniers ne disposent pas d'une marge de transformation suffisante pour demeurer compétitifs sur le marché du produit transformé. »* (Voir l'arrêt du Tribunal du 30 novembre 2000, T- 5/97, *Industrie des poudres sphériques/Commission*, Rec. p. II-3755, point 178). Les pratiques de prix-ciseau sont particulièrement répandues dans le secteur des télécommunications tant au niveau européen qu'au niveau national, comme la communication des griefs a bien mis en évidence aux points 150 à 154.

⁶³ L'article 5 de la loi du 23 octobre 2011 et l'article 102 TFUE interdisent à une entreprise en position dominante de se livrer à des pratiques tarifaires produisant des effets d'éviction pour ses concurrents aussi efficaces, actuels ou potentiels.

⁶⁴ Voir points 159 et 179 de la communication des griefs.

dite « retail minus », c'est-à-dire la marge entre le tarif de gros et le prix de détail de l'abonnement téléphonique. La plaignante de son côté est du même avis que le conseiller désigné en ce qu'elle soutient que « [...] l'offre de revente de l'abonnement ne permet pas à Tango (ni aux autres opérateurs) de revendre l'abonnement de l'EPT au tarif et aux conditions de ce dernier avec un minimum de marge de manœuvre. Les marges sont nulles ou négatives pour les opérateurs alternatifs sur la revente de l'abonnement. »⁶⁵

103. L'entreprise visée conteste les conclusions de la communication des griefs en avançant les moyens suivants :

- a. La communication des griefs n'avance pas de durée infractionnelle spécifique au prétendu abus de ciseaux tarifaires, de sorte que l'EPT ne serait pas en mesure de se défendre par rapport à une durée infractionnelle précise.
- b. Les tarifs de l'offre de revente de l'abonnement de l'EPT ont été validés par le régulateur selon une méthode de contrôle de prix communément acceptée par les autorités de régulation, et donc ne sauraient être constitutifs d'un ciseau tarifaire.
- c. Le raisonnement de la communication des griefs s'analyse davantage comme une critique de la méthode « retail minus » appliquée par l'ILR. Or, cette méthode est communément acceptée et appliquée par les régulateurs nationaux.
- d. La communication des griefs ne respecte pas le principe du concurrent aussi efficace en intégrant dans la liste des coûts à prendre en compte les bénéfices des concurrents.
- e. L'EPT n'inclut pas la rémunération du capital dans les coûts évitables du marché de détail de la vente de l'abonnement téléphonique dans la mesure où les postes de sa comptabilité pour ces services de commercialisation n'impliquent aucune utilisation de capital investi.
- f. La communication des griefs ne procède à aucun examen spécifique des effets d'éviction de l'abus de ciseaux tarifaires.
- g. Puisque aucun opérateur ne propose une offre limitée au seul abonnement téléphonique, un test de ciseaux tarifaires doit inclure les revenus générés par les services téléphoniques, ainsi que ceux générés par d'autres services de convergence comme des services internet à haut débit.
- h. Même si le Conseil devait conclure que la marge « retail minus » doit intégrer une marge bénéficiaire, il faut constater que la marge prévue par la RLO est suffisamment large pour inclure une telle marge.

⁶⁵ Voir point 146 de la communication des griefs.

7.3.2. Appréciation du Conseil

Quant à la durée de l'infraction

104. La RLO avec les tarifs incriminés par le conseiller désigné dans la communication des griefs est en vigueur depuis le 6 février 2008 à aujourd'hui, sans interruption et aux mêmes conditions. Partant il est évident que si une infraction devait être constatée en son chef, celle-ci durerait jusqu'à ce jour.

Quant à l'approbation par le régulateur

105. C'est à juste titre que l'EPT fait valoir que le tarif de gros de la revente de l'abonnement téléphonique RLO a fait l'objet d'une approbation par le régulateur et cela après de longues discussions entre l'EPT, d'une part, et les autres acteurs du marché, d'autre part, et que les décisions adoptées par le régulateur ne doivent pas être ignorées. La Cour rappelle à ce sujet que:

« [...] dès lors que la réglementation relative au secteur des télécommunications définit le cadre juridique applicable à celui-ci et que, ce faisant, elle contribue à déterminer les conditions de concurrence dans lesquelles une entreprise telle que la requérante exerce ses activités sur les marchés concernés, elle constitue [...] un élément pertinent pour l'application de l'article 82 CE [devenu l'article 102 TFUE] aux comportements adoptés par cette entreprise, que ce soit pour définir les marchés concernés, pour apprécier le caractère abusif de tels comportements ou encore pour fixer le montant des amendes. »⁶⁶

106. Or, ce passage est cité de l'arrêt, à la fois remarquable et controversé, *Deutsche Telekom* de la Cour qui sanctionne, entre autre, une pratique de ciseaux tarifaires alors que celle-ci a été constatée dans un secteur faisant l'objet d'une régulation sectorielle, et que les prix de gros appliqués par Deutsche Telekom avaient été approuvés par le régulateur allemand :

« En effet, selon la jurisprudence de la Cour, ce n'est que si un comportement anticoncurrentiel est imposé aux entreprises par une législation nationale ou si celle-ci crée un cadre juridique qui lui-même élimine toute possibilité de comportement concurrentiel de leur part, que les articles 81 CE et 82 CE ne sont pas d'application. Dans une telle situation, en effet, la restriction de concurrence ne trouve pas sa cause, ainsi que l'impliquent ces dispositions, dans des comportements autonomes des entreprises. En revanche, les articles 81 CE et 82 CE peuvent s'appliquer s'il s'avère que la législation nationale laisse subsister la possibilité d'une concurrence susceptible d'être empêchée, restreinte ou faussée par des comportements autonomes des entreprises (arrêt du 11

⁶⁶ Voir, par analogie, l'arrêt de la Cour du 14 octobre 2010, C-280/08 P, *Deutsche Telekom AG/Commission*, Rec. p. I-9555, point 224.

novembre 1997, Commission et France/Ladbroke Racing, C-359/95 P et C-379/95 P, Rec. p. I-6265, points 33 et 34 ainsi que jurisprudence citée). »⁶⁷

107. Ainsi, la jurisprudence de la Cour retient que la responsabilité de l'entreprise en position dominante est engagée même si elle respecte les obligations émises par le régulateur. Ce qui signifie que, en l'espèce, l'autorité de concurrence doit examiner le reproche de la mise en place d'une pratique de ciseaux tarifaires même si l'EPT a respecté les termes de l'offre de revente approuvée par l'ILR.
108. Dans un précédent avis le Conseil avait écrit que :
- « C'est ainsi que le Conseil marque son plein accord avec l'option consistant non seulement à favoriser les services de sélection et présélection, mais aussi à introduire l'obligation à charge de l'opérateur puissant d'offrir la fourniture en gros de la revente de l'abonnement (...). La mise en œuvre de cette obligation est utilement considérée à travers l'obligation à charge de l'EPT de présenter une offre de référence à approuver par l'Institut. Cette modalité garantit une bonne visibilité des conditions de l'offre de gros et assure la conformité de l'offre de gros aux exigences requises pour la stimulation de la concurrence et la prévention de toute discrimination entre différents opérateurs. »⁶⁸*

Cette appréciation, qui date de septembre 2006, reste bien entendu valide aujourd'hui. Mais elle se réfère à l'obligation imposée par l'ILR à l'EPT de mettre sur le marché une offre de revente de l'abonnement téléphonique, mais ne saurait être rapprochée, comme l'EPT l'a fait⁶⁹, de l'offre RLO et des tarifs qu'elle propose, et avalisée par le règlement 08/126/ILR du 6 février 2008.

Quant à la méthode « retail minus »

109. La méthode « retail minus » consiste à ce que l'action du régulateur porte sur l'espace existant entre le tarif de gros facturé par l'entreprise contrôlant le réseau d'accès aux autres opérateurs et les tarifs de détail pratiqués par cette même entreprise sur le marché de détail envers les clients finals. Selon l'EPT, la communication des griefs critique implicitement cette méthode en prétendant que cette marge doit inclure un poste représentant les coûts de capital. Or, le Conseil n'a pas trouvé dans la communication des griefs de trace d'une critique méthodologique. L'affirmation que la marge « retail minus » n'est pas

⁶⁷ Arrêt de la Cour du 14 octobre 2010, C-280/08 P, *Deutsche Telekom AG/Commission*, Rec. p. I-9555, point 80.

⁶⁸ Voir l'avis 2006-AV-08 du Conseil de la concurrence du 14 septembre 2006 relatif à une demande d'avis de l'ILR portant sur l'analyse 1) du marché de détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle 2) du marché du détail de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle, point 31.

⁶⁹ Observations de l'EPT, point 94.

suffisamment large parce qu'une catégorie de coûts aurait été omise lors de son estimation ne constitue pas une critique de la méthode.

Quant au principe du concurrent aussi efficace

110. Le principe du concurrent aussi efficace est bien établi aussi bien en matière de régulation que par les recommandations et la pratique décisionnelle de la Commission, ainsi que par la jurisprudence des juridictions européennes. En matière de ciseaux tarifaires, ce principe implique que la marge entre tarifs de gros et tarifs de détail doit être évaluée au moyen des coûts et des revenus de l'entreprise en position dominante, et non pas de ceux des concurrents. A titre d'exemple, le Tribunal de l'Union européenne (ci-après : « le Tribunal ») rappelle dans l'arrêt *Deutsche Telekom* précité que :

« [...] le caractère abusif des pratiques tarifaires d'une entreprise dominante est en principe déterminé par référence à sa propre situation et, partant, par référence à ses propres tarifs et coûts, et non par référence à la situation des concurrents actuels ou potentiels.

[...] toute autre approche risquerait de violer le principe général de sécurité juridique [car] en effet si la légalité des pratiques tarifaires d'une entreprise dominante dépendait de la situation spécifique des entreprises concurrentes, notamment par la structure des coûts de celles-ci, qui sont des données qui ne sont généralement pas connues de l'entreprise dominante, cette dernière ne serait pas à même d'apprécier la légalité de ses propres comportements. »⁷⁰

111. Le Conseil note que ce principe a été bien respecté par la communication des griefs, qui se réfère exclusivement aux coûts fournis par l'EPT aux fins d'évaluer la marge « retail minus » : ceux relatifs au développement des produits, de la gestion des produits, de la facturation, du marketing, de la vente, de la gestion clients, des créances irrécouvrables et des coûts communs et généraux⁷¹. Pour tous ces postes une estimation des coûts basée sur la comptabilité analytique de l'EPT a été fournie. La communication des griefs critique que cette liste de différents types de coûts n'inclut pas les coûts du capital, en spécifiant à plusieurs endroits que les bénéfices au niveau de la revente de l'abonnement correspondent à la rémunération des capitaux propres nécessaires à l'exercice de cette activité.

112. Le Conseil note que cette critique est en ligne avec la pensée de la Commission, qui écrit que :

⁷⁰ Voir l'arrêt du Tribunal du 10 avril 2008, T-271/03, *Deutsche Telekom AG/Commission*, Rec. II-477, points 188 et 192.

⁷¹ Voir point 179, communication des griefs.

« Dans certains cas, la pratique d'un amenuisement des marges bénéficiaires peut être démontrée en prouvant que la marge entre la redevance d'accès que doivent payer tous les concurrents sur ce marché en aval (y compris, le cas échéant, la branche opérant en aval de la société en position dominante elle-même) et celle que l'opérateur de réseau applique sur ledit marché est insuffisante pour permettre à un prestataire de services raisonnablement efficace d'y réaliser un bénéfice normal (sauf si l'entreprise en position dominante est en mesure de démontrer que ses opérations en aval se caractérisent par une efficacité exceptionnelle). »⁷²

113. Il y lieu de remarquer que le conseiller désigné ne mentionne que les coûts des capitaux propres, alors qu'il devrait également y avoir, le cas échéant, un poste de coûts de capitaux tiers. Toutefois, ce constat ne change rien au principe que les coûts des capitaux propres et tiers font partie intégrante de toute activité économique et doivent donc être intégrés dans un calcul d'évaluation d'une marge « retail minus ». Il va de soi que, en vertu du principe du concurrent aussi efficace, il aurait suffi à l'EPT d'évaluer ses propres coûts de capitaux, et non ceux des concurrents.
114. Le Conseil rejette également l'argument de l'EPT que sa comptabilité ne prévoit aucune utilisation de capital investi pour les services de commercialisation.⁷³ Le Conseil se demande si l'EPT veut réellement faire croire qu'une activité de revente ne nécessiterait pas de capitaux ? Il est très clair qu'une telle activité nécessite moins de capitaux que la construction d'un réseau de télécommunications, mais il est tout aussi clair qu'il n'existe pas d'activité économique qui ne nécessiterait pas de capitaux investis.
115. Le Conseil conclut qu'il n'y a aucune raison pour laquelle l'estimation de la marge « retail minus » ne devrait pas inclure une estimation des coûts des capitaux de l'entreprise dominante, même si la comptabilité de l'EPT ne la prévoit pas.
116. Par ailleurs, le Conseil constate qu'il ressort du dossier que l'ILR n'était pas en mesure de valider le calcul des coûts avancés par l'EPT, et que ce dernier est fondé sur les chiffres fournis par l'EPT elle-même et par conséquent ne correspond pas à l'exigence formulée dans le règlement 07/105/ILR du 02 février 2006 que
- « L'opérateur identifié comme puissant sur le marché est obligé:*
- a) d'orienter les tarifs pour la mise en place/activation de la sélection et présélection vers les coûts sur la base d'un modèle de coûts d'un opérateur efficace;*

⁷² Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications (98/C 265/02), point 118, cité par la communication des griefs au point 179.

⁷³ Observations de l'EPT, point 104.

b) de déterminer les tarifs liés à la revente de l'abonnement vers les coûts sur la base d'un modèle de coûts d'un opérateur efficace; (...) »⁷⁴

117. Par conséquent, le Conseil adhère au constat fait dans la communication des griefs que *« Il doit être noté que si l'ILR n'était pas en mesure de valider les calculs présentés par l'EPT, il était encore moins en mesure de les invalider. Ceci est dû aux difficultés inhérentes à tout système de comptabilité analytique, qui doit forcément toujours reposer sur des hypothèses controversées voire arbitraires, sans même parler du degré de complexité dont doit forcément revêtir un système de comptabilité interne d'une grande entreprise aux activités diverses et multiples. Le conseiller soussigné est d'avis qu'en l'absence d'un modèle de coûts externe et neutre qui peut servir comme « benchmark », il n'est pas possible de valider ou d'invalider les résultats de cette comptabilité ».*⁷⁵

118. Ceci reflète en effet une exigence formulée par le Conseil de façon récurrente et à de nombreuses reprises :

« Le Conseil, comme il l'avait déjà expliqué dans ses avis relatifs au projets de règlement régissant le départ d'appel et la terminaison d'appel sur réseaux fixes et mobiles⁷⁶, soutient pleinement les efforts de l'ILR de fixer des plafonds tarifaires sur base d'un calcul des coûts moyennant un modèle de coût indépendant, objectif et neutre. Le Conseil trouve en effet que des décisions de régulation ne peuvent être basées sur les estimations invérifiables fournies par l'une des parties intéressées comme cela a été le cas jusqu'à présent pour la plupart des tarifs de gros régulés. »

119. Par ailleurs, l'ILR a conscience de ce problème, et avait déjà dans le contexte de sa décision 07/112/ILR du 13 février 2007 sur l'offre de référence d'interconnexion (RIO) déploré l'absence *« d'un modèle fonctionnel à jour de la preuve de l'orientation en fonction des coûts et d'une comptabilité de l'EPT permettant de désagréger de façon suffisante les coûts relatifs aux différents services »*⁷⁷. C'est la raison pour laquelle l'ILR a justement fait développer des modèles de coûts objectifs et neutres devant estimer les coûts d'un opérateur efficace dans le contexte géographique et économique du Luxembourg, dans le cadre des obligations de contrôle des prix formulées à la suite du nouveau cycle d'analyses des marchés entamée en 2013.

Par conséquent, l'approbation par le régulateur des tarifs de la RLO avancés par l'EPT ne saurait être considérée comme preuve d'absence d'une pratique de ciseaux tarifaires.

⁷⁴ Décision 07/105/ILR du 2 février 2007, article 4(5).

⁷⁵ Voir communication des griefs point 177.

⁷⁶ Voir, par exemple, les avis du Conseil 2013-AV-03, 2013-AV-04, 2013-AV-06 et 2014-AV-03, ainsi que la décision 2013-RP-02, point 105.

⁷⁷ Tribunal administratif 22 juin 2009 no. 22933 du rôle - Entreprise des Postes et Télécommunications / Institut Luxembourgeois de Régulation, p.16.

Quant aux effets d'éviction de l'abus de ciseaux tarifaires

120. Selon l'EPT, la communication des griefs ne se livre à aucun examen des effets concrets ou potentiels de la prétendue pratique de ciseaux tarifaires dans le chef de la revente de l'abonnement téléphonique.
121. Or, il est clair que l'absence de marge suffisante entre tarifs de gros et tarifs de détail tels qu'appliqués par une entreprise intégrée en position dominante est déjà en elle-même l'effet d'un comportement abusif au sens des articles 5 de la loi du 23 octobre 2011, 5 de la loi du 17 mai 2004 et 82 CE (devenu l'article 102 TFUE).
122. Par ailleurs, l'évolution du marché de la revente de l'abonnement téléphonique à Luxembourg donne des indications fortes sur les effets de la politique de l'entreprise dominante qui se manifeste dans la tarification, mais aussi dans l'attitude de cette dernière face à cette exigence du régulateur tout au long du processus de mise sur le marché de cette offre de gros. Alors que l'EPT elle-même estimait le potentiel commercial de la revente de l'abonnement à 50.000 lignes téléphoniques, seulement 2334⁷⁸ lignes ont effectivement été commercialisées. Même en y ajoutant les quelques 4000 lignes opérées sur base d'une offre de revente non-réglée antérieure à la RLO, l'échec commercial de cette dernière ne peut être contesté.
123. L'obligation de la revente de l'abonnement découle de la nécessité d'accorder un accès au réseau d'accès aux opérateurs alternatifs dans des situations où ce réseau est contrôlé, comme il est normalement le cas, par l'opérateur historique, et d'autres offres de gros tels que le dégroupage ne sont pas économiquement viables. L'ILR écrit à ce sujet que :
- « En effet, la revente de l'abonnement permettra aux opérateurs alternatifs d'élaborer des offres concurrentes à celles de l'opérateur historique dans les zones où l'accès dégroupé n'est pas économiquement viable. D'autre part, même dans certaines zones où le dégroupage est économiquement viable, la revente de l'abonnement permettra aux opérateurs alternatifs d'acquérir progressivement une masse critique de clients avant de basculer vers une utilisation du dégroupage. »*

(...) L'Institut considère que la revente de l'abonnement apportera un palier supplémentaire à l'échelle d'investissement (« ladder of investment ») qui permettra de réduire les fortes barrières à l'entrée sur le marché de l'accès au réseau téléphonique et d'encourager un investissement efficace des opérateurs. La revente de l'abonnement permettra par exemple à un opérateur alternatif d'acquérir une base de clients suffisante avant d'utiliser le dégroupage. La revente de l'abonnement permettra alors aux opérateurs

⁷⁸ Demande de renseignements du 30 mars 2010, question n°1.

alternatifs d'évoluer de manière progressive le long de l'échelle d'investissement et d'encourager des investissements efficaces. »⁷⁹

124. Il en résulte que la revente de l'abonnement est une mesure pertinente de la régulation des marchés des télécommunications dans un stade relativement tôt du processus de libéralisation de ces marchés. Il s'agit d'une activité à valeur ajoutée faible, qui ne peut être envisagée que par des opérateurs qui n'ont pas encore acquis la taille critique nécessaire pour un opérateur efficace. Au fur et à mesure que le marché évolue, ce type d'offre de gros devient de moins en moins attrayante.
125. De surcroît, l'évolution technique au niveau des réseaux de nouvelle génération fait que l'accès au réseau téléphonique ne constitue plus une offre séparée et distincte de l'accès à large bande. C'est pour cette raison que la plaignante estimait en 2010 que :
- « Sans compter que la revente de l'abonnement compte tenu de l'émergence des offres Fibres devient à très court terme complètement obsolètes et dépassées puisque celles-ci intègrent le VoE. Le prix du cuivre étant directement inclus dans l'offre Wholesale-Broadband, le fait d'opter pour l'offre LuxFibre de l'EPT « casse » la relation RLO avec les OLO.⁸⁰ »*
126. Or l'EPT, lors de ses échanges avec l'ILR et avec le Conseil, a toujours considéré l'obligation de la revente de l'abonnement comme inutile et que l'obligation d'autres offres de gros, comme le dégroupage, serait suffisante. De même, les échanges entre l'EPT et l'ILR lors des négociations autour de la RLO témoignent d'un indéniable manque de coopération de l'EPT en cette matière. Le Président du Conseil a déjà en 2007 dû constater que :
- « 62. A cela s'ajoute qu'il résulte des renseignements confidentiels fournis par l'EPT (annexe 17 à sa note du 8 octobre 2007) que ses modèles de calcul quant au taux de retail minus à retenir étaient en discussion dans le cadre des négociations avec l'ILR. Dès lors, à supposer qu'il faille se poser dans le cadre des mesures conservatoires la question de l'adéquation des chiffres fournis par l'EPT, force est de retenir que la position actuelle de l'ILR permet de conclure qu'en toute apparence, ces arguments et calculs n'ont pas convaincu l'Institut.*

Dans le cadre de la présente procédure de mesures conservatoires, il faut en déduire que le refus de l'EPT de consentir à la commercialisation de la revente de l'abonnement à un retail minus supérieur au taux proposé par lui n'apparaît pas comme étant justifié.

⁷⁹ Analyse des marchés de l'accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle et non résidentielle, p. 42.

⁸⁰ Réponse Tango à la demande de renseignements du 30 mars 2010, p. 14, citée dans la communication des griefs au point 184.

63. Dès lors, il faut retenir que le comportement sus-décrit de l'EPT apparaît comme démontrant son intention à vouloir empêcher la mise en place d'une solution de revente de l'abonnement, de manière à ne voir maintenir au profit des opérateurs alternatifs que des solutions plus onéreuses et a priori économiquement non viables. L'attitude de l'EPT montre par ailleurs son intention de ne voir concéder la solution de revente de l'abonnement qu'à des conditions tarifaires dont il n'est pas établi qu'elles correspondent aux exigences de l'ILR, respectivement qui apparaissent comme étant inintéressantes ou non transparentes pour les opérateurs alternatifs. Ce comportement donne toutes les apparences d'un comportement capté par le droit de la concurrence, susceptible de donner lieu à des mesures conservatoires. »⁸¹

127. C'est pourquoi le Conseil rejoint la communication des griefs quand elle constate que :
« En d'autres termes, la revente de l'abonnement est, dès 2010, largement perçue comme un enjeu du passé. La combinaison d'une stratégie de temporisation de la part de l'EPT et de certaines lenteurs administratives a fait que la RLO n'est jamais devenu un vecteur de développement du marché des communications électroniques à Luxembourg. »

Quant à l'inclusion des revenus générés par les services téléphoniques et d'autres services de convergence dans le test de ciseaux tarifaires

128. Selon l'EPT, un test de ciseaux tarifaires doit inclure les revenus générés par les services téléphoniques, ainsi que ceux générés par d'autres services de convergence comme des services internet à haut débit, car aucun opérateur ne propose une offre limitée au seul abonnement téléphonique. Dans la mesure où les services d'accès et les services téléphoniques sont en effet complémentaires, cet argument est plausible. Toutefois, le Tribunal a retenu dans l'arrêt Deutsche Telekom à cet égard, que :
« En admettant même que, du point de vue de l'abonné, les services d'accès et de communications constituent un ensemble, il n'en reste pas moins que, pour les concurrents de la requérante, la prestation de services de communications à l'abonné à travers le réseau fixe de la requérante présuppose un accès à la boucle locale. L'égalité des chances entre l'opérateur historique propriétaire du réseau fixe, telle la requérante, d'une part, et ses concurrents, d'autre part, implique donc que les prix pour les services d'accès soient fixés à un niveau tel qu'ils placent les concurrents sur un pied d'égalité avec l'opérateur historique pour la fourniture des services de communications. Cette égalité des chances est seulement assurée si l'opérateur historique fixe ses prix de détail à un niveau qui permette aux concurrents – supposés aussi performants que l'opérateur historique – de répercuter l'ensemble des coûts liés à la prestation intermédiaire sur leurs prix de détail. Toutefois, si l'opérateur historique ne respecte pas ce principe, les nouveaux entrants ne peuvent offrir qu'à perte des services d'accès à leurs abonnés. Ils seraient alors contraints de compenser

⁸¹ Conseil de la concurrence, décision 2008-MC-01, points 62-63.

les pertes subies au niveau de l'accès à la boucle locale par des tarifs élevés au niveau des communications, ce qui fausserait également les conditions de concurrence sur le marché des communications. »⁸²

En d'autres termes, comme un ciseau tarifaire au niveau des services d'accès empêcherait les opérateurs aussi efficaces que l'entreprise en position dominante de la concurrencer sur le marché des services, les deux activités doivent pouvoir être exercées avec une rentabilité positive.

129. Finalement, le Conseil rejette le test de ciseaux tarifaires fourni par l'EPT, qui ne repose pas sur des éléments compréhensibles ni vérifiables par le Conseil.⁸³

Quant à l'inclusion de la marge bénéficiaire dans la marge « retail minus » proposée

130. Selon l'EPT, la marge « retail minus » prévue par la RLO est suffisamment large pour inclure le coût du capital au cas où le Conseil devait conclure que cette marge doit intégrer une marge bénéficiaire.
131. Selon les observations de l'EPT, le coût évité lors de la commercialisation de l'abonnement téléphonique – correspondant à la marge « retail minus » - s'élève à 1.5016 euro pour une ligne PSTN et 1.9518 euro pour une ligne ISDN. Or, ces chiffres ne ressortent pas de la pièce II(c)6 des annexes à ses observations, comme indiqué par l'EPT⁸⁴. Le Conseil s'en tient alors aux chiffres qui ressortent du dossier et rapportés dans la communication des griefs, qui sont les suivants :

⁸² Arrêt du Tribunal, *Deutsche Telekom*, précité, point 199.

⁸³ Observations de l'EPT, points 109-115.

⁸⁴ Observations de l'EPT, point 107.

Version	PSTN ⁸⁵	ISDN ⁸⁶	En % (*)
Document soumis à la consultation de mars 2007	/	/	
Proposition initiale du 23 mai 2007	1.82€	2.34€	10.64%
Version approuvé par l'ILR en février 2008, Applicables en 2008	2.03€	2.80€	12.73%
Tarif applicable au 1 ^{er} janvier 2009	2.11€	2.88€	13.09%
Tarif applicable au 1 ^{er} janvier 2010	2.16€	2.94€	13.36%
Ecart entre les tarifs initiaux et applicables en 2008	0.21€	0.46€	
Ecart entre les tarifs initiaux et applicables en 2010	0.34€	0.60€	

(*) par rapport au tarif ISDN de détail de l'EPT.

Selon l'EPT, les écarts entre les propositions initiales de l'EPT, basés sur les calculs des coûts sous-jacents à l'activité de vente de l'abonnement, et les tarifs retenus en fin de négociation sont suffisants pour assurer une rémunération adéquate des capitaux.

132. Le Conseil relève que cette vérification n'a pas été faite, et que par conséquent il ne peut être exclu que les marges proposées et retenues par l'ILR incluent un coût de capital. Le Conseil rejoint la communication des griefs en ce que les coûts des capitaux sont des coûts pertinents qui doivent faire partie de tout calcul de coût, mais note qu'il n'est pas suffisant de constater l'absence d'une catégorie de coûts sans en évaluer l'ampleur et l'impact. En l'absence de démonstration que l'estimation des coûts fournie par l'EPT aboutit à une marge « retail minus » insuffisante, le grief du ciseau tarifaire en relation avec la tarification de l'offre de revente de l'abonnement téléphonique doit être rejeté.
133. Au vu de tout ce qui précède, le Conseil conclut que le troisième grief doit être rejeté, parce que la démonstration que les tarifs de gros de la revente de l'abonnement téléphonique RLO aboutissent à un ciseau tarifaire n'a pas été faite.

⁸⁵ « Public Switched Telephone Network » - Réseau téléphonique commuté (traditionnel).

⁸⁶ « Integrated Services Digital Network » - Réseau numérique à intégration de services (RNIS) ; « une liaison autorisant une meilleure qualité et des vitesses pouvant atteindre 2 Mbit/s (accès S2) contre 56 kbit/s pour un modem classique. On peut voir l'architecture RNIS comme une évolution entièrement numérique des réseaux téléphoniques existants, conçue pour associer la voix, les données, la vidéo et toute autre application ou service » (Wikipédia).

7.4. Le quatrième grief retenu par la communication des griefs: Rabais de couplage pratiqué dans l'offre INTEGRAL

7.4.1. Introduction : l'offre INTEGRAL et les rabais associés

134. Le quatrième grief retenu par la communication des griefs concerne les rabais de couplage pratiqués dans l'offre INTEGRAL. L'offre INTEGRAL est une offre groupée ou multi-produits qui accorde aux clients des conditions et prix préférentiels à condition de souscrire un abonnement pour les trois composantes de l'offre, à savoir l'abonnement de téléphonie fixe, l'abonnement de téléphonie mobile et l'abonnement Internet.
135. Selon la plaignante, « *A l'analyse des prix offerts par l'EPT, il est remarquable de voir des prix pour certains services qui composent INTEGRAL inférieurs à ceux proposés individuellement (ex. ADSL 2Mb: INTEGRAL 26 euros sans limitation de volume au lieu des 29 euros limité à 2GB). INTEGRAL offre encore à ses clients la possibilité d'appels de fixe/mobile et de fixe/fixe gratuitement après 20 heures. Cela illustre une nouvelle fois que les effets de la position dominante occupée par l'EPT lui permettent ces offres «on-net» gratuites. Là encore, l'offre RIO de l'EPT n'inclut pas cette possibilité pour les autres opérateurs.* ».⁸⁷

L'offre INTEGRAL a été introduite par l'EPT début septembre 2005, selon l'EPT, « (...) en réponse à d'autres offres multi-produits d'opérateurs alternatifs tels que Coditel/Numéricable (en février 2005), Luxembourg Online (en avril 2005), VOXmobile (en mai 2005) et Tango (en juin 2005). (...) ».⁸⁸ Le catalogue des rabais associés à cette offre est repris au point 202 de la communication des griefs⁸⁹. « (...) Sur les services de téléphonie fixe (services téléphoniques en position déterminée):

- gratuité de tous les appels d'une ligne fixe EPT vers un numéro fixe EPT ou LuxGSM en semaine entre 19h et 8h, le weekend et les jours fériés pendant toute la journée (heures creuses) ;
- remise de 30% en semaine entre 8h et 19h sur les trois numéros fixe EPT les plus appelés ;
- remise de 30% en semaine entre 8h et 19h sur les trois numéros internationaux fixe ou mobile les plus appelés ;

⁸⁷ Note Tango du 7 septembre 2007 adressée au Président du Conseil de la concurrence dans le cadre de la demande de mesures conservatoires, page 14.

⁸⁸ Point 21 des observations à la communication des griefs.

⁸⁹ Catalogue des avantages de l'offre INTEGRAL de novembre 2005 à décembre 2006, sur base de la demande de renseignement du 11 août 2006, question 3.

Sur les services d'accès Internet à large bande :

-réduction du prix de l'abonnement mensuel (incluant services d'accès à Internet et connexion physique au réseau) de 3, 6,90 ou 12,60 € en fonction de l'abonnement choisi (en fonction de la bande passante) ;

-volume de téléchargement mensuel illimité, au lieu de 2 GB respectivement 15 GB pour un abonnement standard (en-dehors de l'offre groupée) ;

Sur les services de téléphonie mobile :

-gratuité de tous les appels vers tous les numéros LuxGSM (appels on-net) de 20 à 8 heures (forfait « off-peak mobile »).

Plus tard, en avril 2009, les rabais sur les services téléphoniques ont été étendus ; des rabais incluant les services de télédiffusion ont été ajoutés:

-gratuité de tous les appels d'une ligne fixe EPT vers un numéro fixe EPT ;

-forfait de 120 minutes de communications internationales vers les numéros fixes de 40 destinations de la zone 1 ;

-gratuité du « P&T Homeserver » ;

-gratuité du modem/router/station WIFI « Fritzbox ».»

136. L'offre INTEGRAL accorde de nombreux rabais par rapport aux tarifs des services individuels, mais la valeur des avantages revenant à l'utilisateur dépend de son profil de consommation. Toutefois, comme les rabais associés à INTEGRAL se répandent à travers les trois services individuels (fixe, internet et mobile) et contiennent plusieurs avantages différents, on peut cependant conclure que chaque consommateur bénéficie d'un niveau minimal de remise.

7.4.2. La théorie et la jurisprudence des rabais de couplage

137. La communication des griefs fait valoir que l'offre INTEGRAL correspond à une pratique appelée « couplage mixte » dans la littérature économique. Un couplage mixte est une vente combinée de plusieurs produits ou services qui sont également vendus séparément, à l'opposé du couplage pur, qui est une vente combinée de plusieurs produits qui ne sont pas vendus séparément. Ci-après, les termes « offre groupée » ou offre « multi-produits » désigneront toujours des pratiques de couplage mixte.

138. La pratique de couplage est une pratique largement répandue à travers de nombreux secteurs et, comme le relève la communication des griefs, est susceptible d'engendrer des effets pro-concurrentiels tant pour les entreprises (en termes de gains d'efficacité par exemple) que pour les consommateurs (en termes de réduction de prix par exemple).⁹⁰

⁹⁰ Point 204, communication des griefs.

Selon la communication des griefs, les rabais de couplage peuvent néanmoins constituer un abus de position dominante, en infraction avec l'article 102 (c) et (d) TFUE si les rabais accordés sont à considérer comme des rabais de fidélité au sens des jurisprudences *Suiker Unie*⁹¹, *Hoffmann Laroche*⁹² et *Michelin I*⁹³, et produisent un effet d'éviction en raison d'une tarification des services de détail qui, compte tenu des rabais accordés, ne permettent pas à des concurrents non-dominants de concurrencer les offres de gros de l'entreprise en position dominante sur un ou plusieurs des marchés en cause.

139. La communication des griefs se livre ensuite à une analyse détaillée de la jurisprudence de la Cour à l'égard des rabais de couplage. Alors que le terme « rabais de couplage » n'apparaît pas dans les arrêts de la Cour, la communication des griefs arrive à la conclusion que les rabais de couplage, qui s'appliquent à plusieurs produits distincts, sont assimilables aux rabais de fidélité, qui s'appliquent sur un ou plusieurs produits dans un même marché, au sens des jurisprudences *Suiker Unie*, *Hoffmann Laroche* et *Michelin I*. Selon la communication des griefs, les rabais de couplage en l'espèce doivent être considérés comme abusifs au sens des articles 82 CE (devenu l'article 102 TFUE) et 5 de la du 23 octobre 2011 dans la mesure où ces rabais

- sont liées à la condition que le client « *s'approvisionne exclusivement pour la totalité ou pour une partie importante de ses besoins auprès de l'entreprise en position dominante* » ;
- restreignent « *la possibilité de choix pour les revendeurs en ce qui concerne leurs sources d'approvisionnement et rend plus difficile pour les concurrents l'accès au marché* » ;
- appliquent « *à des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes* » ;
- récompensent les achats d'un client sur le marché en cause, c'est-à-dire sur lequel l'entreprise en cause jouit d'une position dominante, sur base des achats réalisés dans un autre marché.

140. L'EPT ne se prononce pas sur les rabais associés à l'offre INTEGRAL en tant que rabais de couplage abusif au sens de la jurisprudence mentionnée.

⁹¹ Arrêt de la Cour du 16 décembre 1975, 40 à 48, 50, 54 à 56, 111,113 et 114-73, *Coöperative Vereniging « Suiker Unie » UA e.a./Commission*, Rec. P. 1663.

⁹² Arrêt de la Cour du 13 février 1979, 85/76, *Hoffmann-La Roche/Commission*, Rec. P. 461.

⁹³ Arrêt de la Cour du 9 novembre 1983, 322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin/Commission*, Rec. P. 3461.

7.4.3. Appréciation du Conseil

141. Le Conseil considère que les rabais de couplage sont caractérisés dans les arrêts *Hoffmann-La Roche* et *Michelin I*. Dans *Hoffmann-La Roche*, la Cour établit un lien direct entre les rabais de couplage et une infraction à l'article 82 CE (devenu l'article 102 TFUE)⁹⁴ et retient :

« 110. Attendu que les mêmes constatations s'imposent en ce qui concerne les contrats qui, s'il peut être douteux qu'ils contiennent un engagement d'approvisionnement ferme, comportent, par l'octroi des rabais analysés ci-dessus, une incitation puissante à réserver à Roche l'exclusivité de l'approvisionnement, pour la totalité ou partie des besoins en vitamines ou en certains groupes de vitamines ;

Que c'est à juste titre que la Commission a relevé (décision attaquée n 11 et 24), que cette incitation est encore renforcée par la circonstance que le rabais est prévu pour l'ensemble des achats des différents groupes de vitamines, de telle sorte que l'acheteur, s'il désirait s'adresser - en dehors de l'application de la clause anglaise dont la portée a été examinée ci-avant - à un producteur concurrent pour une vitamine, sera néanmoins empêché de le faire parce qu'il perdrait ainsi le bénéfice du rabais pour toutes les autres vitamines qu'il continue d'acheter chez Roche ;

*111. Que, compte tenu de la circonstance, admise tant par la requérante que par la Commission, que les différents groupes de vitamines constituent des produits non interchangeables et des marchés distincts, cette globalisation du système de rabais constitue, en outre, une pratique abusive au sens du dernier alinéa de l'article 86, en ce qu'elle vise à subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires, qui par leur nature, ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats (...) ».*⁹⁵

142. Le Conseil fait également le rapprochement entre rabais de couplage et rabais de fidélité. Alors que les rabais de fidélité tentent à fidéliser le consommateur en lui accordant des rabais conditionnels afin de diminuer ou de supprimer la concurrence sur ce même marché, les rabais multi-produits⁹⁶ peuvent avoir le même effet restrictif en incitant les clients à s'approvisionner de façon exclusive auprès de l'entreprise dominante.

143. En l'espèce, les rabais multi-produits ne s'appliquent qu'à partir du moment où le client s'approvisionne pour l'ensemble des services individuels composant l'offre groupée INTEGRAL (téléphonie fixe, accès Internet et téléphonie mobile) chez l'EPT. Dès que le client à l'intention de résilier son abonnement sur un seul de ces services, il perd les

⁹⁴ Antérieurement l'article 86 CEE et 82 CE.

⁹⁵ Arrêt *Hoffmann-La Roche / Commission*, précité, points 110 à 111.

⁹⁶ Voir la 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 (JO 2009/C45/02), points 47 à 62.

avantages financiers sur l'ensemble des services associées à l'offre groupée, même s'il reste client pour ces services. L'offre INTEGRAL incite ainsi le client à s'approvisionner de façon exclusive auprès de l'EPT.

144. La Commission européenne considère que :

*« (...) une entreprise qui occupe une position dominante sur un ou plusieurs marchés de produits liés ou groupés (marché liant) peut léser les consommateurs du fait de cette vente liée ou groupée, en ce qu'elle verrouille le marché des autres produits faisant l'objet de la vente liée ou groupée (marché lié) et, indirectement, le marché liant. »⁹⁷. La Commission européenne justifie une intervention pour rabais multi-produits potentiellement anticoncurrentiels *« (...) lorsqu'une entreprise occupe une position dominante sur le marché liant et que les conditions suivantes sont également réunies: i) les produits liants et liés sont des produits distincts et ii) la vente liée est susceptible de déboucher sur une éviction anticoncurrentielle. »⁹⁸.**

145. En l'espèce le marché sur lequel l'EPT se trouve en position dominante voire super-dominante est celui du marché de détail de l'accès au réseau téléphonique fixe (voir point 49 de la définition de marché) et le marché de détail d'accès à Internet à large bande (voir point 53). Selon la communication des griefs, les parts de marché de l'EPT en termes de nombre d'abonnés au réseau téléphonique se situent au-dessus de 90% pour les années 2005 à 2008 inclus, et les parts de marché en termes de nombre d'abonnés à Internet large bande se situent au-dessus de 72% pour cette même période. En l'espèce, il existe donc deux marchés « liants », à savoir celui de l'accès au réseau téléphonique fixe et celui d'accès à Internet. Le marché « lié » est le marché de détail des services de téléphonie mobile.

146. Il s'ensuit que la condition i), concernant le caractère distinct, est remplie car il n'est pas contesté que les trois services individuels faisant l'objet des rabais (fixe, internet et mobile) sont distincts. Quant à la condition ii), concernant l'éviction anticoncurrentielle de la pratique en l'espèce, celle-ci requiert une analyse plus approfondie, qui sera effectuée à la section 7.4.4 infra.

⁹⁷ Point 49, *ibid.*

⁹⁸ Point 50, *ibid.*

7.4.4. Les effets de la pratique des rabais de couplage

Les effets de la pratique des rabais de couplage selon la communication des griefs

Le test des rabais de couplage en tant que pratique d'éviction

147. La communication des griefs relève qu'il ressort de la jurisprudence des juridictions européennes que si la pratique d'un rabais fidélisant est avérée, il n'est pas nécessaire d'apporter la preuve d'effets concrets sur le marché, c'est-à-dire des effets d'éviction de la concurrence, car il est suffisant que cette pratique est *susceptible* de produire des effets, et que l'arrêt *Tomra* n'est que le dernier dans une longue liste de jurisprudences qui restent fidèles à la formule classique selon laquelle la démonstration de l'existence d'effets concrets n'est pas nécessaire⁹⁹.
148. Toutefois, la communication des griefs explique ensuite qu'une approche considérant les rabais remplissant les conditions des rabais de fidélité comme une infraction per se n'est plus de mise, car trop rigide et souvent critiquée puisqu'elle présume des effets d'éviction, mais n'analyse ni les effets anti-concurrentiels, ni les effets pro-concurrentiels qu'une pratique de rabais peut produire. C'est pourquoi la jurisprudence ne serait plus à interpréter d'une façon aussi rigide, et que les pratiques décisionnelles des autorités de concurrence, y compris la Commission européenne, reposent désormais toujours sur une démonstration d'un effet d'éviction.
149. C'est pourquoi, au-delà du constat du caractère abusif, au sens des jurisprudences précitées, du rabais de couplage pratiqué par l'entreprise visée, le conseiller désigné procède à l'examen des effets d'éviction.
150. Cet examen a été fait sur la base d'un test d'éviction, appelé test des rabais de couplage en tant que pratique d'éviction, qui doit montrer si et dans quelle mesure les concurrents d'une entreprise dominante sur un ou plusieurs marchés faisant l'objet d'une pratique de couplage sont en mesure de la concurrencer rentablement sur les marchés individuels, compte tenu des rabais accordés par l'entreprise dominante.

⁹⁹ Dans cet arrêt, la Cour a rappelé que: « *Le Tribunal a, dès lors, jugé à juste titre, en substance, aux points 269 à 271 de l'arrêt attaqué, que le mécanisme de fidélisation résidait dans cette capacité qu'a le fournisseur d'évincer ses concurrents en aspirant à son profit la partie disputable de la demande. En présence d'un tel instrument commercial, il n'est donc pas nécessaire de procéder à une analyse des effets concrets des rabais sur la concurrence étant donné que, aux fins de l'établissement d'une violation de l'article 102 TFUE, il suffit de démontrer que le comportement en cause est susceptible d'avoir un tel effet, ainsi qu'il a été rappelé au point 68 du présent arrêt.* » Voir l'arrêt de la Cour du 19 avril 2012, *Tomra Systems/Commission*, C-549/10P, EU :C 2012 :221.

151. Le test retenu par la communication des griefs repose d'un côté sur la notion de prix effectif de la Commission européenne¹⁰⁰ et, d'un autre côté, sur la version formalisée de ce test d'éviction par l'économiste américain B. Nalebuff¹⁰¹. Le marché retenu pour appliquer le test est le marché des services téléphoniques sur réseaux mobiles. Il y a alors éviction si l'entreprise en position dominante, en l'espèce, sur les marchés liés au réseau fixe, accorde des rabais de couplage tellement importants que l'entreprise concurrente, qui est active sur le marché des services téléphoniques sur réseaux mobiles, plus concurrentiel, n'est plus en mesure de fixer ses prix suffisamment bas pour pouvoir compenser les rabais accordés par l'entreprise en position dominante sur l'ensemble des marchés concernés par la pratique de couplage.
152. Le test effectué dans le cadre de l'enquête consiste à déduire des revenus générés par un utilisateur moyen, c'est-à-dire typique, sur le marché des services téléphoniques sur réseaux mobiles les coûts sous-jacents à la production de ses services, ainsi que la valeur des rabais accordés par l'entreprise visée sur les marchés liés aux réseaux fixes.
153. Le test est effectué sous les hypothèses suivantes:
- Est prise en compte la théorie du concurrent aussi efficace, devenue la norme depuis l'arrêt *Akzo*¹⁰². Dans cette logique, le test est opéré sur base des coûts et prix de l'entreprise dominante, et non des prix et coûts de l'entreprise concurrente. Cette hypothèse évite le risque de constat d'un abus dû au fait que l'opérateur alternatif est inefficace, c'est-à-dire moins profitable que l'opérateur en position dominante ;
 - Ne sont pris en compte que les coûts incrémentaux engendrés par la production du service testé. Ainsi il n'est pas tenu compte des économies d'échelle ou de gamme que l'entreprise en position dominante peut éventuellement réaliser, et le test devient particulièrement favorable à l'entreprise en position dominante.¹⁰³
154. La communication des griefs conclut que le résultat du test du couplage en tant que pratique d'éviction est positif, et donc que l'abus d'éviction est avéré sauf pour les clients à très grande consommation de services de téléphonie mobile :
- « (...) Il ressort des calculs que tous les profils sont rentables après déduction des coûts [(i)-(ii)] mais avant déduction des rabais; cette « marge opérationnelle » est toujours positive. Par contre, la marge après déduction des rabais est largement négative sauf pour*

¹⁰⁰ Voir la 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, précitée, points 41, 59 et 60.

¹⁰¹ Barry Nalebuff - Exclusionary bundling, *The antitrust Bulletin* Vol. 50, No. 3/Fall 2005, p.321.

¹⁰² Arrêt de la Cour du 3 juillet 1991, C-62/86 *AKZO Chemie BV/Commission*, Rec. p. I-03359.

¹⁰³ Voir également point 246 de la communication des griefs.

les clients générant des revenus supérieurs à 40€ (version 1) ou 50 € (version 2) par mois. (...) »¹⁰⁴.

« Il y a donc lieu de conclure que l'entreprise en position dominante sur le marché A accorde des rabais de couplage tellement importants que les concurrents sur le marché B ne sont plus en mesure de fixer le prix de leur produit B suffisamment bas pour pouvoir compenser les rabais accordés par l'entreprise en position dominante sur le marché A. Le test du couplage en tant que pratique d'exclusion est positif (marge négative, abus avéré) sauf pour les clients à très grande consommation de services de téléphonie mobile. »¹⁰⁵

155. Selon la communication des griefs, l'application de ce test est dépendante de la définition de marché, car elle est tributaire de la substituabilité entre les offres groupées et les services individuels qui les composent. Or, selon la logique de l'argumentation de la communication des griefs, cette substituabilité n'est plus avérée à partir du moment où les offres groupées sont prédominantes, et que les services individuels ont été largement substitués par les offres groupées. Tel serait le cas à partir de l'année 2008 (voir définition de marché point 44 supra). Ce n'est que dans cet environnement de marché que la question de la répliquabilité de l'offre groupée devient cruciale et doit faire l'objet d'un test de répliquabilité.
156. Le test des rabais de couplage en tant que pratique d'éviction est repris à l'annexe 1 de la présente décision dont il fait partie intégrante.

Le test de répliquabilité ou test de ciseaux tarifaires

157. Le test de la répliquabilité effectué dans la communication des griefs est un test de ciseaux tarifaires qui tente de savoir « (...) dans quelle mesure un tel couplage peut résulter dans une tarification qui, compte tenu des offres de gros existant en amont et nécessaires pour offrir tous les services inclus dans le couplage, peut mener à une pratique abusive de ciseaux tarifaires. Si une pratique de ciseaux tarifaires est constatée, la répliquabilité économique des offres de l'opérateur en position dominante ne sera pas assurée. Les opérateurs alternatifs doivent être en mesure de répliquer rentablement, afin de pouvoir les concurrencer, les services et les tarifs de l'EPT au sein du couplage sur le marché de détail. »¹⁰⁶
158. Le test consiste à calculer la marge entre les prix pratiqués par l'entreprise dominante sur le marché de gros envers les entreprises concurrentes et les prix qu'elle applique sur le

¹⁰⁴ Point 252, communication des griefs.

¹⁰⁵ Point 253, communication des griefs.

¹⁰⁶ Point 264, communication des griefs.

marché de détail, et de comparer cette marge avec les coûts d'une entreprise aussi efficace que l'entreprise dominante sur le marché de détail. Il faut pour cela prendre en compte « *la totalité des revenus générés par l'utilisation par un client final des différents services sur les marchés de la téléphonie fixe, de l'Internet à large bande, et de la téléphonie mobile aux tarifs proposés par l'EPT dans le cadre de l'offre groupée, et la totalité des coûts calculés à partir des tarifs proposés par l'EPT dans ses offres de gros, complétés par certains coûts d'infrastructures indispensables, mais non-fournies dans le cadre des offres de gros.* »¹⁰⁷

159. Au bout de ses calculs, la communication des griefs vient à la conclusion que « (...) *les marges brutes obtenues ci-devant au bout d'un calcul reposant, à l'avis du conseiller soussigné, sur des hypothèses conservatrices, sont telles que la possibilité d'un effet de ciseaux tarifaires en relation avec l'offre groupée « INTEGRAL », ne peut pas être exclue avec certitude, mais paraît improbable et ne peut certainement pas être prouvée. Economiquement, l'offre « INTEGRAL » semble répliquable. (...)* ».¹⁰⁸
160. Le test de répliquabilité est repris à l'annexe 2 de la présente décision dont il fait partie intégrante.

7.4.5. Observations de l'EPT

161. Dans ses observations à la communication des griefs, l'entreprise en position dominante rejette le test d'éviction opéré par la communication des griefs essentiellement sur base de cinq moyens :
- le test d'éviction portant sur le marchés des services téléphoniques sur réseaux mobiles « *repose sur le procès d'intention selon lequel le but de l'offre INTEGRAL était de renforcer la position de l'EPT sur le mobile en utilisant par un effet de levier ses assises sur les réseaux fixes* », alors que l'objectif aurait été en réalité de stabiliser la clientèle dans les marchés liés aux réseaux fixes ;
 - les remèdes imposés à l'EPT par le régulateur dans le cadre de la réglementation sectorielle sont de nature à « *rencontrer les préoccupations que peuvent engendrer les couplages abusifs* »¹⁰⁹ selon l'avis du Conseil même ;
 - le test de ciseaux tarifaires ne doit pas être mené sur les services individuels, mais ne peut se faire que sur l'ensemble des services individuels dont se compose une

¹⁰⁷ Point 269, communication des griefs.

¹⁰⁸ Point 279, communication des griefs.

¹⁰⁹ Avis 2006-AV-08 du Conseil de la Concurrence du 14 septembre 2006, point 32.

offre groupée, tel qu'opéré par le conseiller désigné pour la période ultérieure à l'année 2007, car l'ensemble de ces services individuels serait répliquable par les concurrents de l'EPT ;

- la mise en place du test est dépourvu de toute rationalité économique en ce qu'il est basé sur une définition de marché en deux temps et une segmentation dans le temps des prétendus effets d'éviction ;
- il n'existe pas de jurisprudence concluant à un abus de position dominante en relation avec une offre multi-produits.

7.4.6. Appréciation du Conseil

7.4.6.1. L'évolution du marché

162. L'analyse de l'évolution du marché est une étape cruciale car elle permet de déterminer l'impact de l'offre INTEGRAL sur un marché d'offres individuelles existantes. Les offres groupées ne sont apparues sur le marché luxembourgeois que depuis 2005 et reflétaient une évolution nouvelle tant au niveau national qu'au niveau européen. En 2008, le Luxembourg se plaçait en tête de liste des Etats membres de l'UE ayant la proportion la plus élevée en termes d'offres groupées.¹¹⁰

163. La question primordiale est celle de savoir comment le consommateur a réagi face à l'introduction des offres groupées dès 2005 alors qu'il utilisait déjà les services individuels qui composent ces offres, soit auprès du même opérateur, soit auprès de deux voire trois opérateurs différents.

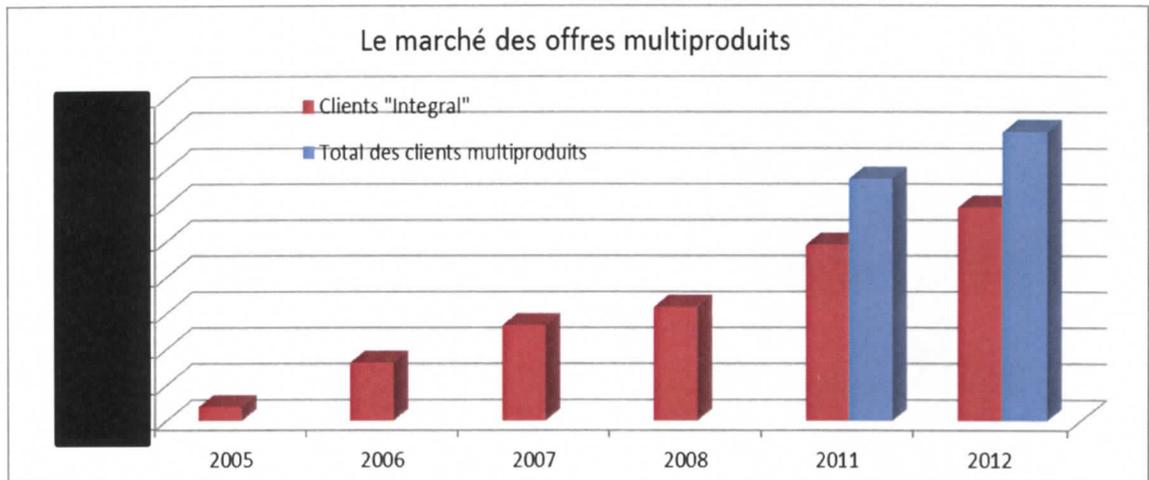
164. A la fin de 2005, première année de commercialisation de l'offre INTEGRAL, l'EPT comptait, selon la communication des griefs, 7 940 clients INTEGRAL¹¹¹. Ce nombre montait à plus de 32 000 en 2006 et 53 000 en 2007¹¹². Le graphique ci-dessous retrace l'évolution des clients INTEGRAL et de clients d'autres offres multi-produits (le nombre total de clients d'offres multi-produits n'est disponible que depuis 2011).¹¹³

¹¹⁰ Voir à ce sujet la note de l'ILR - Rapport statistique des télécommunications au Luxembourg pour l'année 2008, 2008 p. 10. « (...) *Le client final souscrit depuis quelques années de plus en plus à des offres combinées (offres groupées ou « bundled offers ») regroupant la téléphonie fixe (avec ou sans abonnement), l'Internet à large bande et la téléphonie mobile. Comme le documente le graphique ci-dessous, issu du 14ième rapport de mise œuvre du cadre réglementaire de la Commission européenne, le Luxembourg est avec un taux de 15% de la population en « Triple Play », le pays ayant le pourcentage le plus élevé en Europe. (...) ».*

¹¹¹ Point 29, communication des griefs.

¹¹² Point 30, communication des griefs.

¹¹³ Source ILR, voir également point 31 de la communication des griefs.



165. Etant donné que tous les clients d'une offre groupée ont substitué cette offre aux services individuels qu'ils utilisaient précédemment, le Conseil partage l'avis du conseiller désigné que « (...) les clients font un choix entre les offres groupées et les services individuels qui les composent. (...) ».¹¹⁴ Par conséquent, les offres groupées sont substituables aux services individuels, comme retenu supra au point 44, et les services individuels, proposés par une même entreprise ou par plusieurs entreprises concurrentes, sont en concurrence avec les offres groupées.
166. Mais le marché évolue au fur et à mesure que les services individuels disparaissent sous la progression rapide des offres groupées. La communication des griefs note que « (...) Le nombre de clients « INTEGRAL » dépassait celui des clients Internet large bande hors « INTEGRAL » à la fin 2007, et atteignait 49% de tous les ménages avec un accès à large bande, soit 35% des ménages au total. (...) »¹¹⁵. Les ménages avec accès à Internet large bande constituent la clientèle cible de l'offre INTEGRAL – il est en effet improbable que l'offre INTEGRAL puisse intéresser une clientèle qui ne souhaite pas un accès Internet. La signification de cette statistique est alors que la majorité des clients existants ciblés par l'offre groupée avait déjà été atteinte et reconvertie dans l'offre groupée en début 2008.
167. Dans le même sens, comme mentionné au point 162, l'ILR fait remarquer que le Luxembourg est en 2008 le pays au taux de pourcentage le plus élevé en termes de ménages ayant souscrit une offre combinée « Triple Play » (fixe, internet, mobile) en Europe¹¹⁶. L'EPT même confirme que le marché luxembourgeois a évolué très rapidement vers un marché où l'offre multi-produits devenait la norme et que :

¹¹⁴ Point 29, communication des griefs.

¹¹⁵ Point 30 de la communication des griefs.

¹¹⁶ Rapport statistique des télécommunications au Luxembourg pour l'année 2008, ILR, p. 10.

168. *«La dynamique concurrentielle décrite ci-dessus s'est entretenu accentuée et confirmée de sorte que, aujourd'hui, les offres multi-produits sont devenues la norme au Grand-Duché. (...)»*.¹¹⁷
169. La progression des offres multi-produits s'observe au niveau européen, mais est particulièrement marquée au Luxembourg. En début d'année 2008, selon la communication des griefs, le nombre de clients Internet large bande de l'EPT qui avaient signé l'offre INTEGRAL était supérieur au nombre de clients qui ne l'avaient pas signée. Le Conseil partage l'avis de la communication des griefs, qu'à partir de ce moment-là, la concurrence se joue au niveau de l'offre groupée et non plus au niveau des services individuels sous-jacents. La majorité des consommateurs potentiels ont fait le choix d'abandonner la souscription à des services individuels en faveur d'une offre groupée. Ainsi les entreprises du secteur sont plutôt en concurrence au niveau des offres groupées et la nécessité de pouvoir concurrencer l'entreprise en position dominante au niveau des services individuels de ces offres devient d'importance mineure.
170. Cette analyse de l'évolution du marché et du comportement des consommateurs amène le Conseil à retenir l'existence de deux périodes:
- Une première période, qui s'étend de début 2006¹¹⁸ à fin 2007, et pendant laquelle la concurrence a lieu majoritairement entre les offres groupées et les services individuels qui composent l'offre multi-produits. Une concurrence entre offres groupées existe, mais est insignifiante dans la mesure où elle n'est pas encore prise en compte par la majorité des consommateurs ;
 - Une deuxième période, qui débute en 2008¹¹⁹, et pendant laquelle la concurrence se joue majoritairement au niveau des offres groupées.
171. Il convient d'ajouter que l'analyse de l'évolution du marché n'a pas forcément un impact sur la définition du marché. Alors que la substituabilité des offres groupées avec les services individuels reste avérée sur toute la période sous examen, le comportement des consommateurs est tel que le marché évolue en faveur d'une concurrence croissante entre offres groupées.
172. Par conséquent, le Conseil rejoint l'EPT quand elle fait remarquer que *« L'application de la « portfolio approach » ne requiert pas de définir au préalable un marché distinct pour les offres multi-produits. (...) Force est pourtant de constater que ces offres sont bel et bien*

¹¹⁷ Point 24, observations à la communication des griefs, voir également point 23 à 27.

¹¹⁸ Il est rappelé que l'offre INTEGRAL a été lancée sur le marché en septembre 2005 et que la plainte a été introduite auprès de l'Inspection le 26 avril 2006.

¹¹⁹ Date à laquelle *« (...) le nombre de clients large bande de l'EPT ayant signé l'offre « INTEGRAL » avait dépassé celui de ceux qui ne l'avaient pas signée (...) »*, point 32 de la communication des griefs.

conçues, perçues et achetées comme une unité économique par les consommateurs indépendamment de la définition de marché retenue.(...) »¹²⁰

173. Cette analyse de l'évolution de marché aura une conséquence directe sur le test à appliquer afin de déterminer si l'offre INTEGRAL est susceptible de déboucher sur une éviction anticoncurrentielle. La Commission européenne considère en effet dans ce contexte que :
- « Si les preuves donnent à penser que les concurrents de l'entreprise dominante vendent des groupes de produits identiques ou pourraient le faire rapidement sans en être dissuadés par d'éventuels coûts supplémentaires, la Commission considérera généralement qu'il s'agit d'une concurrence entre groupes de produits, auquel cas il conviendra de se demander, non pas si les recettes marginales couvrent les coûts marginaux de chaque produit groupé, mais bien si le prix du groupe de produits dans son ensemble constitue un prix prédateur. »¹²¹*

7.4.6.2. Le choix du test à appliquer

174. Comme mentionné supra, afin de déterminer si le rabais de couplage appliqué par l'EPT dans le cadre de son offre INTEGRAL a eu un effet d'éviction sur les concurrents de l'entreprise en position dominante, la communication des griefs procède à deux tests quantitatifs, le premier, appelé le test du couplage en tant que pratique d'éviction, s'appliquant sur les années 2006 et 2007, le deuxième, appelé test de ciseaux tarifaires ou test de répliquabilité économique des offres multi-produits, s'appliquant à partir de l'année 2008.
175. Le Conseil partage l'argumentation de la communication des griefs que le choix de la méthode de test dépend des caractéristiques du marché et de l'évolution de celui-ci telle qu'elle a été analysée supra.
176. En effet, en ce qui concerne la première période (2006-2007), la concurrence sévit entre les offres multi-produits et les offres de services individuels, les utilisateurs substituant progressivement ces derniers par des offres groupées. Dans cette situation de marché, un opérateur alternatif doit être en mesure de concurrencer l'EPT individuellement sur tous les services individuels composant l'offre groupée, en tenant compte des rabais appliqués, et indépendamment de la question de savoir si les concurrents proposent et sont à même de proposer eux-mêmes une offre multi-produits ou non. Dans le cas contraire, la concurrence

¹²⁰ Point 139, observations à la communication des griefs.

¹²¹ Voir la 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, précité, point 61.

entre offres groupées et services individuels fournis par différents opérateurs ne pourrait s'exercer.

177. En ce qui concerne la deuxième période, à partir de 2008, l'acceptation croissante par le consommateur des offres groupées fait que la concurrence a lieu principalement entre ces dernières. La disparition progressive des services individuels fait que les concurrents s'adressent de moins en moins à des utilisateurs de services individuels fournis par un même opérateur ou par des opérateurs distincts, mais s'adressent de plus en plus à des utilisateurs qui ont déjà franchi le pas vers les offres multi-produits. La question cruciale est alors de savoir si un opérateur alternatif est en mesure de proposer des offres multi-produits compétitives face à celle commercialisée par l'opérateur en position dominante.
178. Dans une telle situation de marché, il s'agit de vérifier dans quelle mesure l'offre INTEGRAL est répliquable dans son intégralité, compte tenu de tous les rabais associés. L'offre multi-produits ne peut plus être appréhendée comme une combinaison de services individuels liés par une trame de rabais de couplage, mais doit être comprise comme un service entier, dans le chef duquel, comme le constate la communication des griefs, « *les problématiques en termes de restrictions concurrentielles soulevées par des liens de couplage ne se posent même pas.* »¹²²
179. Une telle configuration nécessite l'application d'un test basé sur une approche appelée « *portfolio approach* » : « *La « portfolio approach » signifie que les relations entre différents services individuels sous-jacents ne doivent plus être étudiées sous l'angle du droit de la concurrence, mais que l'offre groupée doit être considérée comme un produit unique, entier et à part sur un marché séparé. La concurrence a lieu entre offres multi-produits.* »¹²³
180. Le Conseil conclut que le choix du test dépend des caractéristiques de marché qui ont connu en l'espèce une évolution importante, et se réfère à la décision *Telefónica*, dans laquelle la Commission européenne précise que :
- « (386) *Telefónica offers a wide range of retail broadband products with a correspondingly wide range of prices, which leads to the question as to the aggregation level at which the margin squeeze test should be applied: either at the highest level of detail (i.e. at the level of each individual offer) or at the aggregate portfolio level (i.e. at the level of the mix of services marketed on the retail market).*
- (387) *In some circumstances, it may be appropriate to conduct the test at the level of each individual offer. This would be the case for a new offer giving rise to a margin squeeze, which is currently subsidised by other profitable offers but whose volumes could increase*

¹²² Point 28, communication des griefs.

¹²³ Point 263, communication des griefs.

substantially in the future, subsequently leading to an overall negative margin in the future. »¹²⁴

7.4.6.3. Sur les observations de l'entreprise visée

181. Comme mentionné au point 161 supra, le premier moyen invoqué par l'EPT à l'égard des rabais de couplage abusifs est que la communication des griefs « *repose sur le procès d'intention selon lequel le but de l'offre INTEGRAL était de renforcer la position de l'EPT sur le mobile en utilisant par un effet de levier ses assises sur les réseaux fixes* »¹²⁵, alors que l'objectif aurait été en réalité de stabiliser la clientèle dans les marchés liés aux réseaux fixes.
182. Le Conseil rappelle à cet égard que les pratiques commerciales d'une entreprise doivent être évaluées à l'égard du droit de la concurrence indépendamment des objectifs commerciaux poursuivis par l'entreprise en position dominante. Le fait que cette entreprise viserait dans ses choix commerciaux un marché différent de celui dans le chef duquel une infraction aux articles 5 de la loi du 17 mai 2004, 5 de la loi du 23 octobre 2011 et 82 CE (devenu l'article 102 TFUE) est constatée ne saurait amoindrir cette infraction, à condition que celle-ci soit démontrée à suffisance de droit.
183. De surcroît, une telle affirmation est en l'espèce très peu crédible. En liant des rabais de couplage sur un ensemble de services à une souscription aux services téléphoniques sur réseaux mobiles, il est clair que ces derniers constituent le marché visé. Comme expliqué supra, les marchés liants sont ceux associés aux réseaux fixes. Le marché lié est celui des services de téléphonie mobile. A travers toutes les jurisprudences en matière de pratiques de rabais de couplage ou de ventes liées, le marché visé par l'entreprise en position dominante sur le marché liant est le marché lié, et non le marché liant.
184. Par ailleurs, l'EPT ne fournit aucun élément factuel corroborant un tel choix commercial.
185. Concernant le deuxième moyen de l'EPT, que les remèdes de l'ILR seraient suffisants pour exclure tout couplage abusif¹²⁶, il convient de rappeler que l'action du régulateur sectoriel est de nature prospective, anticipant les évolutions technologiques, économiques et commerciales probables. Le droit de la concurrence par contre porte une appréciation sur des situations et comportements réellement constatés. Dès lors, les commentaires et réflexions du Conseil dans le cadre de sa mission consultative ne sauraient préjuger de ses

¹²⁴ Voir la décision de la Commission européenne du 4 juillet 2007, affaire COMP/38.784 – Wanadoo España/Telefónica.

¹²⁵ Observations de l'EPT, point précité.

¹²⁶ Point 126 des observations à la communication des griefs citant l'avis 2006-AV-08 du Conseil de la concurrence du 14 septembre 2006.

décisions lors d'affaires spécifiques qu'il aurait à trancher dans le cadre de sa mission d'application ex-post du droit de la concurrence¹²⁷.

186. Dans le même ordre d'idées, ni les obligations adoptées par l'ILR, ni les avis du Conseil ne préjugent d'une éventuelle procédure sur base de la loi du 23 octobre 2011, et concernant des comportements éventuellement anti-concurrentiels en relation avec des marchés avisés. Il n'est pas rare qu'une autorité de concurrence arrive à des conclusions divergeant de celles de l'autorité de régulation, qui a dû adopter des décisions de régulation dans un contexte d'incertitude quant à l'évolution future des marchés.
187. En ce qui concerne l'observation que le Conseil aurait émis lors de la consultation publique concernant les obligations envisagées par l'ILR relatives aux marchés 1 et 2 en 2006¹²⁸, celui-ci se situe également dans un cadre prospectif, dépourvu de toute analyse approfondie sur l'évolution du marché engendrée par l'émergence des offres groupées. Par ailleurs, cet avis ne concernait que les marchés sus mentionnés (1 et 2), et le passage cité se situe dans le contexte de l'obligation envisagée par le régulateur relative à l'imposition d'une offre de revente de l'abonnement téléphonique, et ne concernait donc nullement l'éventail des marchés en cause de l'espèce. Ce moyen de l'EPT doit donc être rejeté.
188. Le troisième moyen de l'EPT concerne l'application même d'un test d'éviction qui examine les effets d'éviction éventuels sur le seul marché des services téléphoniques mobiles engendrés par la pratique des rabais de couplage, qui serait inadaptée du moment que tous les services individuels peuvent être fournis par les concurrents et que par conséquent l'offre groupée serait parfaitement répliquable pour tous les concurrents. L'EPT estime que :
- « L'offre INTEGRAL est répliquable par Tango et les autres opérateurs alternatifs. Tango peut en effet offrir des services mobiles sur son propre réseau mobile (ainsi que le service de départ et terminaison d'appels). De plus, il a été démontré ci-dessus que l'offre de revente de l'abonnement était disponible et qu'elle ne constitue pas une facilité essentielle. Enfin, la composante internet de l'offre INTEGRAL est également répliquable sur la base des offre de dégroupage et bitstream de l'EPT (offre RUO, offre RDSLO régulée, offre ORATH ou offre Connect IP/Wholesale LuxDSL).*

La répliquabilité de l'offre INTEGRAL est expressément constatée dans la Communication des griefs, qui écrit que « tous les opérateurs actifs dans le pays sont en mesure de commercialiser tous types d'offres multi-produits ».

¹²⁷ Voir en ce sens l'article 15, §1 de la Directive « cadre » et le point 16 de la Recommandation 2007/879.

¹²⁸ Voir l'avis 2006-AV-08 du Conseil précité.

189. Or, le test effectué repose sur le principe que chaque opérateur doit être capable de concurrencer l'entreprise dominante sur le marché lié (des services de téléphonie mobile). Ceci se fait sans considération de la capacité d'un opérateur alternatif de commercialiser des offres combinées similaires à celles de l'entreprise en position dominante. Le Conseil estime que cette logique est pertinente dans la mesure où la concurrence se fait toujours et majoritairement entre offres groupées et services individuels sous-jacents.¹²⁹

190. Le Conseil se réfère à cet égard aux points 256 à 258 de la communication des griefs, qui anticipent ce moyen de l'EPT :

« 256 (...) »

- *En premier lieu, il est utile de rappeler que l'activité d'origine des deux concurrents principaux de l'EPT a été la téléphonie mobile. Ce n'est que grâce à leur présence sur ce marché que ces deux entreprises ont pu envisager de déployer une activité sur les marchés de la téléphonie fixe et de l'accès à Internet. Les services sur réseaux mobiles étaient la porte d'entrée des opérateurs alternatifs. Alors que les deux entreprises en question ont su acquérir certaines parts de marchés dans la téléphonie mobile et ainsi s'établir comme concurrents de l'EPT, même s'il existe toujours une forte présomption de position dominante dans le chef de l'EPT, tel n'a jamais été le cas dans les autres marchés. Là, leurs activités sont restées marginales comparées à celle de l'EPT (voir à ce sujet les points 74 et suivants), et restent tributaires des offres de gros de l'EPT.*

- *En deuxième lieu, il semble logique de considérer que s'il y a substituabilité entre les offres groupées et les services individuels qui les composent, il doit être possible à tous les opérateurs de concurrencer l'entreprise dominante sur tous les marchés de services individuels, y-inclus les services mobiles, et non seulement sur le plan des offres groupées, et donc indépendamment de la question de savoir si l'offre groupée peut être répliquée ou non dans son intégralité. Autrement, une entreprise désireuse d'entrer sur le marché des services mobiles serait obligée de déployer ses activités également dans les marchés de détail des services téléphoniques en position déterminée et de l'accès à large bande. Ce qui signifierait qu'une importante barrière à l'entrée supplémentaire aurait été érigée.*

- *En troisième lieu, il est rappelé que si les concurrents proposent également des offres groupées similaires à l'offre « INTEGRAL » ne veut pas dire qu'il y a répliquabilité, et certainement pas qu'il y a répliquabilité en tous endroits et envers tous les clients. Par exemple, il peut y avoir répliquabilité dans les parties du territoire national où le dégroupage est économiquement viable, ce qui n'est pas le cas partout. C'est la raison*

¹²⁹ Voir également point 256 de la communication des griefs.

pour laquelle le régulateur exige de l'entreprise dominante sur les marchés de gros la mise sur le marché d'une offre de revente RLO (voir section 8.3.2 et 8.5.3).

- *Or, il n'existait pas d'offre de gros régulé sur le marché de gros d'accès au réseau téléphonique en position déterminée avant l'approbation de la RLO dans le règlement 08/126/ILR du 6 février 2008. L'offre non-régulée de l'EPT avait été refusée à la plaignante (voir section 8.3) et, même après sa parution et son approbation par l'ILR, l'offre régulée ne permettait pas une revente de l'abonnement sur une base rentable (voir points 179-183). Ce qui signifie bien que l'offre groupée n'était pas répliquable par tous les acteurs dans tous les endroits.*

- *Finally, il y a lieu de rappeler la dynamique du marché global des communications électroniques discuté aux points 29-32. Ce marché a évolué d'un marché de services individuels vers un marché d'offres groupées. Il est pour cette raison très plausible qu'au moment de la mise sur le marché des premières offres groupées, y-compris l'offre « INTEGRAL », jusqu'à la prépondérance de ces offres sur le marché, l'approche du couplage en tant que pratique d'éviction soit très valide. Pour rappel, dans la logique de la présente communication, cela est le cas durant les années 2006 et 2007.*

257. Il est en tout cas illogique, comme l'a fait l'entreprise visée, de se référer à la fois à la substituabilité entre offres groupées et services individuels et à la concurrence exclusive entre offre groupées.

Il semble donc bien que ce moyen (point 255) ne se justifie pas dans un contexte de marché où les marchés des services individuels sont des substituts pour l'offre groupée, et où par conséquent il ne doit y avoir éviction sur aucun des marchés individuels des services inclus dans l'offre. »

191. De même, l'EPT critique l'absence d'une comparaison de l'offre INTEGRAL avec les diverses offres des autres opérateurs : *« Or, dans le cadre d'une analyse de la politique de rabais, il eut été nécessaire de procéder à un examen des offres commerciales des concurrents. Une telle analyse aurait montré que Tango ainsi que les autres opérateurs alternatifs, proposent des offres multi-produits à des conditions tarifaires avantageuses. »*
192. Le Conseil constate que l'existence d'offres concurrentes émanant des opérateurs privées n'est pas contestée et se rallie au point 259 de la communication des griefs qui détaille que :

« De même, il est certain que les concurrents de l'entreprise visée ont depuis toujours commercialisé le même type d'offres groupées avec le même type de rabais. Toutefois,

comme ces entreprises ne disposent pas de position dominante, cette pratique ne peut avoir des effets d'éviction et ne peut constituer une infraction dans leur chef. Ce principe élémentaire du droit de la concurrence ne peut être ignoré par l'entreprise visée. »

193. Le Conseil ajoute la réflexion suivante. Lors du lancement de l'offre groupée INTEGRAL par l'EPT, en 2005, cette dernière contrôle, selon les statistiques de l'ILR, 99% des accès résidentiels aux réseaux fixes. Via l'introduction de cette offre groupée, l'EPT propose à l'entière de ses abonnés aux réseaux fixes, c'est-à-dire à près de 200.000 ménages dans le pays, au début à travers des messages publicitaires imprimés sur les factures, des réductions d'une contrevaletur comprise entre 20.52 et 26.09 euros par mois¹³⁰. Tôt ou tard, les utilisateurs visés succombent à l'attractivité de cette offre, et l'ensemble de ces utilisateurs ne font plus partie de la demande disputable.
194. En 2006, le marché luxembourgeois des services téléphoniques sur réseaux mobiles représentait selon les statistiques de l'ILR¹³¹ 713.800 personnes (cartes prépayés, abonnements post payés, cartes Internet). Les utilisateurs des services sur réseaux fixes visés par l'offre INTEGRAL mentionnés au point précédent, au nombre de 200.000, ainsi qu'une bonne partie de leur entourage¹³², ne font plus partie de la demande disputable par les opérateurs alternatifs sur le marché des services de téléphonie mobile. Cette dernière se réduit alors essentiellement aux jeunes, aux travailleurs frontaliers, et aux abonnements professionnels mis à disposition par les entreprises à leurs employés. Le marché des ménages résidentiels est largement cloisonné.
195. Dans l'impossibilité de proposer à cette tranche de clients (les ménages résidentiels) une offre de services téléphoniques mobiles compétitive en présence des rabais de couplage proposés par l'entreprise en position dominante, les opérateurs ne peuvent s'adresser à ces clients et ne peuvent concurrencer l'EPT qu'en proposant des offres groupées impliquant les mêmes services individuels que ceux inclus dans l'offre groupée INTEGRAL. Ce faisant, ces opérateurs doivent alors non seulement persuader les clients potentiels sur le marché des services téléphoniques mobiles, mais, de plus, doivent les convaincre de devenir client pour les services sur réseaux fixes, et, ce faisant, de résilier tous leurs contrats existants sur tous les marchés de détail des communications électroniques auprès de l'EPT, qui, pour rappel, représentent de 99% des abonnements téléphoniques et 72% des abonnements à Internet large bande à cette époque.

¹³⁰ Voir l'annexe 2 à la communication des griefs, p. 114.

¹³¹ Voir le rapport statistique 2006, p.10.

¹³² Voir à ce sujet la décision 2014-E-05 du Conseil de la concurrence, concernant les effets de réseaux créés ou renforcés par la politique de tarification de l'EPT.

196. Il est ainsi évident que, de cette façon, une importante barrière à l'entrée du marché des services téléphoniques mobiles a été érigée par la pratique des rabais de couplage au sein de l'offre INTEGRAL.

Ce constat reste bien entendu vrai indépendamment du fait que les offres groupées des concurrents ont précédé celles de l'EPT.

197. Quant au reproche de l'EPT que « *Votre Conseil a récemment annoncé qu'il entend suivre la « portfolio approach » en prenant expressément pour exemple l'offre INTEGRAL. (...) »*¹³³, il a été montré aux points 174-180 supra que le choix de la méthode du test dépend des caractéristiques du marché. Le Conseil est en effet d'avis que la « portfolio approach » est pertinente pour la période après 2008, lorsque la concurrence a lieu entre offres groupées plutôt qu'entre offres groupées et services individuels. En l'occurrence, l'avis cité portait sur une demande de la part de l'ILR de l'année 2013, donc bien après 2008, et dans des conditions de marché bien différentes de celles de 2006 et 2007. Le Conseil n'est donc pas d'avis qu'il puisse y avoir une quelconque incohérence dans ses positions.

198. Le quatrième moyen de l'EPT concerne l'absence de toute rationalité dans la mise en place du test en ce qu'il est basé sur une définition de marché en deux temps et une segmentation dans le temps des prétendus effets d'éviction :

*« Pour la partie du rabais relative à la période après 2008, la Communication des griefs souligne qu'« économiquement l'offre INTEGRAL semble répliquable ». Or, entre le 31 décembre 2007 et le 2 janvier 2008, de même que plus généralement pendant la période litigieuse, il n'existe aucune différence économique quant à la répliquabilité de l'offre INTEGRAL. La seule différence alléguée a trait à l'absence d'offre de revente de l'abonnement régulée. La Communication des griefs fait totalement fit de ce que la revente de l'abonnement était offerte par l'EPT sous une forme commerciale. A suivre la logique du raisonnement, la responsabilité de l'EPT découlant d'une approche par composante dépend du calendrier d'adoption d'une décision de l'ILR, ce qui ne peut raisonnablement être le cas. (...) »*¹³⁴

199. En ce qui concerne l'offre de revente de l'abonnement téléphonique, le Conseil est d'avis que la présence ou l'absence d'une offre de gros régulée indispensable pour la répliquabilité des offres de détail de l'entreprise en position dominante peut effectivement avoir un impact sur la répliquabilité de ses offres. Dans le cas contraire, l'action du régulateur serait superfétatoire.

¹³³ Point 134 des observations à la communication des griefs, se référant à l'avis du conseil du 28 août 2013 dans le cadre de la consultation de l'ILR relative au test de ciseaux tarifaires dans les marchés 4 et 5.

¹³⁴ Point 135, observations à la communication des griefs.

200. Mais l'adoption du Règlement 08/126/ILR portant approbation de l'offre de référence de la revente de l'abonnement téléphonique RLO de l'EPT par l'ILR n'est pas un élément déterminant pour de la durée d'application du test d'éviction. L'élément déterminant est l'évolution du marché engendrant la substitution des services individuels par les offres groupées, telle que discutée aux points 174 à 180 supra.
201. Finalement, l'EPT note dans ses observations à la communication des griefs que cette dernière ne fait référence à aucune jurisprudence en matière de rabais de couplage spécifique dans le contexte des offres multi-produits en téléphonie.¹³⁵
202. Le Conseil considère que le fait qu'aucune infraction en relation avec les rabais de couplage accordés au sein d'une offre groupée sur le marché de détail n'aurait été décelée n'empêche pas qu'un comportement abusif soit possible dans le cas d'espèce. Par ailleurs, il existe un nombre impressionnant de décisions de la Commission européenne en matière de comportements abusifs en relation avec des pratiques des ciseaux tarifaires mises en œuvre par les opérateurs historiques à travers l'Europe¹³⁶.
203. Au point 141 des observations à la communication des griefs, l'EPT considère que « (...) *encore faudrait-il poursuivre le raisonnement de la Communication des griefs jusqu'à son terme et n'attribuer aux coûts et revenus pris en compte que les ristournes octroyées sur l'abonnement mobile. Ces remises sont en effet les seules à devoir être répliquées par un opérateur mobile pour attirer le client final désireux de souscrire à un abonnement mobile. (...)* ».
204. Cette remarque fait bien entendu fi de la logique même du test du couplage en tant que pratique d'éviction, qui repose justement sur le constat que le concurrent désirant entrer sur le marché des services téléphoniques sur réseaux mobiles est obligé de compenser l'utilisateur potentiel pour l'intégralité des rabais auxquels il renonce en n'optant pas pour l'offre multi-produits de l'entreprise en position dominante. Le Conseil est donc d'avis que la communication des griefs a correctement appliqué le test et que cette critique n'est pas pertinente.

Le Conseil retient la méthode ainsi que les résultats du calcul effectué dans la communication griefs. Bien que l'EPT ait critiqué le choix de cette méthode de calcul (voir supra), le calcul en tant que tel n'a pas été remis en question. Il y a donc lieu de conclure que la pratique des rabais de couplage au sein de l'offre multi-produits INTEGRAL a eu

¹³⁵ Point 125, observations à la communication des griefs.

¹³⁶ Pour en citer quelques-unes, voir les décisions de la Commission COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 – *Deutsche Telekom AG*, COMP/38.784 – *Wanadoo Espana/Telefonica*, COMP/38.233 – *Wanadoo Interactive*, COMP/39.525 – *Telekomunikacja Polska* et COMP/AT.39523 – *Slovak Telecom*.

des effets d'éviction sur le marché des services téléphoniques sur réseaux mobiles pour les années 2006 et 2007.

8. Le test de répliquabilité ou test de ciseaux tarifaires:

205. Le Conseil rejoint l'argumentaire de la communication des griefs que, à partir du moment où la concurrence se fait majoritairement au niveau des offres groupées, il est nécessaire de tester la répliquabilité économique de l'offre groupée par un test de ciseaux tarifaires. Ni le calcul ni les conclusions du test de répliquabilité mis en œuvre dans la communication des griefs ne sont mis en question par l'EPT, qui note que « (...) *Le Conseiller désigné avait pourtant bien agi lorsqu'il a réalisé un second test de couplage sur l'offre INTEGRAL. Ce test montrait l'absence d'effet d'éviction anticoncurrentiel de l'offre INTEGRAL. (...)* »¹³⁷

Le Conseil précise tout de même que le test de ciseaux tarifaires portant sur la répliquabilité économique de l'offre INTEGRAL, dans son ensemble, à l'aide des offres de gros mis sur le marché par l'EPT ne conclut pas à une absence d'éviction, mais qu'il permet simplement de conclure à l'absence d'une pratique de ciseaux tarifaires.

9. Conclusions

206. Le Conseil retient les conclusions suivantes :

- Sur la période de 2006 à 2007, un abus de position dominante a eu lieu dans le chef de l'EPT en ce qui concerne l'offre groupée INTEGRAL. Les rabais de couplage associés à cette offre peuvent être assimilés à une pratique d'éviction par laquelle l'EPT a utilisé sa position dominante sur le marché de détail de la téléphonie sur réseau fixe et le marché de détail d'accès à Internet à large bande afin d'exercer un effet de levier sur le marché des services de téléphonie mobile.
- En raison des caractéristiques de marché, il est nécessaire de suivre une approche composante par composante, par opposition à l'approche « portfolio ». Le test des rabais de couplage en tant que pratique d'éviction montre que l'entreprise en position dominante sur les marchés associés aux réseaux fixes accorde des rabais de couplage tellement importants que les concurrents sur le marché des services téléphoniques sur réseaux mobiles ne sont plus en mesure de fixer leur prix de façon suffisamment bas pour pouvoir compenser les rabais accordés par l'entreprise en position dominante sur les marchés

¹³⁷ Points 147, observations à la communication des griefs.

associés aux réseaux fixes. Le rabais de couplage accordé au sein de l'offre groupée INTEGRAL est une pratique d'exclusion au niveau du marché des services téléphoniques sur réseaux mobiles.

- Pour une deuxième période, à partir de 2008, il est nécessaire de tester la répliquabilité économique de l'offre groupée par un test de ciseaux tarifaires. Le Conseil conclut qu'il n'a pas été montré que l'offre INTEGRAL, dans son ensemble, n'est pas répliquable économiquement et que la concurrence par un opérateur alternatif au niveau des offres groupées est donc vraisemblablement possible. En raison de l'évolution sur le marché, une approche « portfolio » doit être appliquée.

10. Fixation de l'amende

207. Parmi les neuf reproches identifiés dans la plainte, le grief finalement retenu par le Conseil est exclusivement celui lié aux rabais de couplage en tant que pratique d'éviction.

208. L'article 18 de la loi du 17 mai 2004 prévoit que :

- (1) *« Le Conseil peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des amendes, lorsque, intentionnellement ou non, (...) 3) elles commettent une infraction aux dispositions des articles 3 à 5 de la présente loi ou aux articles 81 ou 82 du Traité. »*
- (2) *Les amendes prévues au paragraphe précédent sont proportionnées à la gravité et à la durée des faits retenus, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle répétition de pratiques prohibées par la présente loi.*

Les amendes sont déterminées individuellement pour chaque entreprise sanctionnée et de façon motivée pour chaque amende.

Le montant maximum de l'amende prononcé sur base des paragraphes précédents est de 10 pour cent du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en oeuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante. »

209. Pour le montant de l'amende, il appartient au Conseil de se référer à la pratique communautaire en la matière dont notamment les « *lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no 1/2003.*
210. L'amende se compose, selon les lignes directrices de la Commission européenne, d'un montant de base, calculé à partir de la valeur des ventes des biens ou services en relation directe ou indirecte avec l'infraction en question, durant la dernière année complète de l'infraction et dans le secteur géographique concerné.¹³⁸ Dans une première phase, la valeur des ventes est proportionnée par un facteur de gravité qui peut atteindre au maximum 30%. Le coefficient appliqué devra normalement tenir compte de « (...) *facteurs, tels que la nature de l'infraction, la part de marché cumulée de toutes les parties concernées, l'étendue géographique de l'infraction, et la mise en œuvre ou non de l'infraction.* »¹³⁹

Afin de calculer le montant de base, et pour tenir compte de la durée de l'infraction, la valeur des ventes ainsi déterminée est multipliée par le nombre d'années pendant lesquelles l'infraction a été commise. Le montant de base est ensuite ajusté compte tenu d'éventuels facteurs atténuants ou aggravants.¹⁴⁰

211. Le grief retenu par le Conseil relatif aux rabais de couplage en tant que pratique d'éviction concerne entre autres le marché de détail de l'accès au réseau téléphonique, c'est-à-dire l'abonnement téléphonique.

La valeur des ventes correspond au chiffre d'affaires réalisé par l'EPT dans le marché de l'abonnement téléphonique en 2007, soit [REDACTED] millions d'euros.

212. Alors que le Conseil ne retient qu'un seul marché lié à l'abus constaté, il est à noter que la Commission a tendance à sanctionner de façon beaucoup plus sévère le présent cas de figure consistant à commettre un abus sur un marché déterminé et provoquant un effet d'éviction sur un deuxième marché. Comme le fait remarquer à bon escient le conseiller désigné, la Commission a décidé, dans une affaire similaire, à savoir l'affaire *Telekomunikacja Polska*, de prendre en compte la valeur des ventes pour les deux marchés: « *The present case concerns an infringement in the form of a refusal to supply where the abuse took place in one market (wholesale) with the objective to protect sales in a second market (retail). Therefore, the Commission considers that both TP's wholesale and retail sales are directly related to the infringement. At the very least, the retail sales are*

¹³⁸ Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n o 1/2003, (2006/C 201/02), point 22.

¹³⁹ Ibid., point 13.

¹⁴⁰ Ibid., points 27 à 29.

indirectly related to the infringement. In accordance with the Guidelines on fines, the Commission takes into account for the calculation of the fine both the value of wholesale and retail sales of TP in Poland. »¹⁴¹

213. Comme antérieurement dégagé, le montant de base d'une amende correspond à une somme comprise entre 0 % et 30 % de la valeur des ventes concernées d'une entreprise, suivant le degré de gravité de l'infraction, multipliée par le nombre d'années de participation à l'infraction.

À cet égard, il ressort d'une jurisprudence constante que la gravité des infractions doit être établie en fonction d'un grand nombre d'éléments, tels que les circonstances particulières de l'affaire, son contexte et la portée dissuasive des amendes, et ce sans qu'ait été établie une liste contraignante ou exhaustive de critères devant obligatoirement être pris en compte¹⁴².

Au vu de la nature de l'infraction, et de la mise en œuvre effective de l'infraction, il y a lieu de fixer un taux à 5% qui se situe toujours dans la partie inférieure de la fourchette prévue dans les lignes directrices précitées. »¹⁴³. Tout comme la pratique communautaire, l'article 18 met en œuvre deux critères principaux que sont la gravité et la durée. L'amende est alors ajustée en fonction de circonstances tenant:

- 1) à l'importance du dommage cause à l'économie (facteur abandonné dans la loi du 23 octobre 2011)
- 2) à la situation de l'entreprise et
- 3) à la récidive.

Dans l'appréciation de la gravité de l'infraction fixée à 5% de la valeur des ventes, le Conseil tient déjà compte des critères prévus par la loi que sont la situation de l'entreprise et l'importance du dommage causé à l'économie. Doivent être relevées à cet égard les parts de marchés extrêmement élevés de l'entreprise en cause, l'importance du secteur pour l'économie luxembourgeoise et l'étendue géographique du comportement anti concurrentiel qui concerne l'entièreté du territoire national.

214. Si l'offre groupée « *INTEGRAL* », au centre de la présente procédure, a été lancée fin 2005 et que l'infraction retenue a pris fin début 2008 au plus tard, la durée de l'infraction peut être fixée à deux années complètes, à savoir les années 2006 et 2007.

¹⁴¹ Décision de la Commission du 22 juin 2011, *Telekomunikacja Polska*, affaire COMP/39.525, point 985, pas de version française disponible.

¹⁴² Voir en ce sens l'arrêt du Tribunal du 14 mai 2014, T-406/09 *Donau Chemie/Commission*, non encore publié au Recueil, point 69 et la jurisprudence citée.

¹⁴³ Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003, précitées, p. 2 – 5.

En prenant en compte tous ces aspects, le montant de base se calcule de la façon suivante :
[Valeur des ventes (50.400.000)] x [gravité (5%)] x [durée (2 ans)], soit **5.040.000 euros**.

En l'absence de facteurs aggravants, il convient d'adapter ce montant de base par un taux de réduction de **50%** en prenant en considération :

- que le régulateur a approuvé l'offre de référence pour la revente de l'abonnement,
- les effets pro-concurrentiels, en termes de bénéfices pour le consommateur, des rabais de couplage associés à l'offre groupée « *INTEGRAL* »,
- la très bonne coopération de l'entreprise visée avec le conseiller désigné.
- la longueur de la procédure.

S'agissant de la longueur de la procédure, le Conseil, pour répondre aux moyens soulevés par l'EPT dans ses observations en réponse à la communication des griefs sous V. 3. , pages 134-137, se doit de noter qu'il résulte certes d'une jurisprudence constante que l'observation d'un délai raisonnable dans la conduite des procédures administratives en matière de politique de la concurrence constitue un principe général du droit de l'Union, dont le juge assure le respect¹⁴⁴.

La violation de ce principe ne justifie cependant l'annulation d'une décision prise à l'issue d'une procédure administrative en matière de concurrence qu'en tant qu'elle emporte également une violation des droits de la défense de l'entreprise concernée. En revanche, lorsqu'il n'est pas établi que l'écoulement excessif du temps a affecté la capacité des entreprises concernées à se défendre effectivement, le non-respect du principe du délai raisonnable est sans incidence sur la validité de la procédure administrative¹⁴⁵. Or, l'EPT n'a pas démontré que l'exercice de ses droits de la défense ait pu être affecté en raison d'une durée excessive de la procédure administrative, à supposer cette irrégularité établie de sorte qu'aucune méconnaissance des droits de la défense n'est donc établie¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Voir l'arrêt de la Cour du 21 septembre 2006, C-105/04P, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commission*, Rec. p. I-8725, point 35, et la jurisprudence citée.

¹⁴⁵ Voir l'arrêt *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commission*, précité, points 42, 43, 60 et 61, ainsi que celui du Tribunal du 14 avril 2011, T-461/07, *Visa Europe et Visa International Service/Commission*, Rec. p. II-1729, point 232.

¹⁴⁶ Voir en ce sens l'arrêt du Tribunal du 16 septembre 2013, T-495/07, *PROAS/Commission*, non encore publié au Recueil, point 375.

Conformément à l'arrêt du Tribunal du 16 juin 2011 dans l'affaire *Bavaria/Commission*¹⁴⁷, « *une irrégularité de procédure, même si elle n'est pas susceptible d'aboutir à l'annulation de la décision, peut justifier une réduction de l'amende (...).* »

*Le dépassement du délai raisonnable est susceptible de fonder la décision de la Commission de réduire en équité le montant d'une amende, la possibilité d'accorder une telle réduction s'inscrivant dans le cadre de l'exercice de ses prérogatives*¹⁴⁸. *En l'espèce, la Commission a décidé d'accorder à la requérante une réduction de l'amende au titre de la durée « déraisonnable » de la procédure administrative (considérants 498 et 499 de la décision attaquée). »*

Cette décision a été confirmée par la Cour de justice dans les termes suivants¹⁴⁹:

« Quant à la durée de la procédure administrative en matière de politique de la concurrence, il résulte d'une jurisprudence constante que l'observation d'un délai raisonnable dans la conduite de ladite procédure constitue un principe général du droit de l'Union, dont les juridictions de l'Union assurent le respect.

78 S'agissant de l'incidence de la procédure administrative au regard de la situation de Bavaria, il y a lieu de souligner le fait que le dépassement du délai raisonnable, constaté par le Tribunal au point 324 de l'arrêt attaqué, a été dûment pris en compte par ce dernier.

79 Par la suite, le Tribunal a examiné, aux points 325 à 335 de l'arrêt attaqué, l'incidence de cette circonstance sur la légalité de la décision litigieuse. Il a conclu, au point 336 de l'arrêt attaqué, que le dépassement du délai raisonnable n'était pas de nature à affecter la légalité de ladite décision.

80 En revanche, le Tribunal, dans le cadre de l'exercice de son pouvoir de pleine juridiction, a accordé, au point 343 de l'arrêt attaqué, une satisfaction équitable en raison de la durée excessive de la procédure, à savoir une réduction de 5 % du montant de l'amende.

81 Dans ces conditions, Bavaria ne saurait se prévaloir de la même circonstance afin de mettre en cause la fixation du montant de base de l'amende. »

Le même arrêt du Tribunal, encore confirmé sous cet aspect, fait une distinction entre le délai qui s'écoule entre la signification à la requérante de la décision d'inspection jusqu'à la communication des griefs et celui qui s'écoule entre la communication des griefs et la

¹⁴⁷ Voir, en ce sens, arrêts *Baustahlgewebe/Commission*, point 38 supra, points 26 à 48, et *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied et Technische Unie/Commission*, point 322 supra, points 436 à 438).

¹⁴⁸ Voir, en ce sens, arrêt *Technische Unie/Commission*, point 316 supra, point 202 à 204.

¹⁴⁹ Voir arrêt de la Cour du 19 décembre 2012, *Bavaria/Commission*, C-445/11 P, EU:C:2012:828.

décision finale¹⁵⁰. L'arrêt retient qu'un délai de 65 mois jusqu'à la communication des griefs était excessif compte tenu des actes d'instruction diligentés et que le second délai jusqu'à la décision finale de 20 mois était également excessif en l'absence d'une justification de la part de la Commission.

Dans le cas d'espèce, le premier délai qui court de la notification de la première demande de renseignements le 11 août 2006 à la communication des griefs du 17 janvier 2014, soit au total 89 mois est excessif. En revanche, le second délai couvrant la période de la communication des griefs du 17 janvier 2014 à l'adoption finale de la décision le 10 novembre 2014, soit un peu moins de 10 mois, n'est pas excessive compte tenu notamment des délais légaux que le Conseil doit observer.

S'agissant de la prétendue violation de la confiance légitime, il y a lieu de préciser que ce moyen est invoqué à propos du grief relatif aux ciseaux tarifaires, lequel n'a pas été retenu par le Conseil¹⁵¹.

215. Enfin, il est à préciser que le montant final de l'amende fixée de 2.520.000 euros est inférieur aux 10% du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre tels que fixés par l'article 18 (2) in fine de la loi du 17 mai 2004.

¹⁵⁰ Voir, en ce sens, arrêts du 15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commission*, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à C-252/99 P et C-254/99 P, Rec. p. I-8375, points 167 à 171, ainsi que du 21 septembre 2006, *Technische Unie/Commission*, C-113/04 P, Rec. p. I-8831, points 40 et 320-323.

¹⁵¹ Il n'en demeure pas moins que le Conseil a déjà à plusieurs reprises eu l'occasion de préciser que les décisions de l'ILR qui reposent sur des analyses prospectives du marché ne s'imposent pas au Conseil dans l'application des articles 5 de la loi du 17 mai 2004 et de la loi du 23 octobre 2011 ainsi que de l'article 82 CE devenu l'article 102 TFUE.

adopte la décision suivante :

Article 1^{er} :

En pratiquant des rabais de couplage dans leur offre « INTERGAL », l'EPT a violé l'article 82 CE (devenu l'article 102 TFUE), subsidiairement l'article 5 de la loi du 17 mai 2004 et l'article 5 de la loi du 23 octobre 2011. L'infraction s'étend sur la période allant de fin 2005 à début 2008.

Article 2 :

Pour l'infraction visée à l'article 1^{er}, le Conseil impose une amende de 2.520.000 euros à l'EPT.

Ainsi délibéré et décidé unanimement à Luxembourg, le 13 novembre 2014.



Pierre Rauchs
Président



Marc Feyereisen
Conseiller



Mattia Melloni
Conseiller

Indication sur les voies de recours

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

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.

11. Annexes

Annexe 1 – Test d'éviction des rabais de couplage en tant que pratique d'éviction

Introduction

Ce test se base, en ce qui concerne tant la méthodologie que les données chiffrées, en substance sur deux documents :

- le document « Calcul de la marge bénéficiaire du produit Integral » transmis par l'EPT au Conseil en réponse à la demande de renseignements du 29 octobre 2013. Ce calcul a été effectué par le bureau de consultance OVUM pour le compte de l'EPT sur base des données et tarifs du 1^{er} semestre 2006. Toutes les données volumétriques – concernant les consommations – et tarifaires ont été repris dans ce document ;
- le document « Méthodologie de calcul de la marge bénéficiaire du produit Integral » transmis par l'EPT à l'ancienne Inspection de la concurrence en réponse à la question 13 de la demande de renseignements du 11 août 2006 pour les explications méthodologiques.

Le test a été effectué en deux versions :

- la version 1 vérifie et recrée les calculs entrepris par le bureau OVUM pour l'EPT, en n'effectuant que des changements méthodologiques mineurs, et arrive essentiellement aux mêmes résultats que les calculs originaux ;
- la version 2 procède à certains changements méthodologiques nécessaires, selon l'avis du soussigné, pour arriver d'un calcul de marge bénéficiaire à un test d'éviction basé sur la notion du concurrent aussi efficient.

Tous les prix ont été vérifiés à l'aide de la liste des prix des télécommunications de l'EPT de mai 2006 et de la réponse de l'EPT aux questions 3 et 7 de la demande de renseignements du 11 août 2006. Tous les coûts ont été vérifiés à l'aide des offres de référence de l'EPT.

Tous les revenus et tous les coûts ont fait l'objet, si nécessaire, d'une distinction entre « heures pleines » et « heures creuses ». Tous les prix et coûts s'entendent hors TVA (« htva ») et ont été appliqués durant la totalité de l'année 2006.

Test des rabais de couplage en tant que pratique d'éviction - version 1

i. Calcul des revenus générés par un client de l'EPT en téléphonie mobile

Les revenus générés par un client sont évidemment très variables, car ils dépendent de sa « consommation » individuelle, c'est-à-dire le nombre et la longueur des appels générés, appels reçus, messages textes, messages « MMS », téléchargement de données. Idéalement, le test devrait être appliqué individuellement pour chaque client de l'EPT. Comme cela n'est pas praticable, il convient d'appliquer le test à un nombre suffisamment élevé de clients-type, qui sont définis pour la fin du test par des profils de clients. Ces profils doivent refléter une panoplie représentative des clients en services de téléphonie mobile de l'EPT.

Le calcul original de la marge bénéficiaire effectué pour le compte de l'EPT n'a été fait que pour un seul profil moyen supposé représenter le comportement moyen des 90% des clients « Integral » qui avaient souscrit un abonnement mobile « Light ». L'approche adoptée ici est de faire les calculs pour un nombre élevé de profils représentatifs des comportements de consommation des clients de l'EPT.

Il suffit en principe qu'il y ait absence de ciseaux tarifaires pour le client moyen, c'est-à-dire pour un seul type de profil. Il est néanmoins instructif de savoir s'il existe des profils représentatifs de clients qui ne peuvent être servis de façon rentable par un concurrent sur le marché des services de téléphonie mobile.

Le profil du client ne dépend non seulement de ses habitudes de consommation, mais également du type d'abonnement de téléphonie mobile auquel le client a souscrit. Les différents types d'abonnement donnent lieu à des tarifs différents au niveau du coût mensuel de l'abonnement, des communications et des divers autres services. Les offres de l'EPT au moment du lancement d'« Integral » s'appelaient « Light », « Cool » et « Zen ». Selon l'EPT, 90% des clients « Integral » ont souscrit un abonnement « Light »¹⁵². C'est la raison pour laquelle l'application du test doit porter une attention particulière sur les clients du type « Light ».

¹⁵² Demande de renseignements du 11 août 2006, réponse à la question 13, page 4.

Le profil du client-type sous-jacent au calcul de la marge bénéficiaire est le suivant :

Consommation moyenne des clients en téléphonie mobile pour l'année 2006, en minutes par mois ou en pourcentage de la consommation totale

Consommation totale	En %	En minutes	En %	En minutes
	Heures pleines		Heures creuses	
	52%	32,18	48%	30,11
Appels vers numéro fixe	■	■	■	■
Appels internationaux	■	■	■	■
Appels vers LuxGSM	■	■	■	■
Appels vers Tango	■	■	■	■
Appels vers Vox	■	■	■	■
Roaming Plus	■	■	■	■
Roaming Moc	■	■	■	■
SMS		■		■
MMS		■		■
25% discount on favourite number LUXGSM		/		/
25% discount on favourite number SMS		/		/
Connexion GPRS (par kb)		■		■
Appels reçus EPT	■	■	■	■
Appels reçus LUXGSM	■	■	■	■
Appels reçus autres réseaux mobiles	■	■	■	■
Appels reçus international	■	■	■	■
Roaming in	■	■	■	■

A partir de ce profil de base, le profil 1 dans le tableau de synthèse, les simulations du test font varier les différents paramètres du comportement de ce client-type en différentes directions, afin d'obtenir une panoplie représentative des clients des services de télécommunications mobiles à Luxembourg.

ii. Calcul des coûts générés par ce client pour l'EPT

Toutes les consommations d'un usager qui génèrent un revenu dans le chef de son opérateur génèrent en principe également un coût à assumer par cette entreprise afin d'être en mesure de fournir le service en question.

Le calcul de la marge bénéficiaire prend en compte, selon l'EPT, « les coûts en gros relatifs aux différentes offres de gros de l'EPT », à savoir :

- les coûts d'interconnexion d'appels mobiles vers EPT fixe : coût MVNO¹⁵³ pour l'origine de l'appel et coût suivant RIO (Reference Interconnection Offer, offre de référence de l'EPT) pour la terminaison d'appel ;
- les coûts d'interconnexion des appels on-net (vers LUXGSM): tarif MVNO de départ et de terminaison d'appel ;
- les coûts d'interconnexion des appels off-net (vers Vox et Tango) : coûts MVNO de départ d'appel et coûts de terminaison tels que définis par l'ILR dans la décision 06/92/ILR du 2 mai 2006 ;
- les coûts d'interconnexion des appels internationaux : coûts MVNO de départ d'appel et coûts de terminaison international - moyenne pondérée des 15 destinations les plus populaires qui représentent plus de 82% de l'ensemble des appels mobiles vers l'étranger, et des appels terminés dans un réseau fixe et appels terminés dans un réseau mobile ;
- Coûts liés aux SMS (coûts MVNO) ;
- Les coûts du roaming international: frais payés par l'EPT aux opérateurs mobiles étrangers, y inclus les coûts de clearing.

Le calcul diffère du calcul original de l'EPT sur les points suivants:

- les tarifs de terminaison pris en compte sont les moyennes des tarifs sur S1 2006 et S2 2006;
- les tarifs de terminaison (appels entrants) appliqués sont identiques pour les appels en provenance des opérateurs nationaux et internationaux.

iii. Calcul de la valeur totale des rabais accordés sur tous les marchés dans le cadre de l'offre « Integral »

Les rabais accordés dans le cadre de l'offre « Integral » sont multiples. Leur valeur totale doit être calculée. Les éléments suivants, correspondant aux avantages initialement inclus dans l'offre « Integral », ont été retenus pour le calcul de la valeur totale des rabais (voir aussi point 135)¹⁵⁴ :

¹⁵³ Mobile Virtual Network Operator ; opérateur proposant des services de téléphonie mobile sans disposer de réseau propre, mais ayant recours au réseau d'un autre opérateur.

Sur les services de téléphonie fixe (services téléphoniques en position déterminée):

- gratuité de tous les appels d'une ligne fixe EPT vers un numéro fixe EPT ou LuxGSM en semaine entre 19h et 8h, le week-end et les jours fériés pendant toute la journée (heures creuses ; forfait « Soirs et Weekends »);
- remise de 30% en semaine entre 8h et 19h sur les trois numéros fixe EPT les plus appelés (forfait « Light Full »);
- remise de 30% en semaine entre 8h et 19h sur les trois numéros internationaux fixe ou mobile les plus appelés (forfait « Light Full »);

Sur les services d'accès Internet à large bande :

- réduction du prix de l'abonnement mensuel (incluant les services d'accès à Internet « Speedsurf » et la connexion physique au réseau « LuxDSL ») de 3, 6,90 ou 12,60 € en fonction de l'abonnement « LuxDSL » et « Speedsurf » choisi (« Start/Junior », « Run » ou « Express ») ;
- volume de téléchargement mensuel illimité (au lieu de téléchargements limités à 2 GB ou 15 GB pour un abonnement standard en-dehors de l'offre groupée);

Sur les services de téléphonie mobile ;

- forfait illimité gratuit pour tous les appels vers tous les numéros LuxGSM (appels on-net) de 20 à 8 heures (forfait « Off-peak Mobile »).

A première vue, la valeur du rabais dépend étroitement de la consommation et sera différente pour chaque client. Un client faisant beaucoup d'appels « heures creuses » tire un bénéfice plus important de la gratuité de ces appels qu'un client qui n'en effectue pas beaucoup. Mais cette réflexion est erronée dans la mesure où cette valeur subjective – le prix qu'un utilisateur est prêt à payer en fonction de ses besoins particuliers et spécifiques – peut être remplacée par une valeur objective qui est le prix qui existe sur le marché.

En effet, l'EPT commercialise les rabais consentis aux clients « Integral » également comme forfait mensuel (forfait « soirs et weekends » et forfait « light full »).

On peut objecter que cette approche gonfle excessivement la valeur des rabais, puisque très peu de clients vont consommer les différents services de façon à épuiser le forfait, c'est-à-dire de façon à générer, dans le chef de l'opérateur, des coûts effectivement équivalents ou supérieurs au prix de marché du forfait. Mais cette objection revient à affirmer que les prix demandés par l'EPT pour ces forfaits seraient, en moyenne, trop élevés. Par ailleurs, plus fondamentalement, la valeur d'un produit ou d'un service ne dépend pas de l'utilisation que l'acheteur en fait.

¹⁵⁴ Voir liste des avantages « INTEGRAL », question 3 de la demande de renseignements du 11 août 2006.

La valeur du forfait de téléchargement mensuel illimité de données via l'Internet a été calculée de la façon suivante. L'EPT distingue au niveau de ses services Internet la connexion physique au réseau DSL (LuxDSL) et l'abonnement Internet (Speedsurf). Selon la liste des prix des services de télécommunication de mai 2006, les différentes variantes disponibles des deux types d'abonnements, leurs caractéristiques techniques et leurs prix se résument comme suit :

Accès physique au réseau DSL		Abonnement Internet	
Accès LuxDSL Start 1 mbps	20,87 €	Speedsurf Junior (téléchargement 2GB compris)	4,35 €
Accès LuxDSL Run 2 mbps	30,87 €	Speedsurf Run (téléchargement 15GB compris)	10,00 €
Accès LuxDSL Express 3 mbps	50,43 €	Speedsurf Express (téléchargement illimité)	18,26 €

Prix htva.

Il apparaît que l'EPT considère que pour avoir droit à un téléchargement illimité, en dehors de l'offre groupée « Integral », il faut simultanément souscrire un abonnement au réseau physique donnant droit à un débit de 3 mbps et souscrire à la formule d'abonnement à Internet (Speedsurf) correspondante.

Il est alors logique de faire l'hypothèse que l'abonnement au réseau DSL couvre uniquement l'accès physique au réseau, alors que l'abonnement Internet concerne la consultation, c'est-à-dire le téléchargement de contenus. Dans ce cas, la valeur à attribuer au forfait mensuel de téléchargement illimité pour un client des offres LuxDSL Start et Speedsurf Junior correspond pour le moins à la différence entre le prix des abonnements Speedsurf Express (à téléchargement illimité) et Speedsurf Junior, à savoir :

$$(18,26-4,35)=13,91 \text{ € htva.}$$

Dans la même logique, la valeur de ce forfait pour un client Speedsurf Run est de: $(18,26-10)=8,26 \text{ €}$.

La valeur du téléchargement illimité pour les clients des abonnements « Express » est nulle, puisque cet abonnement inclut déjà le téléchargement illimité.

Il doit être noté que cette méthode de calcul de la valeur du rabais est extrêmement conservatrice, puisqu'elle ne tient pas compte du fait que l'EPT exige, pour pouvoir acquérir un forfait illimité en dehors de l'offre « Integral », que le client prend un abonnement LuxDSL Express à 50.43 € (htva).

De cette façon, comme le montre le tableau ci-dessous, la valeur totale du rabais ne dépend que des abonnements Internet, mais pas des autres habitudes de consommation de l'utilisateur :

Calcul de la valeur totale des rabais

Rabais "Integral"	Valeur du rabais/forfait hors Integral
Gratuité de tous les appels d'une ligne fixe EPT vers un numéro fixe EPT (heures creuses) Gratuité de tous les appels d'une ligne fixe EPT vers un numéro LuxGSM (h.c.) (Forfait Soirs et Weekends)	-7,83 €
Réduction de 30% sur les trois numéros fixe EPT les plus appelés (heures pleines) (Forfait Light Full) (3) Réduction 30% sur les trois numéros internationaux fixes ou mobiles les plus appelés (heures pleines)	-1,74 €
Gratuité des appels mobiles on-net LuxGSM heures creuses (Forfait LuxGSM 20 à 8) – ce rabais est déjà inclus dans le calcul des coûts et ne doit plus figurer dans le calcul de la valeur totale des rabais ;	(-2,61 €)
Réductions sur abonnement Junior (1GB)	
Services d'accès à Internet et connexion physique au réseau	-2,61 €
Volume de téléchargement illimité	-13,91 €
Réductions sur abonnement Run (2GB)	
Services d'accès à Internet et connexion physique au réseau	-6,00 €
Volume de téléchargement illimité	-8,26 €
Réductions sur abo. Express (3 GB)	
Services d'accès à Internet et connexion physique au réseau	-10,96 €
Volume de téléchargement illimité	0 €
Valeur totale du rabais	
Avec abonnement Speedsurf Junior (téléchargement 2GB compris)	-26,09 €
Avec abonnement Speedsurf Run (15 GB compris)	-23,83 €
Avec abonnement Speedsurf Express (25 GB compris)	-20,52 €

iv. Calcul de la marge « nette » obtenue en retranchant des revenus générés les coûts générés et la valeur totale des rabais [(i)-(ii)-(iii)]

Le calcul de la marge (i)-(ii)-(iii) a été fait pour un grand nombre de profils de clients. Les détails du calcul et les résultats pour dix profils de clients différents sont repris dans le tableau de synthèse infra:

- Le profil 1 correspond au client moyen retenu dans le calcul original de l'EPT ;
- le profil 2 correspond à un client de l'abonnement Cool, à consommation plus élevée ;
- le profil 3 correspond à un client de l'abonnement Zen, à consommation plus élevée ;
- les profils 4 à 7 correspondent à un client Light, à différents profils de consommation ;
- les profils 8 à 10 correspondent à des clients au profil tel que décrit dans le rapport statistique de l'ILR de l'année 2006¹⁵⁵.

Il en ressort que tous les profils sont rentables après déduction des coûts mais avant déduction des rabais; cette « marge brute » (i)-(ii) est toujours positive.

Par contre, la marge après déduction de tous les rabais est largement négative sauf pour les clients à consommation intense, dont les revenus qu'ils génèrent pour l'EPT sont supérieurs à 40 euros par mois. Or, l'EPT calcule un revenu total par client (Average Revenu per User, ARPU) de ■■■■ € pour l'année 2006.¹⁵⁶

Test des rabais de couplage en tant que pratique d'éviction - version 2

Le conseiller soussigné est d'avis que le « Calcul de la marge bénéficiaire du produit Integral » est valide en tant que tel, c'est-à-dire en tant que calcul d'une marge. Mais ce calcul ne peut pas encore être considéré comme test d'éviction, c'est-à-dire, en substance, de ciseaux tarifaires.

Pour rappel, il y a ciseaux tarifaires lorsque la marge entre les prix de détail (en aval) qu'applique une entreprise intégrée verticalement, qui dispose de ce fait des infrastructures ou des ingrédients nécessaires à la production des produits ou services de détail, et les prix de gros (en amont) que facture l'entreprise intégrée à des concurrents qui ne sont que présents sur le marché de détail, est insuffisante pour permettre l'exercice d'une activité rentable en aval :

« 117. Lorsqu'un opérateur occupe une position dominante sur un marché de produits ou de services, l'amenuisement des marges bénéficiaires par une compression des prix constituerait un abus. La preuve d'une telle pratique pourrait être faite en démontrant que

¹⁵⁵ Rapport statistique des télécommunications au Luxembourg pour l'année 2006, pp. 6 et 9.

¹⁵⁶ Demande de renseignements du 29 octobre 2013, « Calcul de la marge bénéficiaire du package INTEGRAL ».

l'entreprise ne pourrait exercer des activités rentables en aval, en se fondant sur le prix que sa branche en amont applique à ses concurrents. (...) »¹⁵⁷

Soit dit au passage qu'il ne faut pas seulement constater un « amenuisement », mais plutôt une suppression des marges pour qu'il puisse y avoir abus de ciseaux tarifaires. En l'espèce, les prix de gros appliqués « en amont » par l'EPT à ses concurrents sont les prix de terminaison mobile tels que fixés par la décision ILR/06/92. Comme cette décision stipule que les prix de la terminaison mobile doivent refléter les coûts de l'entreprise qui les appliquent, le test basé sur ces coûts répond à la qualification d'un test du concurrent aussi efficace.

La décision ILR/06/92 rappelle également le principe de la non-discrimination¹⁵⁸, principe qui établit que les opérateurs doivent se facturer à eux-mêmes les tarifs de terminaison identiques à ceux facturés aux concurrents. Ainsi le calcul de l'EPT, qui applique à l'EPT (respectivement LUXGSM) des tarifs de terminaison inférieurs à ceux appliqués aux opérateurs alternatifs, n'est pas conforme aux obligations imposées par l'ILR. C'est pourquoi il est nécessaire d'appliquer les frais de terminaison régulés par l'ILR pour le calcul des coûts de terminaison de tous les appels sortants vers tous les récipients mobiles nationaux. Bien entendu, les *revenus* de terminaison doivent également être appliqués à tous les appels entrants, indépendamment de leur provenance. Tout se passe comme si LUXGSM était cliente chez elle-même pour la fourniture de ces services de gros, aux mêmes conditions qu'aux autres concurrents.¹⁵⁹

Par contre, les frais de départ d'appels ne sont facturés qu'aux opérateurs mobiles « virtuels » (MVNO), qui ne disposent pas de réseau de téléphonie mobile. Comme en l'espèce les opérateurs concurrents de l'EPT ne facturent pas de frais de départ d'appel du tout, ces coûts ne correspondent à aucune réalité économique.

Il convient également d'estimer les coûts de gros pour la terminaison de messages multimédia (MMS) et la connexion mobile à l'Internet, qui ne figurent pas dans le calcul OVUM original.

Les différences par rapport au calcul original sont alors les suivantes :

- les frais de départ ne sont pas repris en tant que coûts de gros ;
- les tarifs de terminaison sont les moyennes des tarifs sur S1 2006 et S2 2006;
- les tarifs de terminaison (appels entrants) appliqués sont identiques pour tous les appels entrants, conformément à la décision 06/92/ILR ;

¹⁵⁷ Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications - Journal officiel n° C 265 du 22/08/1998 p. 0002 – 0028, pt. 117.

¹⁵⁸ Article 4 : (...) *Les opérateurs puissants sur le marché ont l'obligation:*

a) d'appliquer des prix de gros identiques aux prix de transfert interne et identiques aux prix de gros proposés à d'autres partenaires; (...), décision ILR/06/92 du 2 mai 2006.

¹⁵⁹ L'approche du concurrent aussi efficace est bien ancrée en doctrine et en jurisprudence.

- les frais de terminaison sont repris:
 - comme revenus pour tous les appels entrants ;
 - comme coûts pour tous les appels entrants et tous les appels sortants ;
- des envois de MMS et des connexions à Internet, non-prévus dans le calcul original, ont été ajoutés à certains profils, tant pour les revenus que pour les coûts.

Pour le reste, la méthode de calcul correspond toujours à celle de l'EPT telle qu'expliquée dans le document « Méthodologie de calcul de la marge bénéficiaire du produit Integral ».

Le tableau de synthèse reprend le résultat des tests pour les deux versions (version EPT et version test d'éviction / ciseaux tarifaires). Il en ressort que tous les profils sont encore rentables après déduction des coûts mais avant déduction des rabais; cette « marge brute » (i)-(ii) est toujours positive.

Par contre, la marge après déduction des rabais est largement négative sauf pour les clients à consommation intense, dont les revenus qu'ils génèrent pour l'EPT sont supérieurs à 40 euros par mois (version 1), respectivement 50 euros par mois (version 2). Or, l'EPT calcule un revenu total par client (Average Revenu per User, ARPU) de [REDACTED] € pour l'année 2006.¹⁶⁰

Selon les rapports statistiques de l'ILR 2011 et 2012, le revenu moyen par client se situe de façon très constante en-dessous de 30 euros sur la période 2005-2011, revenus de détail et de gros confondus. Ce n'est que pour l'année 2012 que ce revenu moyen dépasse 30 € et atteint 31.85 €.

Il y a donc lieu de conclure que l'entreprise en position dominante sur le marché A (services liés aux réseaux fixes) accorde des rabais de couplage tellement importants que les concurrents sur le marché B (services téléphoniques sur réseaux mobiles) ne sont plus en mesure de la concurrencer sur ce marché. Il leur est impossible de fixer le prix de leur produit B suffisamment bas pour pouvoir compenser les rabais accordés, sur d'autres marchés, par l'entreprise en position dominante sur le marché A. Le test des rabais de couplage en tant que pratique d'éviction conclut à l'existence de ciseaux tarifaires pour la grande majorité de profils de clients, y compris le profil 1, c'est-à-dire le profil-type de base représentant le client moyen de l'EPT.

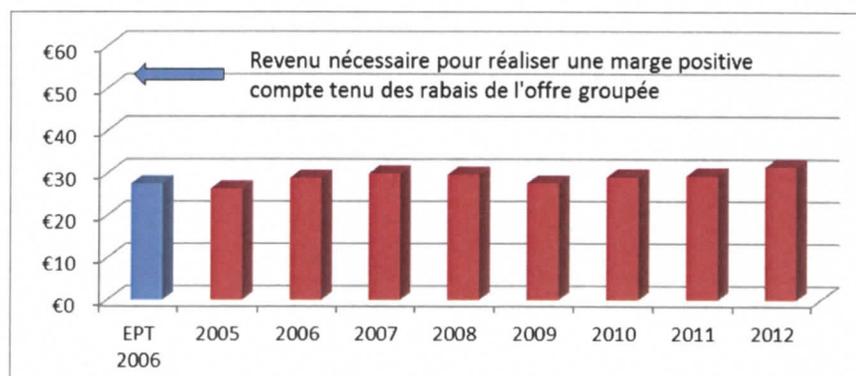
¹⁶⁰ Demande de renseignements du 29 octobre 2013, « Calcul de la marge bénéficiaire du produit INTEGRAL ».

Tableau de synthèse

Profil	Profil 1 Light	Profil 2 Cool	Profil 3 Zen	Profil 4 Light	Profil 5 Light	Profil 6 Light	Profil 6 Light	Profil 8 Light	Profil 9 Light	Profil 10 Light
Explication Profil	Profil EPT 60 min	Profil EPT Cool	Profil EPT Zen	Profil EPT 90	Profil EPT 120 sans R MOC	Profil EPT 120 avec R MOC	Profil EPT 120 avec data	Profil ILR 50% hp	Profil ILR 25% hp	Profil ILR 75% hp
Version 1 (EPT)										
Total des revenus - ARPU										
Total des coûts - ACPU										
Marge brute (revenus -coûts)	7,46 €	11,78 €	25,00 €	11,67 €	16,55 €	25,36 €	41,27 €	7,52 €	12,11 €	12,71 €
Marge après déductions des coûts et des rabais										
LuxDSL Start/Junior 1 mbps	-18,63 €	-14,31 €	-1,09 €	-14,41 €	-9,53 €	-0,73 €	15,19 €	-18,57 €	-13,97 €	-13,37 €
LuxDSL Run 2 mbps	-16,37 €	-12,05 €	1,17 €	-12,15 €	-7,27 €	1,53 €	17,45 €	-16,31 €	-11,71 €	-11,11 €
LuxDSL Express 3 mbps	-13,06 €	-8,74 €	4,47 €	-8,85 €	-3,97 €	4,84 €	20,75 €	-13,00 €	-8,41 €	-7,81 €
Version 2										
Total des revenus - ARPU										
Total des coûts - ACPU										
Marge brute (revenus -coûts)	5,99 €	13,90 €	26,73 €	11,16 €	22,67 €	31,48 €	41,00 €	5,37 €	11,63 €	17,84 €
Marge après déductions des coûts et des rabais										
LuxDSL Start/Junior 1 mbps	-20,10 €	-12,19 €	0,65 €	-14,93 €	-3,42 €	5,39 €	14,91 €	-20,72 €	-14,45 €	-8,24 €
LuxDSL Run 2 mbps	-17,84 €	-9,93 €	2,91 €	-12,67 €	-1,16 €	7,65 €	17,17 €	-18,46 €	-12,19 €	-5,98 €
LuxDSL Express 3 mbps	-14,53 €	-6,62 €	6,21 €	-9,36 €	2,15 €	10,96 €	20,47 €	-15,15 €	-8,89 €	-2,68 €

Source : publications EPT, calcul Conseil de la concurrence

Revenus mensuel moyen par client dans les services de téléphonie mobile



Source : ILR – Rapport statistique 2012 p. 22.

Annexe 2 : Méthodologie des tests de ciseaux tarifaires

Les sources

Les tests se basent en substance sur trois documents :

- le document « *Calcul de la marge bénéficiaire du produit INTEGRAL* » précité, transmis par l'EPT au Conseil en réponse à la demande de renseignements du 29 octobre 2013. Ce calcul a été effectué par le bureau de consultance OVUM pour le compte de l'EPT sur base des données et des tarifs du 1^{er} semestre 2006. Toutes les données volumétriques – concernant les consommations des clients finals – ont été reprises de ce document.
- le document « *Méthodologie de calcul de la marge bénéficiaire du produit INTEGRAL* », précité, transmis par l'EPT à l'ancienne Inspection de la concurrence en réponse à la question 13 de la demande de renseignements du 11 août 2006 ;
- le « *Rapport pour l'EPT en réponse à l'étude « retail-minus » d'Analysys Mason* » rédigé en novembre 2011 par le bureau TERA Consultants, et transmis au Conseil dans le cadre de la demande de renseignements du 29 octobre 2013 (ci-après : le rapport TERA).

Tous les prix de détail ont été vérifiés à l'aide de la liste des prix des télécommunications de l'EPT. Tous les prix de gros sont issus des offres de référence suivantes :

- la Reference Interconnect Offer (RIO) de l'EPT, approuvée par l'ILR dans ses décisions 07/112/ILR et 09/143/ILR pour les coûts d'interconnexion ;
- la Reference Line Rental Offer (RLO) approuvée par la décision 08/126/ILR du 6 février 2008 ;
- le contrat Connect IP/Wholesale LuxDSL conclue entre l'EPT et Tele2Luxembourg S.A. du 5 avril 2006 pour les coûts de gros de l'accès à large bande ;
- la Reference DSL Offer (RDSLO) telle que publiée par l'EPT en octobre 2008.¹⁶¹

Tous les revenus et tous les coûts ont fait l'objet, si nécessaire, d'une distinction entre « heures pleines » et « heures creuses ». Tous les prix et coûts s'entendent hors TVA (« htva ») et sont ceux appliqués au 1^{er} juillet 2008. Les calculs basés sur l'offre RDSLO font usage des prix de gros de la première version de cette offre, publiée par l'EPT en octobre 2008.

¹⁶¹ Une version ultérieure de l'offre de gros RDSLO a été approuvée par l'ILR dans la décision 11/156/ILR.

Téléphonie fixe

La marge est la différence entre tous les revenus générés sur le marché de détail et tous les coûts subis par un opérateur sur les marchés de gros. Cet opérateur fictif propose les services de téléphonie fixe à des clients résidentiels en ayant recours aux offres de gros régulées de l'EPT, à savoir la RLO et la RIO.

Les revenus sont générés par l'abonnement téléphonique mensuel (PSTN ou ISDN) ainsi que par les services suivants : trafic sortant national, trafic sortant international, trafic sortant vers LUXGSM, trafic sortant vers Tango, trafic sortant vers Vox. Ils s'obtiennent en multipliant le prix de détail par minute avec le trafic facturable par mois, tant en heures creuses qu'en heures pleines.

Il est tenu compte du forfait illimité gratuit des appels vers des numéros EPT et LUXGSM pendant les heures creuses, accordé aux clients dans le cadre de l'offre Integral. Le trafic mensuel est celui renseigné par l'EPT dans le « *Calcul de la marge bénéficiaire du produit INTEGRAL* ».

Il est à noter que, contrairement au calcul fait pour la téléphonie mobile, le calcul des revenus de la téléphonie fixe ne prend en compte que le trafic sortant, et non le trafic entrant. La raison en est que les opérateurs qui ont recours au réseau fixe de l'EPT via les offres de gros ne perçoivent pas de terminaison d'appel.

Les coûts sont calculés en multipliant le coût par minute avec le trafic réel par mois. Les coûts se composent des coûts d'interconnexion (départ et terminaison d'appel tels que définis dans l'offre RIO) et des coûts fixes et variables définis dans la RLO. Pour la prise en compte des coûts fixes dans les coûts mensuels, plusieurs hypothèses concernant le nombre de clients et la durée de vie d'une ligne client ont été faites. L'impact des coûts fixes reste en toute hypothèse très minime.

La réduction de 30% sur trois numéros fixes EPT et internationaux est prise en compte en tant que coût forfaitaire dont la valeur est celle du « forfait light full », commercialisé selon l'EPT à 2 € ttc. Le profil volumétrique du client-type ou client moyen de l'EPT sous-jacent au calcul de la marge bénéficiaire est le suivant :

	Heures pleines		Heures creuses	
	En %	Minutes	En %	Minute s
Heures pleines	48%	■	52%	■
Appels vers numéro fixe	33%	■	33%	■
Appels internationaux	6%	■	11%	■
Appels vers LuxGSM	5%	■	5%	■
Appels vers Tango	2%	■	2%	■
Appels vers Vox	1%	■	1%	■

Source : « *Calcul de la marge bénéficiaire du produit INTEGRAL* »

La méthodologie du calcul se base sur le document « *Calcul de la marge bénéficiaire du produit INTEGRAL* » précité. Toutefois, les résultats de ces deux calculs ne sont pas directement comparables, car le test en l'espèce diffère du « *Calcul de la marge bénéficiaire du produit INTEGRAL* » dans les points suivants:

- application des tarifs d'interconnexion 2008 selon les décisions 07/112/ILR et 09/143/ILR ;
- application des tarifs de terminaison mobile en vigueur depuis le 01/7/2008 ;
- application des coûts de la revente en gros de l'abonnement téléphonique tels que approuvés dans la décision 08/126/ILR portant approbation de la RLO;
- intégration des coûts fixes (setup fees) de la RLO 2007-2010 ;
- recours au prix de détail du « Forfait Light Full » en tant que coût.
- intégration de l'obligation de non-discrimination imposée aux entreprises en position dominante sur le marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles individuels. L'obligation de non-discrimination oblige l'EPT à se facturer à elle-même le même tarif de terminaison mobile qu'elle facture aux autres opérateurs. La terminaison d'appel appliquée aux appels vers LUXGSM est donc identique à celle des appels vers Tango, en conformité avec la décision 06/92/ILR du 2 mai 2006¹⁶² ;

Le calcul de la marge a été fait pour un grand nombre de profils de clients. Les détails du calcul et les résultats pour six profils de clients différents sont repris dans le tableau de synthèse suivant:

¹⁶² Décision 06/92/ILR précitée concernant le marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles individuels (marché 16). Cette décision établit les tarifs applicables à partir du 1er semestre 2006.

- Profil 1 : client moyen retenu dans le calcul original de l'EPT, abonnement PSTN ;
- Profil 2 : client moyen retenu dans le calcul original de l'EPT, abonnement ISDN ;
- Profil 3 : client dont la consommation est de moitié inférieure à celle du client moyen ;
- Profils 4 et 5 : extension des rabais accordés aux clients « Integral » : comme expliqué au point 202, l'EPT a élargi en avril 2009 les rabais au niveau de la téléphonie fixe : forfait illimité gratuit de tous les appels d'une ligne fixe EPT vers un numéro fixe EPT et forfait de 120 minutes de communications internationales vers les numéros fixes de 40 destinations de la zone 1.

La marge bénéficiaire en téléphonie fixe reste positive pour tous les profils testés. La marge pour le profil moyen est de 8,85 euros par mois comparé à 6.20 euros dans le « *Calcul de la marge bénéficiaire du produit INTEGRAL* ».

Toutefois, cette marge s'effondre à des niveaux aux alentours d'un euro (par mois) lorsque les rabais élargis plus récents sont pris en compte. L'effet de ces rabais est que le client final dispose d'un forfait illimité d'appels dans le réseau EPT et d'un forfait de 120 minutes d'appels internationaux, alors que les opérateurs utilisant les offres de gros ne disposent pas de tels forfaits.

Il est rappelé qu'une marge négative au niveau d'un service particulier n'a pas d'importance dans l'optique de ce test, qui s'intéresse à la détermination de la marge globale de tous les services regroupés dans l'offre « Integral ».

Internet

Les revenus des services Internet proviennent des abonnements LuxDSL et Speedsurf tels que facturés aux clients « Integral », donc y inclus les rabais accordés à ces clients.

Les coûts se composent des coûts de gros qui incombent aux opérateurs qui ont recours aux offres de gros de l'EPT pour fournir un accès à large bande à leurs clients finals.

Les offres de gros pertinentes sont la - LuxDSL Wholesale/Connect IP et la Reference DSL Offer (RDSLO).

La première est une offre commerciale non-régulée par l'ILR, mais que l'EPT a déjà proposé aux opérateurs avant que la décision 08/133/ILR de l'ILR du 18 juillet 2008 n'ait imposé la publication d'une offre de gros d'accès binaire à l'EPT.

Suite à la décision 08/133/ILR précitée, l'EPT a publié en octobre 2008 une nouvelle offre de gros d'accès binaire intitulée Reference DSL Offer. Toutefois, cette offre, après modifications diverses, n'a été approuvée par l'ILR qu'avec la décision 11/156/ILR du 29 juillet 2011. Suite à la publication de l'offre RDSLO, les opérateurs ayant déjà signé antérieurement une offre commerciale LuxDSL Wholesale/Connect IP ont migré successivement vers la nouvelle RDSLO.

Il est donc approprié de faire le test des ciseaux tarifaire pour ces deux offres, dont les tarifs divergent, mais la structure générale est la même.

Les offres d'accès binaires font intervenir deux types de coûts : le volet Connect IP et l'accès DSL. Connect IP fournit la liaison entre les serveurs de l'EPT et les équipements de l'opérateur alternatif. Cette liaison donne lieu à des frais d'installation uniques et un abonnement mensuel par opérateur. Les coûts de ces deux éléments dépendent de la bande passante totale dont a besoin l'opérateur, et donc du nombre et du type de clients qu'il souhaite servir. Les calculs entrepris se basent sur ceux fournis par le rapport TERA¹⁶³.

Ils diffèrent cependant de ce rapport dans les points suivants :

- Le test reprend les tarifs de gros de l'offre LuxDSL Wholesale/Connect IP ou de la RDSLO version octobre 2008 ;
- le test ne présuppose pas une exploitation optimale de la bande passante louée par l'opérateur alternatif. Plutôt, les besoins en bande passante découlent des hypothèses faites sur le nombre de clients. Dans le rapport TERA, le nombre de clients est tel que chaque les bandes passantes de tranche tarifaire sont utilisés pleinement.
- le test intègre l'augmentation incrémentale des installations avec l'augmentation des bandes passantes que nécessite chaque nouveau bloc de 500 clients. Le rapport TERA semble ignorer ce tarif.

Le test diffère du « *Calcul de la marge bénéficiaire du produit Integral* » en ce qu'il tient compte des frais uniques et fixes du volet Connect IP qui ne sont pas pris en compte dans le calcul de l'EPT.

Il est à noter que le test ne concerne pas l'accès dégroupé à la boucle locale pour les raisons suivantes :

- la plainte ne porte pas sur ce marché ;
- quoique l'EPT souligne la possibilité de réplique de tous les services via les offres de dégroupage, il a été montré aux points 40 et suivants de la communication des griefs qu'il

¹⁶³ « Rapport pour l'EPT en réponse à l'étude « retail-minus » d'Analysys Mason » rédigé en novembre 2011 par le bureau TERA Consultants à l'intention de l'EPT, et transmis au Conseil dans le cadre de la demande de renseignements du 29 octobre 2013.

n'est pas suffisant qu'une réplique soit possible à l'aide du dégroupage. Il faut plutôt qu'elle soit faisable également avec les autres offres de gros régulés, notamment dans les endroits où le recours au dégroupage n'est pas économiquement viable.

En fonction

- du nombre de clients finals (qui impacte les frais d'installation),
- de la répartition des services en termes de largeur de bande (qui influence à la fois les revenus et les coûts),
- et du type d'offre de gros (LuxDSL Wholesale/Connect IP ou RDSLO) différents profils ont été testés.

Les résultats du volet Internet se résument comme suit :

	Profil 1 - WS LuxDSL/Connect IP 2006			Profil 2 - WS LuxDSL/Connect IP 2006			Profil 3 RDSLO 2008		
LuxDSL Integral Pricing	Junior	Run	Express	Junior	Run	Express	Junior	Run	Express
Revenus									
Access	19,83 €	29,33 €	47,91 €	19,83 €	29,33 €	47,91 €	19,83 €	29,33 €	47,91 €
ISP	2,78 €	5,54 €	9,83 €	2,78 €	5,54 €	9,83 €	2,78 €	5,54 €	9,83 €
Total	22,61 €	34,87 €	57,74 €	22,61 €	34,87 €	57,74 €	22,61 €	34,87 €	57,74 €
	Coûts de gros - Connect IP								
Total clients	1000			3000			3000		
Durée de vie RHD	5			5			5		
Distribution des clients	77%	19%	4%	66%	30%	4%	66%	30%	4%
Nombre clients par service	770	190	40	1980	900	120	1980	900	120
Consommation kb	100	150	200	120	150	200	120	150	200
Bande passante totale Mbp	77	29	8	238	135	24	238	135	24
Besoin en bande passante	114			397			397		
Coût d'installation	-6 695 €	-6 695 €	-6 695 €	-7 445 €	-7 445 €	-7 445 €	-8 925 €	-8 925 €	-8 925 €
Coût d'installation mensue	-0,11 €	-0,11 €	-0,11 €	-0,04 €	-0,04 €	-0,04 €	-0,05 €	-0,05 €	-0,05 €
Kit d'installation	-0,27 €	-0,27 €	-0,27 €	-0,27 €	-0,27 €	-0,27 €	-0,64 €	-0,64 €	-0,64 €
Abonnement mensuel	-2,85 €	-2,85 €	-2,85 €	-1,11 €	-1,11 €	-1,11 €	-0,50 €	-0,50 €	-0,50 €
Total Connect IP	-3,23 €	-3,23 €	-3,23 €	-1,42 €	-1,42 €	-1,42 €	-1,19 €	-1,19 €	-1,19 €
LuxDSL Wholesale Pricing	-18,05 €	-27,17 €	-44,38 €	-17,74 €	-26,70 €	-44,38 €	-16,70 €	-24,70 €	-42,87 €
Total des coûts	-21,28 €	-30,40 €	-47,61 €	-19,16 €	-28,12 €	-45,80 €	-17,89 €	-25,89 €	-44,06 €
Marge	1,33 €	4,47 €	10,13 €	3,45 €	6,75 €	11,94 €	4,72 €	8,98 €	13,68 €
Marge en %	5,88%	12,82%	17,54%	15,26%	19,36%	20,68%	20,88%	25,76%	23,70%

Téléphonie mobile

Le calcul pour la partie téléphonie mobile est identique à celui du test d'éviction tel que décrit dans l'annexe 2 en ce qui concerne la méthodologie.

Pour rappel, les deux calculs diffèrent du calcul effectué par le bureau OVUM à l'attention de l'EPT sur les points suivants:

- les frais de départ ne sont pas repris en tant que coûts de gros. Les frais de départ ne sont facturés qu'aux opérateurs mobiles « virtuel » (MVNO), qui ne disposent pas de réseau de téléphonie mobile. Comme en l'espèce les opérateurs concurrents de l'EPT ne facturent pas de frais de départ d'appel du tout, ces coûts ne correspondent à aucune réalité économique.
- les tarifs de terminaison (appels entrants) appliqués sont identiques pour tous les appels entrants, conformément à la décision 06/92/ILR
- les frais de terminaison sont repris:
 - comme revenus pour tous les appels entrants
 - comme coûts pour tous les appels entrants et tous les appels sortants.
- des envois de MMS et des connexions à Internet, non-prévus dans le calcul original, ont été ajoutés à certains profils, tant pour les revenus que pour les coûts (profils 2, 3, 4, 8, 9, 10).

Le calcul de la marge de téléphonie mobile diffère du calcul effectué pour le test d'éviction de l'annexe 2 sur les points suivants :

- les tarifs de terminaison appliqués sont ceux en vigueur au 1^{er} juillet 2008 selon la décision 06/92/ILR
- pris en compte des nouvelles formules d'abonnement mis sur le marché par l'EPT en juillet 2007 ;
- les profils de consommation appliqués sont ceux en provenance du calcul de marge entrepris par le bureau OVUM en 2006, ainsi que ceux publiés dans le rapport statistique de l'ILR pour l'année 2008.
- prise en compte de l'augmentation générale des volumes entre 2006 et 2008 tels qu'ils ressortent des rapports statistiques de l'ILR ;

Ici encore, le calcul nécessite la définition d'un ou de plusieurs profils de consommation dans le chef des clients finals. Ce profil dépend non-seulement des habitudes de consommation, mais également du type d'abonnement de téléphonie mobile auquel le client a souscrit. Les différents types d'abonnement donnent lieu à des tarifs différents au niveau du coût mensuel de l'abonnement, des communications et des divers autres services. L'EPT a mis sur le marché de nouvelles formules d'abonnement mobiles en juillet 2007. Les formules prises en compte dans le présent calcul s'appellent « Basic », « Relax », « iPhone S et « iPhone L ». Selon l'EPT, une majorité de clients « Integral » ont souscrit un abonnement « Basic »¹⁶⁴. C'est la raison pour laquelle les calculs effectués dans le cadre de ce test doivent porter une attention particulière sur les clients du type « Basic ».

¹⁶⁴ Demande de renseignements du 11 août 2006, réponse à la question 13, page 4.

