

**Décision N° 2012-MC-02**  
**du 24 août 2012**  
**concernant une demande à voir prononcer des mesures conservatoires**  
**à l'encontre de**  
**l'établissement public Entreprise des Postes et Télécommunications,**  
**inscrit au registre de commerce et des sociétés sous le N° J28,**  
**établi à L-2020 Luxembourg, 8A, avenue Monterey**

Le président du Conseil de la concurrence ;

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

Vu la loi du 1<sup>er</sup> décembre 1978 réglant la procédure administrative non contentieuse et le règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes ;

Vu la demande de mesures conservatoires du 22 mai 2012 introduite par Telecom Luxembourg S.A. (ci-après TL) ;

Vu la lettre du 18 juin 2012 de l'Entreprise des Postes et Télécommunications (ci-après EPT) au président du Conseil de la concurrence ;

Vu les observations présentées oralement en date du 19 juin 2012 par les parties ;

Vu la lettre du 3 juillet 2012 de l'EPT au président du Conseil de la concurrence ;

Vu les observations sur la demande de mesures conservatoires du 6 juillet 2012 de l'EPT ;

Vu le complément d'informations à la plainte et à la demande de mesures conservatoires du 6 juillet 2012 de TL ;

Vu la lettre du 11 juillet 2012 du président du Conseil de la concurrence à l'EPT et à TL ;

Vu la lettre du 16 juillet 2012 de l'EPT au président du Conseil de la concurrence ;

Vu la lettre du 16 juillet 2012 de l'EPT au président du Conseil de la concurrence et au conseiller désigné ;

Vu la lettre du 27 juillet 2012 de TL au président du Conseil de la concurrence ;

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

Vu la réplique de l'EPT du 21 août 2012 aux observations de TL du 27 juillet 2012 ;

Vu les pièces du dossier ;

#### **A) Faits**

1. Par courrier du 22 mai 2012, Me Pierre De Bandt a saisi le Conseil de la concurrence pour le compte de TL d'une plainte ainsi que d'une demande de mesures conservatoires à l'encontre de l'EPT sur base de l'article 12 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence. La plainte et la demande de mesures conservatoires visent l'« Offre de Référence Connectivité Internet » (ci-après ORCE), laquelle ORCE fixe les conditions minimales accordées par l'EPT aux autres opérateurs en communications électroniques (ci-après les opérateurs alternatifs) dans le but de permettre à ces opérateurs d'offrir leurs services d'accès à Internet à leurs propres clients finals.

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

3. La demande de mesures conservatoires a pour objet le retrait de l'offre ORCE sous peine d'une astreinte d'un montant de 10.000 euros par jour.

#### **B) Entreprises concernées**

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

TL est un opérateur en communications électroniques notifié auprès de l'Institut Luxembourgeois de Régulation (ci-après ILR). TL propose l'accès à des réseaux à très haut débit et un ensemble de services en relation avec l'Internet à très haut débit à la fois à une clientèle d'opérateurs de communications électroniques (marché de gros) et de professionnels nationaux et internationaux (marché de détail). TL a réalisé un chiffre d'affaires de 9.4 millions d'euros en 2011 et occupe actuellement 55 salariés.

TL se voit comme le principal concurrent de l'EPT au niveau du marché de la fourniture en gros d'accès Internet à très haut débit.

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

L'EPT est un établissement public créé par la loi du 10 août 1992 portant création de l'Entreprise des Postes et Télécommunications. L'EPT a pour objet la prestation de services postaux, de services financiers postaux et de services de télécommunications, ainsi que de toutes autres prestations se rattachant directement ou indirectement à son objet ou tendant à la réalisation de celui-ci (article 3 de la dite loi).

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

### **C) Points de procédures**

6. À propos de la procédure devant le président du Conseil de la concurrence dans le cadre de l'article 12 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, l'EPT soulève deux types de moyens, l'un concernant l'instruction devant le président du Conseil de la concurrence et l'autre concernant l'accès au dossier par les parties et le traitement des secrets d'affaires et des informations confidentielles.

a) Instruction par le président du Conseil de la concurrence d'une demande de mesures conservatoires

7. L'EPT fait valoir que pour des raisons tirées notamment de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, toutes les affaires, qu'elles soient portées devant le président du Conseil de la concurrence dans le cadre de l'adoption de mesures conservatoires ou devant le Conseil statuant en formation collégiale, devraient être instruites par un conseiller désigné en vertu de l'article 7, 4e paragraphe de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, assurant de la sorte une séparation de l'instruction et de la décision des affaires de concurrence.

8. L'argumentaire de l'EPT méconnaît cependant la différence de nature entre la procédure visant la prononciation de mesures conservatoires et celle aboutissant à une décision quant au fond. L'architecture de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence tient compte de cette différence de nature et réserve un traitement différencié à ces deux procédures. Pour aboutir à une décision sur le fond, il est nécessaire que le président, sur base de l'article 7, 4e paragraphe de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, désigne un conseiller pour mener une enquête approfondie en usant des pouvoirs énumérés aux articles 14 à 19 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence. Cette enquête est ponctuée par une communication des griefs lorsque le conseiller désigné retient des charges à l'encontre d'une ou de plusieurs entreprises ou bien par un rapport au Conseil lorsqu'il estime que l'affaire doit être classée (article 16 du règlement intérieur du Conseil de la concurrence).

9. La procédure devant le président du Conseil de la concurrence dans le cadre d'une demande de mesures conservatoires doit faire l'économie d'une enquête approfondie. L'instruction d'une demande de mesures conservatoires diligentée par le président du Conseil de la concurrence est forcément plus sommaire que l'enquête conduite parallèlement par le conseiller désigné dans le cadre de la procédure sur le fond.

Contrairement à la procédure sur le fond qui est une véritable procédure inquisitoire, la procédure devant le président du Conseil est limitée par les exigences d'une procédure contradictoire et est guidée par un impératif d'urgence lorsque le président constate une atteinte grave et irréparable à l'ordre public économique ou à l'entreprise plaignante, atteinte à laquelle il faut remédier rapidement, mais de façon provisoire. Pour cela, le président n'utilise d'aucun des pouvoirs énumérés aux articles 14 à 19 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence. Conformément à l'article 12, 1<sup>er</sup> paragraphe, 1<sup>er</sup> alinéa de la dite loi, il lui suffit d'entendre les parties et de veiller à ce que cette audition soit entourée de toutes les garanties attachées aux droits de la défense et au caractère contradictoire des débats. Ce caractère contradictoire doit précisément être respecté par l'échange entre parties de leurs conclusions écrites et des pièces sur lesquelles ces conclusions sont basées.

b) Confidentialité

**10.** Par lettre du 11 juillet 2012, le président du Conseil a enjoint aux parties de communiquer à leur adversaire les conclusions à l'exception des pièces et informations qui relèvent du secret d'affaires ou qui ont une nature confidentielle. Pour les besoins de la procédure de l'article 12 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence (mesures conservatoires), la non divulgation de certaines pièces et informations prétendument confidentielles est provisoirement reconnue et la présente décision ne s'appuie pas sur ces pièces et informations.

**11.** La reconnaissance provisoire de la confidentialité des pièces et informations est cependant sans préjudice de l'article 26, paragraphes 2 à 4 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence. Le régime appliqué aux pièces et informations confidentielles suivant cet article est en rapport avec l'accès au dossier qui est garanti aux parties à la suite de la communication des griefs (voir la formulation expresse de l'alinéa 1<sup>er</sup> du paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 26). Dès lors, il appartiendra au conseiller désigné de se prononcer sur la confidentialité de ces informations et pièces du dossier dans le cadre de la procédure au fond.

**D) Contexte**

**12.** Depuis septembre 2011, l'EPT commercialise un service d'accès Internet à très haut débit dénommé "Direct Internet Access" (ci-après DIA), dédié aux entreprises. Dans sa décision du 15 décembre 2011, l'ILR considère que :

« L'offre DIA est une offre de détail d'accès à large bande qui tombe sous le champ d'application du règlement 08/133/ILR du 18 juillet 2008 portant sur la définition des marchés pertinents de la fourniture en gros d'accès à large bande (marché 12), l'identification des opérateurs puissants sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre, tel que modifié par le règlement 09/137/ILR du 12 mars 2009 (ci-après « le règlement 08/133/ILR »).

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

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

*maintenue jusqu'à l'approbation de l'offre de gros DIA réglementée » (Communiqué de l'ILR du 15 décembre 2011).*

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

#### **E) Analyse des conditions justifiant des mesures conservatoires**

**13.** D'après l'article 12 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, l'intervention du président du Conseil de la concurrence dans le cadre de mesures conservatoires est soumise à quatre conditions :

a) Existence d'une procédure au fond

**14.** La première condition subordonne l'adoption de mesures conservatoires à l'existence d'une procédure au fond (article 12 : « à partir du jour de la saisine du Conseil, le président peut (...) »). Cette condition est réalisée dans la mesure où l'acte introductif de TL du 22 mai 2012 soumet au Conseil de la concurrence à la fois une plainte et une demande de mesures conservatoires en vertu des articles 10 et 12 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.

b) Demande expresse du plaignant

**15.** L'adoption de mesures conservatoires doit faire l'objet d'une demande expresse du plaignant. Cette condition est également réalisée dans la mesure où la demande de mesures conservatoires est expressément formulée de manière concomitante dans l'acte introductif du 22 mai 2012.

c) Violation prima facie du droit de la concurrence

**16.** La troisième condition n'est pas expressément énoncée dans le texte, mais elle est sous-jacente au champ d'application de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence : les éléments du dossier doivent révéler une violation prima facie du droit de la concurrence. Au stade des mesures conservatoires, il n'est toutefois pas requis que la preuve de cette violation soit établie de façon absolue et avec le même degré de certitude que dans le cadre d'une procédure au fond devant aboutir à une décision définitive du Conseil de la concurrence. Il suffit, mais il est toutefois nécessaire, de constater sur base des pièces du dossier une présomption d'infraction raisonnablement forte. Dans le cadre d'un abus de position dominante, cette appréciation requiert d'une part le constat d'une position dominante dans le chef de l'entreprise visée, ce qui implique nécessairement une définition du moins sommaire du marché en cause et, d'autre part, le constat d'un comportement qui est susceptible d'être qualifié d'abus au sens de l'article 5 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence ou de l'article 102 TFUE (Décision N°2008-MC-01 du 22 janvier 2008 EPT).

i) Définition du marché

**17.** Selon le communiqué précité de l'ILR du 15 décembre 2011, le marché en cause est, pour l'ILR, celui de la fourniture en gros d'accès à large bande. Il s'agit du marché 12 dans la Recommandation de la Commission du 11 février 2003 et du marché 5 dans la Recommandation de la Commission du 17 décembre 2007 (Recommandation de la Commission du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques [notifiée sous le numéro C(2007) 5406] / (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) / (2007/879/CE)). La fourniture en gros d'accès à large bande («bitstream») permet à un opérateur alternatif la fourniture aux clients finals des services d'accès à large bande à l'Internet, cependant avec peu de liberté de différenciation technique.

**18.** Les parties concernées ont des vues divergentes sur la définition du marché en cause, notamment sur la question de savoir si le marché de gros d'accès à large bande inclut ou est distinct du marché de gros d'accès à très large bande (accès NGA de nouvelle génération), et si le marché peut être défini sur base de la technologie utilisée – réseaux en fibres optiques, réseaux en paires de cuivre, réseaux câblés.

**19.** Ni l'ILR ni la Commission européenne ne semblent retenir de telles distinctions. Bien que la recommandation 2007/879/CE concernant les marchés pertinents en communications électroniques mentionne les NGA, ces derniers ne donnent pas forcément lieu, aux yeux de la Commission, à la définition d'un marché pertinent spécifique.

**20.** Les marchés de gros sont en tout état de cause connexes à un ou plusieurs marchés de détail – c'est-à-dire des marchés donnant lieu à des transactions entre fournisseurs et clients finals. En l'espèce, l'ILR exige une offre de référence de gros de la part de l'EPT afin d'assurer que les opérateurs concurrents de l'EPT soient en mesure de répliquer le service « DIA » et que le marché de détail (non-régulé) de l'accès à Internet à très haut débit pour une clientèle d'entreprises reste concurrentiel.

**21.** En raison des conclusions sub iii) et sub d), la question de la délimitation exacte du marché pertinent peut rester ouverte.

ii) Position dominante

**22.** La position de l'EPT sur le marché dépend certes de la définition du marché en cause. Toutefois, là encore, la question de la position dominante peut rester ouverte en raison des conclusions sub iii) et sub d).

iii) Abus

**23.** Même à supposer que l'EPT détient une position dominante sur le marché, ce qui n'est toutefois pas établi à ce stade, TL reste en défaut de prouver un abus prima facie de l'EPT qui résulterait d'une ORCE abusivement basse ou prédateur pratiquée selon TL par l'EPT.

**24.** Des prix abusivement bas ou prédateurs consistent dans le fait pour une entreprise dominante d'appliquer à ses produits des prix de vente ne couvrant pas ses propres coûts et d'un niveau tel que ses concurrents ne peuvent la concurrencer qu'au sacrifice de marges réduites ou de pertes, menant à terme à leur disparition, créant ainsi les conditions permettant à l'entreprise dominante de rehausser ses prix afin de récupérer les pertes qu'elle a pu subir du fait de sa pratique de prix.

Les développements récents tendent à prendre en considération dans le cadre de l'appréciation de telles pratiques les coûts variables moyens, respectivement les coûts totaux moyens de l'entreprise dominante.

L'appréciation d'une pratique de prix abusivement bas ou prédateur requiert donc une analyse détaillée de la structure de coût et de la structure tarifaire de l'entreprise dominante. L'analyse des coûts des concurrents voire de la plaignante (cf. point 17 ss du complément d'informations du 6 juillet 2012) est insuffisante pour relever l'apparence d'une telle pratique.

En l'occurrence, une pratique de prix abusivement bas ou prédateur n'est pas établie avec un degré de certitude suffisant pour ouvrir le champ à des mesures conservatoires.

d) Atteinte grave et irréparable à l'entreprise plaignante ou à l'ordre publique économique

i) Atteinte grave et irréparable à l'entreprise plaignante

**25.** Selon TL, « les prix abusivement bas pratiqués par l'EPT dans le cadre de l'offre ORCE conduisent à la réduction de la capacité concurrentielle des entreprises concurrentes (en particulier de la plaignante) et entraînent la diminution de la pression concurrentielle existante sur le marché pertinent, par suite de la diminution des parts de marché des concurrents concernés (...)» (plainte et demande de mesures conservatoires, points 89 et 90). « Les intérêts de l'entreprise plaignante à prendre en considération tiennent essentiellement à des données financières qui fragilisent gravement sa situation financière ou mettent en jeu sa survie même, telles que pertes d'exploitation ou pertes financières importantes. Des manques à gagner, réductions du bénéfice, pertes de chiffres d'affaires ou de parts de marché ne doivent » cependant « être considérés qu'à titre exceptionnel lorsqu'ils menacent la survie de l'entreprise » (Décision N°2008-MC-01 du 22 janvier 2008).

**26.** Or, l'argumentation de TL sur ce point reste cependant abstraite et théorique. Il n'est pas suffisant que la plaignante « constate que les opérateurs commandent de moins en moins les services de gros d'accès à large bande proposé par TL et qu'ils migrent vers le service similaire offert par l'EPT » (complément d'information du 6 juillet 2012 relatif à la plainte et à la demande de mesures conservatoires, point 43) sans étayer ces affirmations à l'aide d'éléments probants suffisants.

**27.** En effet, TL n'a fourni aucun élément de preuve concret quant à un dommage qui lui est infligé ou pourrait être infligé à cause de l'ORCE: chiffre d'affaire en péril, quote-part de l'activité concernée dans les résultats du groupe, rentabilité des activités

concernées, poids des activités de gros comparé aux activités de détail, nombre de clients existants dans les activités concernées, nombre de clients potentiels, nombre de clients fragilisés, potentiel de croissance de l'activité concernée etc. TL n'a pas davantage prouvé que ce prétendu dommage irait jusqu'à menacer la survie même de l'entreprise.

**28.** De surcroît, si les tarifs proposés à travers l'ORCE étaient aussi bas que l'entreprise plaignante l'affirme, ce qui toutefois n'est pas corroboré par les prises de position des autres opérateurs lors de la consultation publique de l'ILR au sujet de l'ORCE, ils pourraient offrir sans doute une intéressante opportunité d'affaires à TL au niveau de ses activités de fourniture d'accès au marché de détail.

**29.** Finalement, la période de six mois qui s'est écoulée entre le 15 décembre 2011, date de la décision de l'ILR, et le dépôt de la plainte auprès du Conseil de la concurrence est difficilement compatible avec la notion d'urgence qui est requise lors d'une décision de mesures conservatoires.

**30.** Pour l'ensemble de ces raisons, la notion d'atteinte grave et irréparable à l'entreprise plaignante ne peut être retenue.

ii) Atteinte grave et irréparable à l'ordre public économique

**31.** Selon la plaignante, il y aurait une atteinte grave et irréparable à l'ordre public économique du fait que « ce type de pratiques ont incontestablement pour effet de dissuader les opérateurs alternatifs de contracter avec la Plaignante ce qui risque d'affaiblir ou de mener à la disparition de toute pression concurrentielle exercée sur l'EPT et de fausser ainsi la concurrence».

**32.** Il est possible que l'ORCE renforce la position de l'EPT au niveau du marché de gros de fourniture d'accès aux réseaux NGA, tout en accroissant la concurrence au niveau du marché de détail de l'accès à ce réseau. Cependant, ce scénario ne constitue pas une atteinte grave à l'ordre public et économique. Un tel développement correspondrait plutôt au résultat escompté par la régulation au niveau du marché de détail.

**33.** Pour l'ensemble de ces raisons, le risque d'atteinte grave et irréparable à l'ordre public économique n'est pas établi.

**34.** Le plaignant n'ayant, au stade actuel de la procédure, établi ni un abus de position dominante dans le chef de l'EPT, ni une atteinte grave et irréparable à l'entreprise plaignante, ni une atteinte grave et irréparable à l'ordre public économique, la demande en instauration de mesures provisoires est à rejeter.

a adopté la présente décision

**Article 1<sup>er</sup> :**

**La demande de mesures conservatoires de la part de TL est rejetée.**

Ainsi décidé à Luxembourg en date du 24 août 2012.

A handwritten signature in blue ink, consisting of a large, stylized initial 'P' followed by a long horizontal stroke.

Pierre Rauchs  
président

La présente décision est susceptible d'un recours en annulation devant le Tribunal Administratif. Le délai de recours est de trois mois à partir de la notification de la présente décision. Le recours est introduit par requête signée d'un avocat à la Cour