CONSEIL DE LA
CONCURRENCE

Avis du Conseil de la concurrence

N°2018-AV-05

(25.10.2018)

Projet de règlement portant sur la définition du marché pertinent de la fourniture en gros d'accès local en position déterminée (Marché 3a/2014), l'identification des opérateurs puissants sur ce marché et les obligations imposées à ce titre ;

Projet de règlement portant sur la définition du marché pertinent de la fourniture en gros d'accès central en position déterminée, pour produits de grande consommation (Marché 3b/2014), l'identification des opérateurs puissants sur ce marché et les obligations imposées à ce titre ;

Projet de règlement portant sur la fixation des plafonds tarifaires pour le dégroupage de la boucle locale et de la sous-boucle locale de la paire métallique torsadée (Marché 3a/2014) ;

Projet de règlement portant sur les modalités relatives au contrôle de l'obligation de l'équivalence des intrants (EoI).

1. Contexte général

Par courrier du 27 septembre et du 10 octobre 2018, l'Institut Luxembourgeois de Régulation (ci-après : « ILR ») a saisi le Conseil de la concurrence (ci-après : « le Conseil ») des quatre projets de règlements cités supra.

Selon l'article 76 (2) de la loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques (ci-après : la loi du 27 février 2011), un accord préalable de l'autorité chargée de l'application du droit de la concurrence, c'est-à-dire du Conseil de la concurrence, est requis avant l'adoption par l'ILR de mesures affectant le marché.

En cas d'opposition à la mesure envisagée, l'ILR renonce à cette mesure à condition que l'opposition se fonde uniquement sur le droit de la concurrence.

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

126-00075-20050413-FR

de la concurrence. Les commentaires et réflexions du Conseil dans le cadre du présent avis ne sauraient préjuger de ses décisions prises lors d'affaires spécifiques qu'il aurait à trancher à l'avenir (voir en ce sens l'article 15, §1 de la Directive 2002/21/CE – ci-après : « la directive cadre »[1]).

2. Contexte réglementaire

Selon l'article 17 de la loi du 27 février 2011 précitée, l'ILR procède à une analyse de marché dans le secteur des communications électroniques conformément à la recommandation 2007/879/CE de la Commission européenne (ci-après : la Commission)[2]. Cette recommandation a cependant été remplacée par la recommandation 2014/710/UE[3]. En vertu de l'article 15, §1, de la directive cadre, cette recommandation « *recense, dans le secteur des communications électroniques, les marchés dont les caractéristiques peuvent justifier l'imposition d'obligations réglementaires en accord avec les principes du droit de la concurrence.* »[4]. En vertu du § 3 de ce même article, il appartient alors aux autorités réglementaires nationales (ci-après : « les ARN ») de définir les marchés devant subir une réglementation ex ante, « *conformément au droit de la concurrence et en tenant le plus grand compte de la présente recommandation* »[5].

Conformément à l'article 16 §3 de la directive cadre, les obligations réglementaires ex ante ne sont imposées que sur les marchés qui ne sont pas effectivement concurrentiels. Toujours selon cette directive, il s'agit des marchés « *où opèrent une ou plusieurs entreprises disposant d'une puissance significative sur le marché et où les recours fondés sur le droit national ou le droit européen de la concurrence ne suffisent pas à eux seuls à résoudre le problème de concurrence constaté* »[6]. La notion de puissance sur le marché correspond à celle de position dominante au sens de l'article 102 TFUE[7].

L'existence d'une position dominante ne représente pas en elle-même une atteinte au droit de la concurrence aussi longtemps que cette position dominante n'est pas exploitée de manière abusive par l'entreprise qui la détient. Un marché peut fonctionner de façon concurrentielle même en présence d'une entreprise en position dominante. Mais, dans le cadre de la régulation sectorielle européenne, le régulateur est supposé procéder à une réglementation sectorielle dès

---

[1] Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (« directive – cadre »).

[2] Recommandation 2007/879/CE 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 (recommandation concernant les marchés pertinents), JO L 344 du 28.12.2007.

[3] Recommandation 2014/710/UE de la Commission du 9 octobre 2014 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, point (3).

[4] Ibid. point (4).
[5] Ibid. point (5).
[6] Directive cadre, considérant 27.
[7] Voir, par exemple, l'article 14 §2 de la directive cadre.

qu'il constate l'existence d'une entreprise puissante sur le marché, cette dernière étant l'expression de « *défaillances persistantes du marché* »[8].

Dans ce cadre légal, l'ILR a entamé en 2017 une troisième série d'analyses de marché, en se basant sur la recommandation 2014/710/UE. Lors de ces analyses de marché, les ARN doivent également tenir compte des lignes directrices 2018/C159/01[9] et des recommandations 2010/572/UE[10] et 2013/466/UE[11] de la Commission. Si l'ILR constate, sur base de son analyse de marché, l'existence d'une ou de plusieurs entreprises puissantes sur un marché, soit il impose à ces entreprises des obligations spécifiques appropriées, soit il maintient ou modifie ces obligations, si elles existent déjà[12]. L'analyse de l'ILR porte sur une période prospective de trois ans.

Lors du cycle d'analyses de marché précédent, l'ILR avait identifié POST, en tant qu'opérateur historique sur les marchés des communications électroniques au Luxembourg, comme « *entreprise puissante sur le marché* » en ce qui concernait le « *marché de la fourniture en gros d'accès (physique) à l'infrastructure du réseau (y compris l'accès partagé ou totalement dégroupé) en position déterminée (marché 4/2007)* » et le « *marché de la fourniture en gros d'accès à large bande (marché 5/2007).* Ces deux analyses de marché avaient abouti aux règlements 14/175/ILR[13] et 14/176/ILR[14] du 28 août 2014 qui spécifient les obligations imposées à l'entreprise en position dominante sur les marchés 4/2007 et 5/2007 et qui avaient été avisés par le Conseil au sein de son avis 2014-AV-03 du 23 avril 2014.

Selon les explications de l'ILR dans le document en consultation, le « *marché de la fourniture en gros d'accès local en position déterminée (Marché 3a/2014)* » correspond au marché 4/2007 de la recommandation 2007/879/CE, et le « *marché de la fourniture en gros d'accès central en position déterminée pour produits de grande consommation (Marché 3b/2014)* » correspond au marché 5/2007[15]. Ainsi, les deux premiers projets de règlement sous avis sont appelés à remplacer les règlements 14/175/ILR et 14/176/ILR précités.

---

[8] Recommandation précitée, article 16.

[9] Communication de la Commission — Lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire de l'Union pour les réseaux et les services de communications électroniques.

[10] Recommandation de la Commission du 20 septembre 2010 sur l'accès réglementé aux réseaux d'accès de nouvelle génération (NGA)

[11] Recommandation 2013/466/UE de la Commission du 11 septembre 2013 sur des obligations de non-discrimination et des méthodes de calcul des coûts cohérentes pour promouvoir la concurrence et encourager l'investissement dans le haut débit.

[12] Loi du 27 février 2011, article 19.

[13] Règlement 14/175/ILR du 28 août 2014 portant sur la définition du marché pertinent de la fourniture en gros d'accès (physique) à l'infrastructure du réseau en position déterminée (Marché 4/2007), l'identification de l'opérateur puissant sur ce marché et les obligations lui imposées à ce titre.

[14] Règlement 14/176/ILR du 28 août 2014 portant sur la définition du marché pertinent de la fourniture en gros d'accès à large bande (Marché 5/2007), l'identification de l'opérateur puissant sur ce marché et les obligations lui imposées à ce titre.

[15] Document en consultation, point 5. ; https://assets.ilr.lu/telecom/Documents/ILRLU-1461723625-686.pdf L'ILR se réfère à la note explicative accompagnant la recommandation 2014/710/UE.

La recommandation 2014/710/UE sur les marchés pertinents ne recense que des marchés de gros comme étant susceptibles d'une réglementation ex ante de la part des ARN. La Commission estime qu'« *une réglementation ex ante au niveau de gros devrait être considérée comme suffisante pour remédier aux problèmes potentiels de concurrence sur les marchés correspondants en aval* [c'est-à-dire les marchés de détail]. *Un marché en aval devrait faire l'objet d'une réglementation ex ante uniquement si la concurrence qui s'y exerce fait encore apparaître une puissance significative malgré l'existence d'une réglementation ex ante sur les marchés de gros correspondants en amont.* »[16]

Toutefois, selon les lignes directrices 2018/C159/01, « (l)*e point de départ de toute analyse est l'appréciation des marchés de détail pertinents (...). Si un risque de préjudice à l'encontre des consommateurs persistait faute de concurrence sur les marchés de détail, les ARN devraient alors recenser les marchés de gros correspondants afin d'évaluer s'ils sont susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à l'article 16 de la directive 2002/21/CE (21)*»[17].

C'est pourquoi la première étape consiste pour l'ILR à analyser le marché de détail qui se situe en aval des marchés de gros qui font l'objet de la consultation publique, à savoir le marché de l'accès de détail de la fourniture d'accès à large bande.

3. Le marché de détail de la fourniture d'accès à large bande

Suite à une série de tests de substituabilité, l'ILR arrive à la conclusion suivante :

« *L'Institut retient donc comme marché de détail à analyser le marché constitué des offres d'accès à large bande utilisant les technologies xDSL, câble ou encore la fibre optique, indépendamment de la bande passante et sans différencier qu'elles s'adressent à une clientèle résidentielle ou non-résidentielle* ».

et que la dimension géographique est nationale, étant donné que toutes les offres de détail s'adressent à l'ensemble des résidents sur le territoire du pays, sans différenciation locale ou régionale.

Cette définition de marché exclut les services d'accès à bas débit (débits inférieurs à 2 Mbps) ainsi que les services d'accès via les réseaux mobiles. Elle ne se distingue pas de la délimitation du marché opérée en 2014 lors du deuxième cycle d'analyses.

Les résultats de l'analyse quantitative opérée par l'ILR peuvent être résumés comme suit :

	Nombre	En %
Total des raccordements à large bande :	214.600	100%
Dont : abonnements à très haut débit (supérieurs à 30 mbps) :	139.000	65%
Couverture territoriale des offres à large bande :		100%
Part de marché de l'opérateur historique :		63%
Part des offres multi-services (*) :		82%
Raccordements en accès local (dégroupage) (**)	19.294	8.9%
Raccordement en accès central (bitstream) (**)	33.703	15,7%

[16] Recommandation 2014/710/UE, point 18.
[17] Lignes directrices 2018/C159/01, point 26.

(chiffres à fin 2017)
(*) incluant au moins un autre service supplémentaire (téléphone fixe, téléphonie mobile, TV)
(**) Source : graphiques Internet premier semestre 2018 ;[18]

Selon l'ILR, 14 entreprises proposent activement des offres large bande, alors que les 5 entreprises les plus importantes se partagent 95% des abonnements.

Au terme de cette analyse quantitative ainsi que d'une analyse qualitative des économies d'échelle, l'ILR conclut, très prudemment, que « *Post Telecom est l'opérateur dominant sur le marché et y exerce une influence significative* », et que, à l'horizon de son analyse de marché, « *l'Institut ne connaît aucun élément propice à un changement majeur de la situation concurrentielle sur le marché de détail* ».

Le Conseil n'a pas de commentaires à formuler sur la délimitation du marché, si ce n'est qu'il en découle bel et bien que Post Telecom se trouve en position dominante sur le marché de détail de l'accès à large bande.

Le Conseil retient de l'analyse quantitative que, même si la part de marché de l'entreprise dominante a baissé de 71% en 2014 à 63% en 2017, c'est-à-dire depuis l'entrée en vigueur du cadre réglementaire actuel, elle reste très élevée en comparaison internationale, à savoir la plus élevée parmi tous les Etats membres de l'Union européenne[19]. Toutefois, le succès de la régulation sectorielle, et partant de la libéralisation de ces marchés, ne se mesure pas en termes de structure de marché. Il est manifeste que, même si l'entreprise dominante a retenu une part de marché importante, l'ouverture des marchés et la pression concurrentielle qu'elle a apportée ont produit d'importants gains pour l'utilisateur final en termes de prix, de qualité du service et d'innovation.

Par ailleurs, le Conseil se réfère à son avis 2014-AV-03 dans lequel il s'était interrogé sur les raisons de l'insignifiance des offres basées sur le réseau câblé (CATV – Cable Television). Alors que, selon les chiffres dont dispose le Conseil, les câblo-opérateurs atteignent quelques 70% des ménages du pays avec leurs offres de services de diffusion audiovisuelle, et qu'ils sont dans la plupart des cas techniquement à même de proposer des offres d'accès à très large bande, ils ne contrôlent qu'une part de marché – stagnante - de près de 10% (22.000 raccordements) des accès Internet à large bande. Il faut en conclure que cette ressource est fortement sous-exploitée à Luxembourg.

La participation de POST à raison de 34% dans le capital de la première entreprise CATV du pays[20] n'est pas de nature à stimuler la concurrence entre les réseaux.

---

[18] https://assets.ilr.lu/telecom/Documents/ILRLU-1461723625-698.pdf.; le nombre de lignes dégroupées en accès local -marché de gros- est de 24.800.
[19] Document en consultation, graphiques 4-11 et 4-12 page 48.
[20] Eltrona Diffusion S.A.
https://www.postgroup.lu/documents/12404/503985/POST_RI2017_180517_USB-min2.pdf/925ee6ad-3384-442a-a455-ab9fc85b01c6

4. Le marché de la fourniture en gros d'accès local en position déterminée (Marché 3a/2014)

4.1. Définition du marché et position dominante

Comme expliqué supra, ce marché correspond au marché 4/2007 de la recommandation 2007/879/CE. Le marché 4/2007 est le marché de l'accès en gros à l'infrastructure du réseau d'accès. L'infrastructure du réseau d'accès comprend l'ensemble des éléments de réseau qui se situent entre le réseau cœur (ou réseau dorsal) et les points de terminaison du réseau auprès des clients finals individuels.

En raison de sa capillarité, le réseau d'accès est très difficile et très onéreux à dupliquer. C'est pourquoi il est considéré comme une facilité essentielle, indispensable à la fourniture de services aux clients finals, mais impossible à dupliquer dans des conditions économiques. Les entreprises ne disposant pas de réseau d'accès peuvent accéder à ce dernier par le biais de « l'accès dégroupé ». Le dégroupage consiste à raccorder une ligne du réseau d'accès, se terminant auprès d'un utilisateur final et appartenant à l'opérateur historique, aux équipements d'un opérateur alternatif.

Selon l'ILR, la « *fourniture en gros d'accès local en position déterminée* » (le marché 3a/2014) est à considérer comme synonyme de l'accès dégroupé ou de dégroupage de la boucle et de la sous-boucle locales.[21]

Le réseau d'accès peut être de type classique, c'est-à-dire en paires de fil de cuivre, ou de nouvelle génération (NGA - New Generation Access Network), c'est-à-dire partiellement ou entièrement constitué de fibres optiques et permettant aux utilisateurs des accès de très large bande, c'est-à-dire, selon l'ILR, des débits supérieurs à 30 mbps. La migration des anciens réseaux vers les nouveaux réseaux bat son plein et constitue un objectif de politique industrielle aussi bien au niveau de l'Union européenne (Digital Agenda) que du Gouvernement luxembourgeois[22].

Après avoir accompli une série de tests de substituabilité, l'ILR conclut que le marché 3a/2014 est le « *le marché constitué des offres d'accès locales en position déterminée se basant sur les différents modes de dégroupage du réseau cuivre et de la fibre optique indépendamment si elles s'adressent à une clientèle résidentielle ou non-résidentielle* » et que la dimension géographique de ce marché est nationale.

Cette délimitation exclut, pour une série de raisons techniques[23], les accès à large bande via les réseaux câblés CATV.

Alors que certaines autres entreprises disposent de réseaux d'accès ponctuels, POST est la seule entreprise à contrôler un réseau d'accès à couverture nationale. Il en découle que POST est la seule entreprise à pouvoir offrir des services de dégroupage sur le plan national, et que sa part

---

[21] Document en consultation, point 235 ; https://assets.ilr.lu/telecom/Documents/ILRLU-1461723625-686.pdf.

[22] Voir, par exemple, la « Stratégie nationale du Luxembourg pour les réseaux à « ultra-haut » débit », publiée en avril 2010 : http://www.mediacom.public.lu/institutions/Institutions_nationales/smc/20100309_ngn/Strategie_nationale_pour_les_reseaux_a_ultra-haut_debit.pdf.

[23] Document en consultation, points 264-274.

de marché sur le marché 3a/2014 tel que défini supra est de 100%[24]. Il en découle que POST est en position de monopole sur ce marché[25].

Le Conseil n'a pas de commentaire à formuler sur la délimitation du marché 3a/2014 ni sur la désignation de l'entreprise en position dominante. Le Conseil retient de l'analyse quantitative opérée par l'ILR que, avec un total de 24.800 lignes dégroupés au deuxième semestre 2018 sur un total de 214.600 raccordements existants, et en stagnation depuis 2011, le dégroupage joue plutôt un rôle marginal dans le paysage des communications électroniques au Luxembourg.

4.2. Obligations imposées à l'entreprise en position dominante

Comme POST a été identifié comme entreprise en position dominante sur le marché 3a/2014, l'ILR est obligé de lui imposer des obligations en vertu de l'article 20 (1) de la loi du 27 février 2011 et de l'article 16 de la directive cadre. Comme prévu à l'article 28 de la loi de 2011, l'ILR formule ainsi à l'encontre de POST des obligations spécifiques en matière d'accès, de non-discrimination, de transparence, et de récupération des coûts et de contrôle des prix et (titre III du projet de règlement concernant le marché 3a/2014 sous avis).

Ces obligations, commentées ci-dessous, sont à quelques détails près identiques à celles faisant l'objet du règlement 14/175/ILR en vigueur actuellement. Elles sont nombreuses et très détaillées et sont complétées par trois règlements supplémentaires pour certaines questions spécifiques. Comme l'ILR le rappelle dans le document en consultation, l'article 8 de la directive « accès » prévoit que les obligations imposées *« sont fondées sur la nature du problème constaté, proportionnées et justifiées »*. Le Conseil n'est pas en position de pouvoir juger si l'ensemble de ces mesures respecte ce principe de proportionnalité.

Obligations d'accès (article 5 du projet de règlement sous avis)

L'obligation d'accès signifie en substance que POST doit donner suite aux « *demandes raisonnables d'accès local* » émanant des demandeurs d'accès, c'est-à-dire accorder un « *accès totalement dégroupé* » à la boucle locale et aux sous-boucles locales en paires de fil de cuivre et en fibres optiques, selon le cas.

Le Conseil n'a pas de commentaire à formuler concernant les obligations d'accès, dont la nécessité lui semble évidente.

Obligations de non-discrimination (article 6)

Cette obligation prévoit que « *l'opérateur identifié comme puissant sur le marché met à disposition de chaque entreprise notifiée des services et des informations dans les mêmes conditions et avec la même qualité que ceux disponibles pour ses propres services, filiales ou partenaires.* » L'entreprise en position dominante doit pouvoir prouver qu'elle n'applique aucune discrimination entre les demandeurs d'accès et ses propres services, filiales et partenaires.

Dans la recommandation 2013/466/UE citée supra, la Commission estime qu'il est particulièrement difficile de garantir la non-discrimination à l'aide d'une telle obligation

[24] Document en consultation, point 328.
[25] Document en consultation, point 377.

générique, mais qu'il est nécessaire d'imposer une « *réelle équivalence d'accès* » (pt.773). Cette dernière se traduit dans le concept de « *l'équivalence des intrants* » (ci-après : « EoI » – Equivalence of Inputs) qui doit assurer que « *l'opérateur PSM est tenu d'assurer la fourniture des services et informations moyennant les mêmes procédures et systèmes opérationnels que ceux utilisés par ses propres services, filiales et partenaires commerciaux. Cette fourniture doit se faire dans les mêmes délais, selon les mêmes termes et conditions, ainsi qu'avec un niveau identique de fiabilité et de performance dont bénéficient les propres services, filiales et partenaires commerciaux de l'opérateur PSM.* » (pt.775)

La mise en place de l'EoI est précisée par un règlement séparé, également en consultation chez l'ILR actuellement. A l'avis du Conseil, le principe EoI s'apparente à une obligation de moyen s'ajoutant à une obligation de résultat. Le Conseil n'est pas en mesure de porter un jugement sur la nécessité et la proportionnalité de l'obligation EoI.

Dans ce contexte, le Conseil se réfère à son avis 2014-AV-03, au sein duquel il avait considéré que l'ensemble des mesures envisagées par l'ILR s'inscrivent dans la logique d'une séparation aussi stricte que possible des activités de gros et des activités de détail dans le chef de l'entreprise en position dominante et visent une séparation fonctionnelle entre les activités de gestionnaire de réseau et celles de la commercialisation de services de détail au grand public.

Le Conseil soutient pleinement cet objectif, tout en faisant la remarque suivante : l'objectif ultime de la séparation fonctionnelle est la mise en place d'un gestionnaire de réseau neutre par rapport à tous les acteurs des marchés de détail, qui considèrerait ces acteurs comme des clients et non comme des concurrents dangereux. La meilleure façon d'atteindre cet objectif consisterait en l'implémentation d'une séparation structurelle, c'est-à-dire administrative, opérationnelle et juridique de ces deux types d'activités. Une telle filialisation des services de détail pourrait même être complétée par une séparation de propriété, comme par exemple la revente de cette filiale.

Bien entendu, le Conseil est conscient que cette solution requiert soit une initiative stratégique de la part de POST, soit une intervention législative, soit les deux, ce qui est au-delà du champ de compétence tant de l'autorité de régulation que de celle de la concurrence.

Obligation de transparence (article 7)

Cette obligation concerne les informations dont doivent disposer les demandeurs d'accès afin d'être en mesure de proposer des services de détail à leurs clients. Elle se traduit par l'obligation imposée à POST de publier des offres de références (des offres génériques) mettant à disposition des demandeurs d'accès toutes les informations pertinentes sur les prestations de dégroupage et de colocalisation.

Le projet de règlement décrit en détail les informations spécifiques minimales que ces offres de référence doivent contenir.

Le Conseil n'a pas de remarques à formuler concernant cette obligation.

L'obligation de récupération des coûts et contrôle des prix (art. 8)

Afin d'empêcher l'entreprise en position dominante de maintenir les prix de ses prestations de gros « *à un niveau excessivement élevé* »[26], l'ILR impose que « *l'opérateur identifié comme puissant sur le marché oriente les tarifs de gros récurrents et non-récurrents de ses prestations d'accès et des ressources associées aux prestations de gros, telles que visées à l'article 5 ci-avant, en fonction des coûts engendrés par un opérateur efficace hypothétique au Luxembourg* » (art. 8.2).

L'ILR estime qu'il incombe au régulateur de déterminer le niveau des coûts sur lesquels les tarifs doivent s'orienter. Pour ce faire, l'ILR utilise un modèle de coût théorique, qui simule les coûts qu'encourrait un opérateur de réseau hypothétique et efficace. Se basant sur ce calcul théorique des coûts, l'ILR calcule des plafonds tarifaires pour les prestations d'accès du marché 3a/2014.

L'entreprise en position dominante n'est pas obligée d'appliquer ces tarifs un-à-un, mais doit prouver que les prix effectivement facturés aux demandeurs d'accès ne dépassent pas les plafonds tarifaires fixés par l'ILR.

Les plafonds tarifaires résultant de la mise-à-jour de ce calcul des coûts pour la période 2018-2020 font l'objet d'un règlement à part, également en consultation à l'heure actuelle. Les tarifs arrêtés dans ce règlement sont identiques à ceux arrêtés lors de la dernière mise-à-jour du calcul des coûts, avisée par le Conseil dans son avis 2018-AV-03 du 18 juillet 2018.

Le Conseil, comme il l'avait déjà expliqué dans plusieurs avis, 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.

En revanche, le Conseil s'interroge sur les raisons pour lesquelles « *(l)es tarifs proposés par l'opérateur identifié comme puissant sur le marché pour les prestations d'accès de gros figurant dans son projet d'offre de référence sont à justifier de manière détaillée à l'égard de l'Institut avec fourniture des pièces afférentes à l'appui* ». La question se pose s'il n'était pas suffisant que l'entreprise visée prouverait que les tarifs appliqués ne dépassent pas les plafonds réglementaires déjà orientés sur les coûts d'un opérateur efficace.

La dérogation à l'orientation sur les coûts

Alors que la Commission préconise dans sa recommandation 2010/572/CE (NGA) précitée l'orientation sur les coûts des tarifs de gros également pour les nouveaux réseaux, la recommandation de non-discrimination 2013/466/UE prévoit que, sous certaines conditions, une certaine souplesse peut être accordée aux entreprises visées dans la détermination des tarifs de gros sur les nouveaux réseaux.

Ainsi l'article 8.4 du règlement prévoit que « *Par dérogation aux dispositions du paragraphe 2, l'opérateur identifié comme puissant sur le marché n'est pas obligé d'orienter les tarifs de ses produits d'accès en fibre optique en fonction des coûts compte tenu de l'incertitude actuelle concernant l'évolution de la demande pour les services à haut débit et afin de promouvoir des investissements efficaces* ».

[26] Document en consultation, point 681.

L'entreprise en position dominante doit alors prouver à l'ILR que « *la reproductibilité économique de ses offres de détail pertinentes est assurée. A cette fin, l'opérateur identifié comme puissant sur le marché soumet les produits d'accès en fibre optique un essai de reproductibilité économique ex ante par rapport à ses propres produits de détail pertinents* ».

« *L'essai de reproductibilité économique ex ante* » correspond à ce qui est connu en droit de la concurrence comme test de ciseaux tarifaires, sauf que le test est appliqué ex ante, c'est-à-dire avant que les tarifs de gros testés ne soient d'application. Un test de ciseaux tarifaires a comme objectif de vérifier si la marge entre les tarifs de gros appliqués et les prix des services de détail proposés aux clients finals par l'entreprise en position dominante est suffisante pour que les services de détail puissent être répliqués profitablement par un demandeur d'accès soumis à la tarification des produits de gros fournis par l'entreprise en position dominante.

POST devra fournir la preuve de la reproductibilité économique de ces services de détail à l'ILR, ce qui signifie que POST doit conduire ce test elle-même, sur base des spécifications déterminées par l'ILR au sein d'un règlement à part. Ce règlement a été avisé par le Conseil dans son avis 2018-AV-02 du 11 juillet 2018.

Dans ce contexte, le Conseil se réfère à son avis 2014-AV-03. Dans la compréhension du Conseil, la Commission préconise l'implémentation du test de reproductibilité afin de stimuler les investissements dans les nouveaux réseaux dans le cadre de l'agenda digital. Toutefois, cela signifie qu'il est accepté que les prix de gros et les prix de détail seront supérieurs à ce qu'ils auraient été dans le cadre d'un plafonnement des prix de gros. Cette approche consiste alors en fin de compte à faire participer le consommateur final au financement des nouveaux réseaux. Or, l'objectif de la politique de la concurrence est généralement de maximiser le bénéfice du consommateur et non pas de s'immiscer dans l'allocation des ressources qui résulte du fonctionnement concurrentiel des marchés.

Alors que le déploiement efficace des réseaux NGA à très haut débit peut sembler un objectif tout-à-fait louable, un tel objectif peut être visé beaucoup plus efficacement par le moyen de la politique industrielle que de la politique de concurrence. Par ailleurs, la situation spécifique au Luxembourg est telle qu'il n'est pas nécessaire de soutenir les efforts d'investissement dans les nouveaux réseaux, puisque le déploiement de ces réseaux est un objectif explicite de la politique gouvernementale dans le cadre de la « *Stratégie nationale du Luxembourg pour les réseaux à « ultra-haut » débit* », publiée en avril 2010.

Le Conseil en conclut que les objectifs visés par la Commission à travers la politique de concurrence le sont au Luxembourg au moyen de la politique industrielle. Bien entendu, le Conseil comprend que l'approche retenue par l'ILR est conforme aux recommandations de la Commission.

Les obligations de séparation comptable

Les règlements sous avis n'imposent plus d'obligation de séparation comptable.

Le Conseil approuve ce choix. Comme il avait expliqué dans son avis 2014-AV-03, l'obligation d'une séparation comptable capable d'isoler les coûts sous-jacents à la fourniture des services de gros visés n'est plus nécessaire si l'orientation des tarifs de gros sur les coûts est de toute manière assurée grâce à un modèle de coûts développé et appliqué par le régulateur.

5. Le marché de la fourniture en gros d'accès central en position déterminée pour produits de grande consommation (Marché 3b/2014),

5.1. Définition du marché et position dominante

Le marché 3b/2014 est, tout comme le marché 3a, un marché de gros, c'est-dire un marché entre opérateurs qui doit permettre aux entreprises qui ne contrôlent pas de réseau d'accès de proposer des services de large bande (c'est-à-dire un accès Internet à haut débit) à des clients finals.

Afin de pouvoir fournir des services de détail à ses clients finals, il suffit qu'une entreprise qui ne dispose pas elle-même d'un réseau d'accès établit un point de présence unique (c'est-à-dire installe ses équipements actifs) à proximité du réseau dorsal de l'opérateur qui contrôle le réseau d'accès. L'accès via le marché 3b/2014 (accès central) nécessite donc moins d'investissements qu'un accès local via le marché 3a/2014, car ce dernier nécessite que le demandeurs d'accès déploie ses équipements localement. A l'intérieur du marché 3b/2014, l'ILR distingue encore les services de débit binaire (bitstream) et les services de revente des offres de large bande de l'opérateur historique, la principale différence étant le degré de liberté dans les caractéristiques techniques du service.

A la suite d'une série de tests de substituabilité, l'ILR arrive à la conclusion que le marché 3b/2014 de l'accès central pour produits de grande consommation est « *le marché national constitué des offres d'accès à un débit binaire y inclus les offres de revente délivrées sur une infrastructure en cuivre ou en fibre optique à une clientèle résidentielle ou non-résidentielle.* »

Cette délimitation exclut ici encore, pour une série de raisons techniques, les accès à large bande via les réseaux câblés CATV.

L'ILR relève que trois entreprises proposent des services sur le marché 3b/2014 ainsi défini, mais que POST contrôle une part de marché de 92%[27]. Sans aller plus loin dans l'analyse, le Conseil en conclut que POST est en position dominante sur ce marché.

Après avoir discuté certains éléments structurants du marché, l'ILR conclut que « *POST occupe une position équivalente à une position dominante individuelle et est dès lors désignée comme opérateur puissant sur le marché de la fourniture en gros d'accès central en position déterminée pour produits de grande consommation (3b/2014).* »

Le Conseil retient de l'analyse quantitative de l'ILR que les demandeurs d'accès alternatifs (en dehors du groupe POST) représentent 29% des raccordements totaux (de clients finals) réalisés à travers le marché 3b/2014, comparé à 17% en 2014. Parmi les 14 entreprises ayant signé l'offre de référence de POST, 5 d'entre elles se partagent 97% des raccordements.

Le Conseil n'a ni de remarques à formuler quant à la délimitation du marché ni quant à la position dominante.

[27] POST, Luxembourg Online, Cegecom ; document en consultation, graphique 6.1, page135.

5.2. Développement des obligations appropriées

Les obligations d'accès, de non-discrimination et de transparence sont identiques, *mutatis mutandis*, à celles formulées pour le marché 3a/2014 de la fourniture en gros d'accès local. Le Conseil renvoie alors à ses commentaires formulés dans la section 4 supra.

L'obligation de séparation comptable destinée à isoler les coûts sous-jacents à la fourniture des services de gros visés est levée.

Quant à l'obligation de récupération des coûts et de contrôle des prix, l'ILR considère qu'une orientation des tarifs de l'accès central en fonction des coûts serait démesurée « *(a)fin de promouvoir le développement des intrants actifs (Marché 3b/2014) reposant sur les réseaux de nouvelle génération et vu l'application du principe de la reproductibilité économique prévue pour les produits en fibre optique (Marché 3a/2014)* ».

Ainsi, les tarifs des services du marché 3b/2014 de l'accès central ne seront pas plafonnés, mais POST devra conduire un test de ciseaux tarifaires ex ante, conformément aux modalités arrêtées par l'ILR dans un projet de règlement avisé par le Conseil dans son avis 2018-AV-02 du 11 juillet 2018.

6. Conclusion

Le Conseil estime que les 4 projets de règlement mise en consultation par l'ILR sont de nature à stimuler la concurrence sur les marchés de détail de l'accès à large bande et marque son accord avec ces règlements, qui s'inscrivent dans le cadre légal qui s'impose à l'ILR et reflètent les orientations préconisées dans les nombreuses recommandations de la Commission.

Ainsi délibéré et avisé en date du 25 octobre 2018 à Luxembourg.

Pierre Rauchs
Président

Jean-Claude Weidert
Conseiller

Mattia Melloni
Conseiller

Grazyna Piesiewicz
Conseiller