



Avis du Conseil de la concurrence du 8 septembre 2008 en réponse à la demande d'avis de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT) concernant le projet de décision relatif à l'analyse des marchés 3/03 et 5/03

I. Demande d'avis de l'IBPT

– Par lettre du 8 août 2008, l'Institut belge des services postaux et des télécommunications a, conformément à l'article 55, §§ 4 et 5 de la loi relative aux communications électroniques (*MB.* 20 juin 2005, ci-après la "LCE"), soumis son projet de décision relatif à l'analyse des marchés 3/03, le marché pour les services téléphoniques nationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle résidentielle, et 5/03, le marché pour les services téléphoniques locaux et/ou nationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle non résidentielle (ci-après le "projet de décision"), au Conseil de la Concurrence pour avis.

Les documents suivants ont été transmis au Conseil, en plus du texte du projet de décision :

- Les contributions du secteur à la consultation nationale ;
 - Une synthèse des contributions du secteur à la consultation nationale ;
 - Une présentation donnée lors de la réunion de prénotification ;
 - Un dossier avec la réponse aux questions posées par le Conseil suite à la réunion de prénotification.
- Préalablement à cette demande d'avis, une réunion de prénotification a eu lieu le 2 juillet 2008 où les représentants de l'IBPT ont expliqué oralement aux représentants du Conseil et de la Commission européenne l'avant-projet du présent projet de décision. Suite à cela, le Conseil a posé une série de questions à l'IBPT auxquelles il a répondu, en même temps que la demande d'avis.
- Le 26 août 2008, l'IBPT a répondu à un certain nombre de questions complémentaires soumises par le Conseil.
- Les marchés utilisateurs finals 3/03 et 5/03, bien que définis quelque peu différemment, étaient tous deux repris dans la première recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques.
- A l'instar de cette recommandation et conformément à la LCE , l'IBPT a adopté le 11 août 2006 une décision où ces marchés 3/03 et 5/03 ont été analysés au niveau belge et l'opérateur disposant d'une puissance significative sur ces marchés était soumis à une réglementation ex ante. Cette décision était valable pour une période de deux ans (décision du Conseil de l'IBPT du 11 août 2006 relative à la définition des marchés, à l'analyse des conditions de concurrence, à l'identification des opérateurs puissants sur le marché et à la détermination des obligations appropriées pour les marchés du groupe « Téléphonie fixe »,

sélectionné dans la Recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003 », ci-après « la décision du 11 août 2006 », p. 116).

– Le 17 décembre 2007, la Commission européenne a adopté sa seconde recommandation 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 (ci-après la "deuxième recommandation").

– Les marchés utilisateurs finals 3/03 et 5/03 ne font pas partie de cette recommandation. Cela implique que la Commission européenne estime que, compte tenu du test des trois critères, les deux marchés n'entrent plus en compte pour la réglementation ex ante. L'IBPT peut néanmoins soumettre à une analyse les marchés repris dans la première recommandation mais n'apparaissant plus dans la deuxième recommandation et le cas échéant à la réglementation ex ante, si ces marchés satisfont au test des trois critères en fonction des conditions nationales. Les trois critères cumulatifs suivants doivent être remplis. En premier lieu, il doit encore y avoir des barrières à l'entrée élevées sur le marché qui ne sont pas de nature temporaire. En outre, la structure du marché pertinente ne peut pas tendre vers une concurrence réelle dans la période visée. Enfin, l'application du droit de la concurrence uniquement ne remédierait pas suffisamment à l'échec du marché en question.

1. Suite à cette deuxième recommandation et après le contrôle des trois critères, l'IBPT en est arrivé à la conclusion que les marchés 3/03 et 5/03 entrent toujours en considération pour la réglementation ex ante en fonction des conditions nationales. Par conséquent, il a effectué une nouvelle analyse des marchés 3/03 et 5/03 et est arrivé à la conclusion que ces marchés ne sont pas encore effectivement concurrentiels.

2. L'IBPT propose de maintenir un certain nombre d'obligations ex ante qui ont été imposées dans sa décision du 11 août 2006 à l'opérateur puissant sur le marché et de retirer un certain nombre d'autres obligations. L'obligation de mener une séparation comptable est retirée (projet de décision, numéro 308) ainsi que l'interdiction de regrouper des services de manière déraisonnable (projet de décision, numéro 296).

3. Les obligations suivantes sont maintenues (projet de décision, numéros 292 à 297; numéro 309, figure 4.3). L'on pourrait maintenir l'interdiction ex ante de pratiquer des prix excessifs, d'utiliser des prix d'éviction restreignant la concurrence ou entravant l'accès au marché, et d'appliquer des préférences injustifiées pour certains utilisateurs finals (projet de décision, numéro 290). En outre, la fameuse obligation de transparence est maintenue, mais l'opérateur puissant sur le marché doit communiquer à l'IBPT de sa propre initiative et à l'avance uniquement les modifications de ses plans tarifaires qui découlent d'une baisse des tarifs de la terminaison d'appel fixe ou mobile (projet de décision, numéros 298 à 307, voir entre autres le numéro 301 sur l'imputation des coûts). Les autres informations doivent uniquement être fournies à la demande de l'IBPT. Ce projet de décision fait l'objet de l'avis du Conseil.

II. Nature de l'avis du Conseil

4. L'IBPT a demandé l'avis du Conseil sur la base de l'article 55, §§ 4 et 5 LCE.
5. La nature de l'avis du Conseil, contraignant ou non pour l'IBPT, est déterminée par la partie du projet de décision sur laquelle il porte et par le type de mesures ex ante que l'IBPT envisage d'imposer et/ou de maintenir sur les marchés 3/03 et 5/03 analysés. .
6. L'avis du Conseil reçoit ainsi un caractère dual. La partie du présent avis qui porte sur la définition et l'analyse du marché est, conformément à l'article 55, § 4 LCE, non contraignante pour l'IBPT. Le volet de l'avis du Conseil concernant les obligations que l'IBPT souhaite imposer, conformément à l'article 64 LCE, aux marchés utilisateurs finals, et pour lesquels le Conseil doit vérifier s'ils sont conformes aux objectifs du droit de la concurrence, a un caractère contraignant.
7. Le Conseil souligne qu'en sa qualité de juridiction administrative pour l'application de la loi sur la protection de la concurrence économique, il ne s'estime pas lié par les avis qu'il formule sur la base de la loi relative aux communications électroniques du 13 juin 2005. Dans les affaires individuelles où le Conseil doit se prononcer, sur la base de la loi sur la protection de la concurrence économique (ci-après la « LPCE »), des définitions de marché qui s'écartent des marchés dans le cadre de son avis en matière de réglementation sectorielle peuvent être utilisées. La désignation d'une entreprise comme une entreprise disposant d'une puissance significative sur un marché qui est défini en vue d'une réglementation ex ante, n'implique pas automatiquement que cette entreprise dispose selon le Conseil d'une puissance au sens de l'article 3 LPCE ou dans le cadre du contrôle de la concentration. Enfin, le Conseil peut ordonner des mesures dans des affaires individuelles qui diffèrent des obligations dont l'IBPT dispose dans le cadre de la LCE.

III. Délimitation des marchés

8. Le Conseil adhère dans une large mesure à la définition du marché appliquée par l'IBPT dans son projet de décision qui se base sur un marché pour les services téléphoniques nationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle résidentielle et le même marché mais distinct pour la clientèle non résidentielle.
9. Le Conseil a cependant quelques remarques à formuler concernant cette définition du marché.
10. Premièrement, l'IBPT considère toujours, comme le Conseil l'avait déjà souligné dans son avis du 15 juin 2006, que l'accès et les services téléphoniques appartiennent à des marchés distincts. Toutefois, ces deux éléments sont de plus en plus proposés à un seul tarif tant par les câblodistributeurs que par les autres opérateurs alternatifs avec une offre VoB. Dans le cadre de la définition du marché, l'IBPT n'a pas examiné si les services en matière d'accès et de services téléphoniques influencés par cette évolution font partie d'un seul et même marché. Le Conseil suppose que le manque d'une offre "Wholesale Line Rental"

opérationnelle (ci-après “WLR”), empêchant les opérateurs CPS d’offrir l’accès et les services téléphoniques en même temps, a amené l’IBPT à conclure que ces deux services appartiennent pour le moment à des marchés distincts.

11. D’autre part, l’IBPT reste toujours fidèle à des marchés distincts basés sur le type de clientèle, à savoir la clientèle résidentielle et non résidentielle. Dans son avis du 25 mars 2006, le Conseil a souligné qu’en matière d’accès, cette distinction ne semble pas coïncider avec les conditions du marché en Belgique et qu’une distinction basée sur la capacité est préférée à une distinction basée sur la qualité de l’acheteur. Le Conseil a étendu ce raisonnement dans son avis du 15 juin 2006 aux marchés des services téléphoniques. Dans son projet de décision actuel, l’IBPT souligne lui-même que c’est surtout pour les professions libres et les métiers indépendants que la séparation des marchés liés à la qualité de la clientèle, à savoir une clientèle résidentielle ou non résidentielle, est une frontière floue. En outre, l’IBPT fait remarquer que dans la majorité des cas, les offres résidentielles et non résidentielles répondent à différents besoins et ont des niveaux tarifaires différents. L’IBPT semble ainsi lui-même indiquer qu’une distinction basée sur le type de services offerts constitue un meilleur critère pour l’évaluation de la substituabilité des différents services que la qualité de l’acheteur. Par conséquent, le Conseil donne toujours la préférence à une définition du marché basée sur les caractéristiques des services téléphoniques offerts, entre autres en matière de qualité et de capacité, plutôt que sur la qualité de l’acheteur.

12. Enfin, l’IBPT considère que des services téléphoniques accessibles au public en position déterminée ne sont pas substituables à des services téléphoniques accessibles au public en position non déterminée. L’IBPT en arrive à cette conclusion en se basant sur la différence de fonctionnalité, d’utilisation et de prix entre les services de téléphonie fixe et mobile. D’autre part, la majorité des ménages disposerait encore d’un appareil fixe et mobile, ce qui indique une complémentarité plutôt qu’une substituabilité. Alors que le Conseil avait des réserves à émettre dans son avis du 15 juin 2006 concernant ce manque de substituabilité, il se rallie dans le cadre du présent projet de décision, à l’avis de l’IBPT. Bien que le Conseil constate que l’IBPT semble à nouveau faire une application contraire du fameux test SSNIP, l’Institut a en outre examiné si une hausse de prix restreinte mais significative et permanente des services de téléphonie fixe ferait passer les consommateurs aux services de téléphonie mobile. L’IBPT estime que c’est peu probable vu les niveaux de prix très différents des deux services. Cette conclusion n’est pas appuyée par une enquête sur les consommateurs mais il est effectivement ressorti d’une série d’études d’Eurobaromètre que le nombre de clients résidentiels qui disposent uniquement d’un téléphone mobile, a stagné l’année précédente.¹ L’on pourrait également en déduire que les services de téléphonie mobile ne forment pas (encore) un substitut aux services de téléphonie fixe pour la majorité des consommateurs.

13. L’application du test des trois critères aux marchés ainsi définis amène l’IBPT à conclure que ces marchés pour les services téléphoniques entrent toujours en considération pour la réglementation ex ante. Pour ce qui concerne le premier critère, le Conseil ne sait toujours pas clairement, vu la définition de marché étroite et surtout le constat que l’accès au marché est

¹ Eurobaromètre, Sondage sur les communications électroniques auprès des ménages 2007 et 2008.

relativement facile, comment l'IBPT en arrive à la conclusion ferme qu'il existe toujours des barrières à l'entrée élevées qui ne sont pas de nature temporaire. Le Conseil déduit au contraire de l'analyse de l'IBPT que les barrières à l'entrée se sont réduites. Dans un même temps, le Conseil est conscient du fait que le manque d'une offre WLR opérationnelle et la difficulté pour les opérateurs CPS de faire des offres forfaitaires, porte atteinte à leur position concurrentielle sur un marché très fort en déclin et à leur attraction des utilisateurs finals (projet de décision, numéros 244, 246 avec les figures 3.29 et 248) Le Conseil estime cependant que cela ne suffit pas pour en conclure qu'il y a encore des barrières élevées à l'entrée pour l'accès au marché qui ne sont pas de nature temporaire. Le Conseil prie par conséquent l'IBPT d'expliquer clairement quelles sont les barrières à l'entrée élevées qui existent par rapport à ces marchés utilisateurs finals spécifiques et d'indiquer pourquoi elles ne pourront pas être surmontées dans la période visée.

IV. Maintien et retrait d'obligations

14. Le Conseil constate que l'IBPT a d'abord procédé, suite à la deuxième recommandation de la Commission européenne, à une nouvelle analyse des marchés utilisateurs finals 3/03 et 5/03. Selon le commentaires de la Commission de cette deuxième recommandation, ce sont cependant d'abord les marchés de gros en amont qui doivent être analysés et ce n'est qu'après, compte tenu des obligations ex ante imposées à ces marchés de gros en amont (y compris la sélection et la présélection de l'opérateur et, si d'application, le WLR) que les marchés utilisateurs finals peuvent être examinés.² Ce n'est que lorsqu'il s'avère que même avec les obligations au niveau du commerce de gros le ou le marchés utilisateurs finals ne sont pas effectivement concurrentiels, que des obligations peuvent également être imposées à ces marchés conformément à l'article 64 LCE.

15. Dans le cadre de la présente analyse des marchés 3/03 et 5/03, l'IBPT a tenu compte des obligations de commerce de gros qui ont déjà été imposées suite à la première série d'analyses de marché. La définition et l'analyse de marché de ces marchés de commerce de gros ne donneront cependant, suite à la deuxième série d'analyses de marché, à laquelle l'IBPT est tenu, pas nécessairement le même résultat qu'à l'époque de la première série. Par conséquent, l'on ignore pour le moment si, et dans l'affirmative, quelles obligations seront imposées, maintenues ou bien retirées sur les marchés de commerce de gros.

16. Dans ces conditions, il est particulièrement difficile pour le Conseil de juger si les obligations que l'IBPT souhaite imposer aux marchés utilisateurs finals sont conformes aux objectifs visés par le droit de la concurrence.

17. D'autre part, la Commission européenne souligne dans le commentaire de sa deuxième recommandation que les restrictions de concurrence qui peuvent encore se produire sur le marché des services téléphoniques, comme entre autres les prix ciseaux qui pourraient être

² Voir considérant 15 deuxième recommandation et l'Explanatory Note accompanying document to the Commission Recommendation on relevant product and service markets, p. 13 et 19.

appliqués par l'opérateur puissant sur le marché, peuvent être abordées sur la base du droit de la concurrence.³

18. Le Conseil s'efforcera néanmoins sur la base du présent projet de décision de l'IBPT d'estimer si, compte tenu des obligations existantes sur les marchés de commerce de gros et partant du principe que plus rien ne change, les obligations proposées par l'IBPT sur les marchés utilisateurs finals concordent avec les objectifs visés par le droit de la concurrence.

19. L'imposition d'une interdiction à un opérateur puissant sur le marché d'appliquer des prix anormalement élevés, d'utiliser des prix d'éviction qui restreignent la concurrence et d'appliquer des préférences non fondées pour certains utilisateurs finals, ne suscite en soi aucune objection d'un point de vue du droit de la concurrence. Avec cette interdiction, l'IBPT tient surtout à forcer l'opérateur puissant sur le marché à répercuter immédiatement et entièrement dans ses tarifs utilisateurs finals toute baisse des tarifs de terminaison d'appel mobile ou fixe. L'IBPT estime que la mesure est proportionnelle car elle n'a pas d'impact sur la marge brute de l'opérateur puissant sur le marché qui resterait inchangée en valeur absolue et augmenterait en pourcentage (projet de décision, numéro 300). Cette mesure semble acceptable et proportionnelle vue sous l'angle des objectifs du droit de la concurrence. Comme il ressort de la décision du Conseil de l'IBPT du 25 juillet 2008 (Décision du Conseil de l'IBPT du 25 juillet 2008 infligeant une amende administrative à Belgacom pour non respect de la décision du 11 août 2006 en ce qui concerne les tarifs des appels vers les réseaux mobiles) et vu la pression de la concurrence limitée qui provient des opérateurs alternatifs, l'opérateur puissant sur le marché n'est en effet pas incité à répercuter cette baisse dans ses coûts en faveur de l'utilisateur final comme ce serait le cas sur un marché tout à fait concurrentiel.

20. L'obligation qualifiée d'obligation de transparence que l'IBPT souhaite imposer à l'opérateur puissant sur le marché forme, vu l'expérience récente de l'IBPT, une mesure d'implémentation logique de l'obligation imposée sur la base de l'article 64 LCE et un accessoire nécessaire de celle-ci permettant à l'IBPT de contrôler le respect de l'interdiction susmentionnée. Etant donné que l'opérateur puissant sur le marché est uniquement tenu de communiquer à l'IBPT de sa propre initiative les modifications à ses plans tarifaires découlant d'une adaptation des tarifs pour la terminaison d'appel mobile ou fixe et que cet opérateur disposerait de cette information au niveau interne ou l'établirait pour ses propres besoins, cette mesure ne semble pas lui imposer de charge excessive et ne semble pas non plus être de nature à perturber la concurrence au détriment de ce dernier.

21. Le Conseil estime que les mesures imposées sur la base de l'article 64 LCE sont conformes aux objectifs du droit de la concurrence et sont proportionnelles.

³ Explanatory Note accompanying document to the Commission Recommendation on relevant product and service markets, p. 28.