

Avis 2009-A/A-01

Avis du Conseil de la concurrence du 12 août 2009 relatif au projet de décision rétroactive du 1^{er} juillet 2009 visant à corriger la décision concernant l'analyse de marché du 10 janvier 2008 relative aux marchés d'accès à large bande

(marchés 11 & 12 dans la liste de la recommandation 2003)

I. La demande d'avis et ses antécédents

1.1. La demande d'avis

1. Le 13 juillet 2009, le Conseil de l'IBPT a adressé au Conseil de la concurrence (ci-après aussi : « le Conseil ») pour avis, sur la base de l'article 55 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, un projet de décision rétroactive du 1^{er} juillet 2009 visant à corriger la décision concernant l'analyse de marché du 10 janvier 2008 relative aux marchés d'accès large bande (ci-après : « le projet de décision rétroactive »).

2. Le dossier soumis par l'IBPT au Conseil en date du 13 juillet 2009 comprend les documents suivants :

– Le projet de décision rétroactive en français et en néerlandais. Dans le présent avis, on se réfère à la pagination de la version en langue française du projet de décision rétroactive. Fait partie de ce projet, un synopsis reprenant les modifications apportées par ce projet du 1^{er} juillet 2009 à la décision du 10 janvier 2008 suite à l'annulation par l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 7 mai 2009.

– A ce projet de décision rétroactive, sont jointes des annexes; en particulier, l'annexe 1 est constituée par la « version coordonnée officielle tenant compte des modifications adoptées dans la décision du 1^{er} juillet 2009 », en français et en néerlandais. Il s'agit d'une version coordonnée de la décision du 10 janvier 2008 tenant compte des modifications adoptées dans la décision du 1^{er} juillet 2009 (corrections apportées surlignées en jaune), ci-après, « la version coordonnée officielle ». Dans le présent avis, on se réfère à la pagination de la version en langue française de la version coordonnée officielle.

1.2. Lien entre le projet de décision et la décision du 10 janvier 2008

3. Le 10 janvier 2008, le Conseil de l'IBPT a adopté la décision relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de la concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour les marchés de gros du groupe « Accès », sélectionnés dans la Recommandation 2003/311/CE 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 " (J.O.C.E. 8 mai 2003, L 114/45; ci-après "la Recommandation de 2003").

4. La décision du Conseil de l'IBPT du 10 janvier 2008 a fait l'objet d'un recours de la part de Belgacom devant la Cour d'appel de Bruxelles.

Le 7 mai 2009, cette Cour a rendu un arrêt annulant la décision du Conseil de l'IBPT en ce qui concerne l'imposition de certains remèdes sur le marché 11 et en ce qui concerne l'identification de Belgacom comme opérateur puissant sur le marché 12, entraînant l'annulation de la totalité des remèdes sur le marché 12.

5. Le projet de décision rétroactive, soumis à l'avis du Conseil, tend à la réfection de la décision du 10 janvier 2008, dans la mesure où elle a été annulée par la Cour d'appel de Bruxelles dans son arrêt du 7 mai 2009.

6. Face à une décision annulée de l'IBPT, en tout ou en partie, il relève, dit la Cour dans son arrêt du 7 mai 2009, « de la compétence de l'IBPT d'apprécier, dans le respect de l'arrêt de la Cour, s'il y a lieu pour lui d'adopter une nouvelle décision, les conditions dans lesquelles il pourra l'adopter et s'il lui est permis de lui conférer un caractère rétroactif conformément aux principes dégagés par le Conseil d'Etat » (numéro 303 de l'arrêt).

7. Par l'article 2 de la loi du 18 mai 2009 portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques (M.B. 4 juin 2009, Ed. 1, p. 39917), l'article 14, § 2 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications est complété par un 6° suivant lequel l'IBPT « peut procéder, en respectant les motifs de l'annulation et sans modifier l'étendue de son champ d'application, à la réfection d'une décision annulée par une autorité juridictionnelle lorsque, du fait de cette annulation, un ou plusieurs objectifs visés aux articles 6 à 8 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques ne sont plus réalisés ».

8. En application de ces principes, l'IBPT entend donner un effet rétroactif à sa nouvelle décision afin qu'elle puisse produire ses effets à partir du 10 janvier 2008 (projet de décision rétroactive, page 6).

9. Ainsi, les dispositions de la décision rétroactive remplaceront certains passages de la décision du 10 janvier 2008. La décision du 10 janvier 2008 deviendra alors la décision du 10 janvier 2008, telle que corrigée par la décision rétroactive.

La « version coordonnée officieuse » qui fait partie du dossier que l'IBPT a adressé au Conseil en date du 13 juillet 2009 (voyez point 2 ci-dessus) est le projet de la décision du 10 janvier 2008 corrigée.

1.3. L'avis antérieur du conseil de la concurrence et la genèse de la décision du 10 janvier 2008

10. La décision de l'IBPT du 10 janvier 2008 fut soumise à l'état de projet en février 2006 pour avis du Conseil de la concurrence. Ce projet fut publié sur le site web de l'IBPT le 15 mars 2006 sous le titre : « Consultation nationale concernant le projet de décision du Conseil de l'IBPT du JJ/MM/AAAA relative à la définition des marchés,

l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour les marchés du groupe « Accès » sélectionnés dans la Recommandation de la Commission Européenne du 11 février 2003 : Marché 1 : L'accès au réseau téléphonique en position déterminée pour la clientèle résidentielle. Marché 2 : L'accès au réseau téléphonique en position déterminée pour la clientèle non résidentielle. Marché 11 : La fourniture en gros d'accès dégroupé (y compris l'accès partagé) aux boucles et sous-boucles sur lignes métalliques pour la fourniture de services à large bande et de services vocaux. Marché 12 : La fourniture en gros d'accès à large bande ».

11. Le Conseil a remis son avis sur ce projet de décision en date du 25 mars 2006¹. Cet avis du Conseil a porté sur un projet de décision relatif tant aux marchés 1 et 2 (marchés d'accès de détail) qu'aux marchés 11 et 12 (marchés d'accès de gros).

Suite aux remarques soulevées dans l'avis du Conseil de la concurrence, l'IBPT a publié sur son site web, le 11 mai 2006, un document de réponse relatif aux quatre marchés concernés par l'avis du Conseil.

12. Ce projet de décision de l'IBPT daté du 15 mars 2006 sur lequel portait l'avis du Conseil n'a pu être adopté en raison des problèmes de conflits de compétence entre les régulateurs national et communautaires pour ce qui a trait aux marchés 11 et 12.

Le Conseil de l'IBPT a en conséquence adopté le 19 juin 2006 une décision qui se limite aux marchés d'accès de détail (marchés 1 et 2)².

13. Par ailleurs, l'IBPT a publié le 26 juin 2006 une version modifiée de son projet de décision relatif aux marchés 11 et 12. Ce projet fut soumis pour avis aux régulateurs communautaires. Les problèmes de conflits de compétence résolus et après consultation de la Commission européenne, l'IBPT, adopta, en date du 10 janvier 2008, sa décision relative aux marchés 11 et 12.

14. Le texte de la décision du 10 janvier 2008 diffère de la version du projet de décision qui avait été soumis en février 2006 pour avis du Conseil de la concurrence, en ce que la version du 10 janvier 2008 contient des données plus récentes et introduit certaines modifications, par exemple en étoffant la motivation à divers endroits.

¹ Avis du Conseil de la concurrence du 25 mars 2006 relatif au Projet de Décision du Conseil de l'IBPT « relative à la définition des marchés, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour les marchés du groupe « Accès », sélectionnés dans la recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003 »

² Décision du Conseil de l'IBPT du 19 juin 2006 relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour les marchés de détail du groupe « Accès », sélectionnés dans la Recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003 : Marché 1 : L'accès au réseau téléphonique en position déterminée pour la clientèle résidentielle. Marché 2 : L'accès au réseau téléphonique en position déterminée pour la clientèle non résidentielle.

II. En ce qui concerne l'identification d'un opérateur ayant une puissance significative sur le marché 12

2.1. Le projet de décision

15. Dans son arrêt du 7 mai 2009, la Cour d'appel de Bruxelles a annulé la décision de l'IBPT par laquelle Belgacom fut identifié comme un opérateur disposant d'une puissance significative sur le marché 12.

Dans sa décision du 10 janvier 2008 telle que corrigée par la décision rétroactive, l'IBPT envisage d'identifier Belgacom comme étant un opérateur disposant d'une puissance significative sur le marché 12. Sur ce point, la décision corrigée ne serait dès lors pas différente de la décision originale.

Les modifications apportées par l'IBPT à sa décision du 10 janvier 2008 visent à suppléer les motifs appuyant cette identification comme opérateur disposant d'une puissance significative, qui figurait déjà dans la décision initiale du 10 janvier 2008.

16. Il n'appartient pas au Conseil de la concurrence, dans le cadre de sa compétence d'avis, d'exercer un contrôle sur la conformité du projet de décision rétroactive aux motifs d'annulation de l'arrêt du 7 mai 2009.

2.2. Référence à l'avis du conseil de la concurrence du 25 mars 2006

17. Dans son avis du 25 mars 2006, le Conseil de la concurrence a estimé devoir formuler certaines observations générales portant sur la méthodologie utilisée par l'IBPT pour déterminer les marchés pertinents et la puissance des opérateurs sur ces marchés.

Plus particulièrement, le Conseil s'est posé la question de savoir si la détermination du marché pertinent et de la puissance des opérateurs ne devait pas se faire dans un cadre dénué de réglementation (avis du 25 mars 2006, n° 21). Il a attiré l'attention sur le fait que l'impact de la réglementation est particulièrement important dans le cadre de la détermination des marchés de gros 11 et 12 dans lesquels l'offre par l'opérateur historique résulte d'une obligation de fourniture à laquelle les opérateurs de réseaux câble ne sont pas soumis (avis du 25 mars 2006, n° 22).

Aussi, le Conseil s'est opposé, sur le plan des principes, à l'exclusion de l'autoconsommation du marché 12 (avis du 25 mars 2006, n° 25 à 34).

Le Conseil a mis en exergue que le marché 12 dont l'autoconsommation est exclue, naît de la seule obligation de fourniture imposée à l'opérateur historique (avis du 26 mars 2005, n° 22 in fine).

18. Il a été constaté ci-dessus que, suite à l'annulation par l'arrêt du 7 mai 2009, l'IBPT n'a pas modifié sa décision relative au marché 12 (voyez n° 15 du présent avis). Par conséquent, le Conseil peut se référer à son avis du 25 mars 2006.

2.3. Evaluation de l'analyse concurrentielle du marché 12

19. Dans son projet de décision rétroactive, l'analyse concurrentielle menant à la conclusion que Belgacom est identifié comme un opérateur disposant d'une puissance significative sur le marché 12, est conduite sur ce marché de la fourniture en gros d'accès à un débit binaire tel que défini par l'IBPT dans sa décision du 10 janvier 2008, c'est-à-dire compte tenu de l'obligation imposée à Belgacom, et à Belgacom seulement, de faire une offre de gros d'accès bitstream, et en l'absence de prise en compte de l'autoconsommation.

Dans le présent avis, le Conseil examine cette analyse concurrentielle fondée sur ces prémisses, bien qu'elles soient difficilement compatibles avec la méthode préconisée par le Conseil dans son avis du 25 mars 2006.

Les choix méthodologiques effectués par l'IBPT semblent en effet être définitivement fixés, à tout le moins dans l'horizon temporel défini par la durée du projet de décision rétroactive, qui coïncide avec la durée de la décision du 10 janvier 2008, à savoir jusqu'à l'adoption d'une nouvelle décision relative à l'analyse des deux marchés de gros qui font l'objet du présent projet de décision.

20. Le Conseil reconnaît que, dans son projet de décision rétroactive, l'IBPT a étayé la motivation de l'identification de Belgacom comme un opérateur disposant d'une puissance significative sur le marché 12, tant en ce qui concerne l'analyse de la pression concurrentielle directe – actuelle ou potentielle (voyez n° 21 ci-dessous) - qu'en ce qui concerne l'analyse de la pression concurrentielle via la substitution indirecte par le biais du marché de détail (voyez n° 22 ci-dessous).

21. C'est à juste titre que l'IBPT constate que toute pression concurrentielle actuelle directe fait défaut en l'absence de l'existence sur le marché d'une offre commerciale d'accès de gros à un débit binaire par les câblo-opérateurs.

En ce qui concerne la pression concurrentielle potentielle directe exercée par l'accès de gros sur réseaux câblés, le Conseil de la concurrence peut se retrouver dans le diagnostic de l'IBPT que cette pression fait également défaut. Ce diagnostic peut être résumé comme suit.

Selon l'IBPT, même si la fourniture d'une offre de gros d'accès à un débit binaire sur le réseau d'un câblo-opérateur est techniquement réalisable, une entrée des câblo-opérateurs sur ce marché du bitstream en cas d'une hausse légère et permanente des prix est très peu probable, en raison de l'ampleur des problèmes opérationnels et de l'absence de rentabilité d'une telle offre de gros (version coordonnée officieuse, p. 176 et 177).

Force est de constater que, lorsque les tarifs de l'offre BROBAIL étaient significativement plus élevés que ceux qui sont d'application aujourd'hui, aucun câblo-opérateur n'est entré sur le marché des offres de gros de débit binaire.

De même que Belgacom n'ouvrirait pas son réseau aux tiers en l'absence de contrainte réglementaire, les câblo-opérateurs ont estimé qu'une offre de gros n'est pas rentable car elle ne conduirait pas à accroître le marché de détail (via un gain en termes d'accès à l'utilisateur final), une grande partie du marché de détail possible leur étant déjà accessible (projet de décision rétroactive, p. 54 ; version coordonnée officielle, p. 177, 178 et 209)³.

Lorsqu'un opérateur verticalement intégré, tel Belgacom ou Telenet, dispose d'une part de marché appréciable sur le marché de détail et que l'acheteur de produits de gros va cannibaliser ce marché de détail, le surplus de revenus apportés par la vente de produits de gros à des clients wholesale (opérateurs tiers concurrents sur le marché de détail) est inférieur à la baisse de revenus résultant de la perte de clients sur le marché de détail en raison des marges brutes respectives sur le marché aval et le marché amont (projet de décision rétroactive, p. 45; version coordonnée officielle, p. 194 – 196).

Au demeurant, pour des opérateurs intégrés verticalement, ayant donc consenti des coûts fixes d'investissements dans leur réseau d'accès et de transport propre, et présents en aval sur plusieurs marchés de détail, les économies de gamme réalisées et la pénétration atteinte, respectivement, par Belgacom sur les marchés de la téléphonie et par Telenet sur le marché de la radiodiffusion, leur ont permis de rentabiliser leurs investissements en infrastructure.

Quant aux câblo-opérateurs ayant une faible part de marché, ils ont certes moins à perdre que Telenet sur le marché de détail, mais ils devraient, pour entrer sur le marché des offres de gros de débit binaire, non seulement développer un service wholesale mais également créer de toutes pièces une nouvelle division wholesale en vue de supporter ce nouveau produit (projet de décision rétroactive, p. 54 ; version coordonnée officielle, p. 177 et 209).

22. Pour ce qui concerne la pression compétitive via la substitution indirecte par le biais du marché de détail, l'IBPT considère pareillement qu'elle fait défaut. Il a motivé cette absence par un raisonnement basé sur le fait que l'augmentation hypothétique (de 10%) du prix du BROBA sera rentable pour Belgacom parce que ce monopoleur hypothétique est intégré verticalement et, à ce titre, récupère sur son segment aval – sur le marché de détail - une partie suffisante des clients qu'il perd sur

³ Le Conseil ne partage pas l'affirmation de l'IBPT selon laquelle il serait impératif pour des opérateurs alternatifs – câblo-opérateurs ou opérateurs alternatifs DSL recourant au dégroupage – voulant entrer sur ce marché d'accès de gros, d'offrir une couverture nationale pour assurer la rentabilité de leur entrée sur le marché. Il est vrai qu'en l'absence d'une telle couverture nationale, les clients « wholesale » de tels opérateurs offrant le service bitstream seraient obligés de recourir à une multiplicité d'offres de gros, ce qui les empêcherait de faire une offre de détail homogène sur l'ensemble du territoire belge (projet de décision officielle, p. 49 - 50, 52, 53 et 61; version coordonnée officielle, p. p. 202, 206, 208, 217 et 218). De telles offres de détail qui ne sont pas homogènes sont cependant possibles, comme en témoignent les offres des différents câblo-opérateurs et de certains concurrents tels Dommel et E-Leven qui ont pu entrer sur le marché en s'adressant à certaines niches ou sans couverture géographique nationale (projet de décision rétroactive, p. 27 ; version coordonnée officielle, p. 126).

son segment amont (projet de décision rétroactive, p. 41 à 45; version coordonnée officielle, p. 190 – 197).

De plus, étant donné que le prix du BROBA pris en compte, en l'occurrence 4,5 € par ligne (version coordonnée officielle, p. 165, figure 4.4), ne représente pas une proportion significative du prix du produit pertinent de détail et que la marge sur le produit de détail est significative (projet de décision rétroactive, p. 45 ; version coordonnée officielle, p. 195), la probabilité que Belgacom et les opérateurs alternatifs DSL, fournisseurs d'accès Internet (FAI), répercutent cette hausse de 10% du prix du BROBA (soit une hausse de 0,45 €) dans le prix de détail, est faible. Même s'ils décidaient de répercuter cette hausse de 0,45 € dans son entièreté, cette dernière hausse ne représenterait que moins de 2% de hausse du prix de détail (le BROBA rental fee de 4,5 € représentant moins de 20% du prix de détail) et ne serait dès lors pas de nature à entraîner une migration significative des clients d'opérateurs DSL vers les produits offerts par les câblo-opérateurs.

L'IBPT en tire la conclusion que Belgacom peut se comporter dans la détermination du prix du produit BROBA indépendamment des autres acteurs du marché.

23. La motivation résumée dans le numéro précédent fait preuve du souhait de l'IBPT d'imposer à Belgacom l'obligation de faire une offre de gros d'accès bitstream (BROBA), offre que Belgacom ne ferait pas de sa propre initiative, c'est-à-dire en l'absence de contrainte réglementaire. Le Conseil de la concurrence est sensible à cette préoccupation de l'IBPT.

En effet, pendant la période de réglementation couverte par la décision du 10 janvier 2008, l'offre BROBA paraît indispensable afin de permettre à d'autres opérateurs DSL d'entrer en concurrence avec Belgacom et avec les câblo-opérateurs sur le marché de détail.

Bien que l'offre BRUO de Belgacom sur le marché 11 ouvre théoriquement la voie à une offre commerciale sur le marché 12 des opérateurs alternatifs DSL sur la base du dégroupage, cette offre commerciale est inexistante.

L'IBPT juge que, même en cas de succès du dégroupage, les opérateurs alternatifs dont le réseau d'accès serait basé sur la boucle locale de Belgacom, ne manifesteraient pas d'intérêt à offrir des produits de gros du type bitstream à cause des barrières à l'entrée (projet de décision rétroactive, pages 47 à 49, 51 à 54 et 61; version coordonnée officielle, pages 200 à 202, 205, 206, 208, 217 et 218). La migration vers le dégroupage ne serait donc pas de nature à favoriser la concurrence sur le marché 12 car les opérateurs achèteraient des accès de gros dégroupés pour leur usage interne et non pour les offrir sur le marché 12 (Projet de décision rétroactive, p. 39 – 40, 53 et 61. Version coordonnée officielle, p. 188, 207, 208 et 217). Cette analyse paraît

crédible⁴. Il n'en reste pas moins que le caractère avantageux de l'offre BROBA contribue largement au faible succès du BRUO.

2.4. Conclusion

24. En guise de conclusion relative à son évaluation de l'analyse du marché 12 dans le projet de décision rétroactive, le Conseil ne peut que réitérer le renvoi à son avis du 25 mars 2006, d'une part, tout en confirmant que l'IBPT a étayé la motivation de sa décision d'identification d'un opérateur disposant d'une puissance significative sur le marché 12, d'autre part.

III. Perspective d'avenir

25. Depuis la fin de l'année 2007, période à laquelle le projet de décision soumis à l'avis du Conseil rétroagit, il y a des indications que d'importants développements sont en cours sur les marchés de gros d'accès à large bande.

Il appartient à l'IBPT d'analyser les deux marchés de gros concernés, à savoir les marchés 4 et 5 dans la liste de la Recommandation de la Commission européenne 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 » (J.O.C.E. 28 décembre 2007, L 344/65 ; il s'agit des marchés 11 et 12 dans la Recommandation de 2003).

Le Conseil de la concurrence ne veut en aucune façon préjuger de ni anticiper l'analyse que l'IBPT mène ou mènera sans idées préconçues de ces deux marchés de gros d'accès à la large bande, en tenant compte des relations concurrentielles existantes et prévisibles au jour de sa décision. Il se permet toutefois de formuler, dès à présent, l'observation suivante.

L'objectif de la régulation *ex ante* consiste à créer, sur les marchés de gros, des conditions qui sont favorables au développement de la concurrence sur le marché de

⁴ Même en France où, de tous les pays repris dans les comparaisons internationales de l'IBPT, le dégroupage est le plus développé et atteint près de 20% (ce taux de pénétration est le pourcentage des lignes dégroupées dans le nombre total des lignes ; le taux de pénétration correspondent pour la Belgique est de 2,4% fin 2007, voir la figure 3.5, p. 106 de la version coordonnée officielle), cette offre commerciale d'accès de gros au débit binaire sur la base du dégroupage réalisé par des opérateurs alternatifs DSL est négligeable puisque la part de marché de France Telecom sur le marché de gros des offres d'accès à haut débit livrées au niveau infranational est toujours de 99,6% (Arcep, Décision n°2008-0836 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 24 juillet 2008 portant sur la définition du marché pertinent de gros des offres haut débit et très haut débit activées livrées au niveau infranational, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations imposées à cet opérateur sur ce marché, p. 16 et 22). L'expérience française semble donc confirmer que le succès du dégroupage ne conduit pas pour autant à un développement de la concurrence sur le marché 12.

détail de l'accès à la large bande. En vue d'atteindre cet objectif, il paraît indispensable d'élaborer une vision cohérente sur les obligations qui pourraient être imposées sur l'un et l'autre – ou sur l'un ou l'autre - marché de gros d'accès à la large bande, eu égard au contexte technologique qui a fortement évolué par rapport à la situation qui existait lors de la préparation de la décision du 10 janvier 2008.