



5 mars 2018

17.058 n Loi sur les télécommunications. Révision

Position dominante et délimitation du marché dans le domaine des télécommunications

Rapport complémentaire pour la CTT-N

Table des matières

1	Mandat.....	1
2	Réglementation de l'accès et droit des cartels.....	1
3	Position dominante sur le marché concerné	1
4	Pratique dans le cadre de procédures d'accès selon la LTC	2
5	Réglementation sectorielle dans l'UE	4
6	Résumé et conclusion	4



1 Mandat

Le 12 février 2018, la CTT-N a débattu du message du Conseil fédéral sur la révision partielle de la loi sur les télécommunications (LTC) du 6 septembre 2017 et décidé l'entrée en matière. L'administration a été chargée de présenter, s'agissant des règles d'accès au réseau, la pratique utilisée pour déterminer une position dominante. Il s'agit notamment de préciser dans quelle mesure une réglementation géographiquement différenciée est envisageable et si d'autres entreprises que Swisscom peuvent occuper une position dominante sur un marché.

2 Réglementation de l'accès et droit des cartels

La loi sur les télécommunications (LTC) entrée en vigueur en 1998 avait pour objectif de transformer le marché des télécommunications, jusqu'alors monopolistique, en un marché concurrentiel. La LTC a pour but de créer des conditions cadres à même de permettre et de stimuler la concurrence et d'offrir à la population et à l'économie des services de télécommunication variés, avantageux, de qualité et concurrentiels. La réglementation sectorielle de l'accès des entreprises occupant une position dominante sur le marché joue un rôle prépondérant. Il s'agit en effet d'un instrument qui permet de dynamiser la concurrence sur le marché de détail, tout en encourageant l'arrivée de nouveaux acteurs sur le marché.

La réglementation sectorielle vient compléter le régime de la surveillance des prix et de la concurrence figurant dans le droit des cartels (LCart). La LTC et la LCart sont ainsi appliquées parallèlement selon leurs critères spécifiques propres¹. Alors que la LCart régit les accords en matière de concurrence et l'abus de position dominante comme l'imposition de prix inéquitables, le droit des télécommunications vise à permettre la concurrence et à abaisser systématiquement les barrières à l'entrée sur un marché.

3 Position dominante sur le marché concerné

Une réglementation sectorielle de l'accès au réseau présuppose l'existence d'une position dominante sur le marché concerné. Par entreprises dominant le marché, la LCart entend une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (art. 4, al. 2, LCart). En d'autres termes, il n'existe pas de position dominante si un nouvel acteur peut entrer sur un marché donné et que la concurrence fonctionne.

L'examen d'une position dominante dans le domaine des télécommunications repose sur les dispositions de la LCart. L'enquête porte sur un marché (partiel) géographique et de produits pertinent.

Le marché de produits pertinent comprend tous les produits et services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables, c'est-à-dire échangeables, en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés. Le domaine des télécommunications ne représente pas un seul marché de produits pertinent, mais se compose de plusieurs marchés de produits différents (p. ex. l'accès aux abonnés, l'acheminement ou la terminaison d'appels vocaux, etc.).

¹ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.404/2006 du 16 février 2007, E. 3.2.

Le marché géographique pertinent comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits². Dans ce contexte, se pose normalement la question de savoir si les conditions de concurrence varient dans les différents domaines³. Si des conditions de concurrence plus ou moins homogènes dominent partout, l'existence d'un seul marché géographique pertinent (normalement national) est supposée. Si, par contre, des conditions de concurrence régionales hétérogènes – par exemple un grand nombre de concurrents forts – sont constatées, des marchés partiels délimités géographiquement doivent être distingués.

La position dominante doit donc être examinée sur chaque marché. Un marché géographique et de produits pertinent, tout comme la position sur ce marché des entreprises concernées peuvent évoluer dans le temps, suite à des ajustements du marché ou des développements techniques.

Lors de l'examen des questions relevant du droit des cartels par la Commission de la concurrence (Comco), la subdivision d'un marché de produits pertinent en différents marchés (partiels) géographiques représente une pratique courante. Dans le domaine des médias par exemple, la Comco définit régulièrement des marchés locaux et régionaux séparés en fonction de la région de diffusion et de la langue⁴.

4 Pratique dans le cadre de procédures d'accès selon la LTC

Conformément à l'article 11a, al. 1, LTC, la Commission fédérale de la communication (ComCom) fixe toujours les conditions d'accès à la demande de l'une des parties, lorsque les fournisseurs de services de télécommunication concernés n'arrivent pas à s'entendre dans un délai de trois mois (primat de la négociation). Pour déterminer si un fournisseur occupe une position dominante, l'office (OFCOM) consulte la Commission de la concurrence (art. 11a, al. 2, LTC). Une position dominante déjà définie par la ComCom peut en tout temps être à nouveau contestée par l'entreprise concernée, ce qui entraîne une nouvelle analyse du marché.

Swisscom n'a pas contesté jusqu'à maintenant une position dominante dans le domaine de l'accès à la ligne de raccordement en cuivre ainsi que de l'acheminement et de la terminaison des appels sur le réseau fixe; c'est pourquoi, aucune analyse de marché n'a été menée par la ComCom dans ces domaines. Dans le domaine des canalisations de câble et sur le marché des lignes louées, la ComCom a constaté en 2009 une position dominante de Swisscom, ce que cette dernière contestait.

Concernant le transfert d'appels d'un fournisseur vers un autre fournisseur, la ComCom a établi en 2003 que Swisscom ne jouit en principe pas d'une position dominante. Une décision de la ComCom relative à l'interconnexion IP est encore pendante. En 2017, dans une expertise adressée à la ComCom, la Comco n'a pas constaté d'indice de position dominante de Swisscom après la dissolution d'un accord pertinent du point de vue du droit des cartels entre Swisscom et l'un de ses partenaires contractuels. La décision de la ComCom est attendue sous peu.

² Art. 11, al. 3, let. b, de l'ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises.

³ Par exemple, le projet de fusion entre Migros et Globus, PPC 1997/3, https://www.weko.ad-min.ch/dam/weko/fr/dokumente/2006/01/rpw_1997-3.pdf.download.pdf/rpw_1997-3.pdf, 20.02.2018.

⁴ Par exemple, Tamedia/PPSR (2009), DPC 2009/3, https://www.weko.ad-min.ch/dam/weko/de/dokumente/2009/12/rpw_2009-3.pdf.download.pdf/rpw_2009-3.pdf, 20.02.2018.

Dans le passé, des demandes de régulation et d'examen d'une position dominante n'ont pas été déposées uniquement contre Swisscom. Dans le domaine de la terminaison mobile notamment, plusieurs demandes de régulation des entreprises dominantes ont été soumises à la ComCom depuis 2006⁵. Tous les opérateurs de téléphonie mobile étaient partie adverse dans au moins une procédure.

En 2006, dans une expertise à l'intention de la ComCom, la Comco a établi que les trois opérateurs de téléphonie mobile occupaient tous une position dominante. Toutefois, la ComCom n'a pas rendu de décision à ce sujet, les demandes déposées contre les trois entreprises ayant été retirées peu après l'analyse du marché. A l'heure actuelle, dans le domaine de la téléphonie mobile, la ComCom n'a donc fixé aucune condition d'accès ni pour Swisscom ni pour les deux autres exploitants de réseau de radiocommunication mobile.

En Suisse, sur le marché des télécommunications, le concept des marchés géographiquement différenciés n'a été appliqué jusqu'à maintenant que dans le domaine des lignes louées. Depuis la décision de la ComCom intervenue en 2009, les prix des lignes louées sont régulés en fonction des coûts uniquement dans les régions où la concurrence est faible ou inexistante. Dans les régions où la concurrence est suffisante, les lignes louées ne sont soumises à aucune régulation.

Le tableau ci-dessous présente un aperçu sommaire des positions dominantes dans le domaine des télécommunications en Suisse.

Marché/domaine	Entreprise	Dominance sur le marché	Décision de la ComCom
Terminaison sur réseau fixe	Swisscom	non contestée	1998
Transit	Swisscom	non	2003
Accès aux abonnés	Swisscom	non contestée	2007
Lignes louées	Swisscom	oui et non,	2009
Canalisations de câbles	Swisscom	oui	2009
Terminaison mobile	Swisscom, Sunrise, Orange	ouvert	aucune
Interconnexion IP	Swisscom	?	Décision en suspens

Tableau 1 : Positions dominantes sur le marché dans le domaine des télécommunications

⁵ <https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/actualites/communiqués-de-presse/nsb-news.msg-id-8550.html>, 05.03.2018

5 Réglementation sectorielle dans l'UE

Dans une recommandation⁶, la Commission de l'UE établit une liste des marchés de télécommunication pertinents qui entrent en considération pour une réglementation *ex ante*. Ces marchés sont régulièrement analysés dans les pays membres de l'UE et régulés *ex ante* en cas de position dominante significative sur le marché. Si les Etats membres veulent réguler un marché qui ne figure pas sur la liste, ils doivent surmonter davantage d'obstacles pour prouver la nécessité d'une régulation. Depuis 2003, le nombre de marchés propices à une régulation *ex ante* dans l'UE a passé de 18 à 4 actuellement, après deux examens opérés en 2007 et en 2014.

Dans tous les cas, la réglementation de l'accès ne concerne pas que les fournisseurs historiques. Dans les Etats membres de l'UE, une position dominante sur le marché a été constatée auprès de nombreux autres exploitants de réseaux dans le domaine de la terminaison mobile. En Belgique et au Danemark, les câblo-opérateurs sont aussi soumis à une régulation. En Roumanie par contre, aucune position dominante n'a été constatée dans le domaine de l'accès au raccordement d'abonné.

Dans les pays de l'UE, la réglementation de l'accès géographiquement différenciée fait partie des instruments dont disposent les autorités de régulation. Selon la recommandation de la Commission sur les marchés pertinents, les autorités nationales de régulation devraient délimiter une zone géographique où les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes. Le rapport explicatif précise que des mesures de régulation géographiquement différentes peuvent aussi être prévues sur un même marché dans les cas où les différences régionales ne suffisent pas à délimiter des marchés géographiquement distincts.

Dans le domaine des télécommunications, des marchés régionalement différents et/ou des mesures de régulation régionalement différenciées existent dans de nombreux pays membres de l'UE, notamment en Espagne, au Portugal, en Grande-Bretagne, en Allemagne, en Finlande, en France ou au Danemark. Cette situation a entraîné l'adoption de régimes de prix ou d'obligations d'offre partiellement différentes selon les régions. Dans certains pays par exemple, la régulation des prix des lignes de fibres optiques dégroupées a été abolie au niveau régional. Dans d'autres Etats de l'UE, on observe des dispositions sur les prix différenciées selon les régions.

En 2015, la régulation des produits à haut débit en Allemagne a été abrogée en raison de la concurrence locale qui prévalait dans plusieurs villes. En Espagne, au Portugal et en Grande-Bretagne, un marché de gros a été subdivisé en plusieurs sous-marchés nationaux et plus de la moitié du réseau a ainsi été dérégulé. En France, selon le degré de concurrence, des produits d'accès réglementés ne doivent en principe pas être offerts en fonction des coûts dans certaines régions.

6 Résumé et conclusion

La réglementation de l'accès doit abaisser les barrières à l'entrée sur le marché et favoriser la concurrence de manière prospective. Selon la LTC, la réglementation sectorielle présuppose l'existence d'une position dominante sur un marché donné. Ce marché doit être délimité en termes de produits et de zone géographique.

La pratique dans le domaine des télécommunications en Suisse a montré que Swisscom en tant que fournisseur historique n'est pas systématiquement et dans tous les cas considéré par la ComCom comme un fournisseur en position dominante.

⁶ Recommandation 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*, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:32014H0710>, 16.02.2018.

La subdivision géographique d'un marché de produits en plusieurs marchés partiels est une pratique usuelle en Suisse comme à l'étranger. Dans le domaine des télécommunications, en Suisse, un seul marché – à savoir le marché des lignes louées – a été jusqu'ici subdivisé en un marché partiel non compétitif régulé et un marché partiel compétitif non régulé.

Dans l'UE, le marché des télécommunications présente une image plus contrastée : des marchés régionalement différents et/ou des mesures de régulation régionalement différenciées sont observés dans plusieurs pays, avec une tendance à la hausse. Dans certains pays, les fournisseurs historiques sont soumis à une régulation nationale sur des marchés donnés; dans d'autres, ils ne sont pas soumis à une régulation sur certains marchés ou dans certaines régions. Par ailleurs, certains fournisseurs alternatifs occupent aussi une position dominante sur le marché et sont donc soumis à une régulation.

La révision de la LTC proposée par le Conseil fédéral prévoit un ensemble plus flexible de règles pour la réglementation technologiquement neutre de l'accès en cas de position dominante sur le marché. En combinaison avec la pratique usuelle de la délimitation géographique des marchés, une régulation différente selon les régions sera admise mais uniquement là où elle sera absolument nécessaire; une telle régulation pourra en outre se limiter à des mesures plus douces mais néanmoins efficaces. Dans les régions où la concurrence est suffisante, il sera possible de renoncer, totalement ou partiellement, à une régulation sectorielle, alors que la concurrence pourra être stimulée dans d'autres régions par une intervention ciblée.