

RECOMMANDATIONS

COMMISSION

RECOMMANDATION DE LA COMMISSION

du 17 décembre 2007

concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques

*[notifiée sous le numéro C(2007) 5406]***(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)**

(2007/879/CE)

LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté européenne,

vu la 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 ⁽¹⁾, et notamment son article 15, paragraphe 1,

mentation ex ante est d'apporter des avantages au consommateur final en rendant les marchés de détail concurrentiels de manière durable. La définition des marchés pertinents peut varier et varie effectivement au fil du temps, à mesure que les caractéristiques des produits et des services évoluent et que les possibilités de substitution du côté de la demande et de l'offre se modifient. La recommandation 2003/311/CE est en vigueur depuis plus de quatre ans. Il est donc opportun de réviser sa première édition en tenant compte de l'évolution du marché. Par conséquent, la présente recommandation remplace la recommandation 2003/311/CE de la Commission ⁽²⁾.

considérant ce qui suit:

- (1) La directive 2002/21/CE instaure un cadre législatif régissant le secteur des réseaux et services de communications électroniques dont le but est de répondre aux mouvements de convergence dans ce secteur en englobant l'ensemble des réseaux et services de communications électroniques. L'objectif est de réduire progressivement la réglementation sectorielle ex ante au fur et à mesure que la concurrence s'intensifie sur le marché.
- (2) La présente recommandation a pour objet de recenser les marchés de produits et de services sur lesquels une réglementation ex ante peut se justifier, conformément à l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/21/CE. L'objectif final de toute intervention en matière de régle-

- (3) L'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/21/CE requiert de la Commission qu'elle définisse les marchés en conformité avec les principes du droit de la concurrence. Les principes du droit de la concurrence sont donc utilisés dans la présente recommandation pour délimiter des marchés de produits au sein du secteur des communications électroniques, tandis que le recensement et la sélection de marchés particuliers aux fins de la réglementation ex ante se font sur la base de caractéristiques de ces marchés qui peuvent justifier l'imposition d'obligations réglementaires ex ante. La terminologie utilisée dans la présente recommandation est fondée sur celle utilisée dans les directives 2002/21/CE et 2002/22/CE. La note explicative de la présente recommandation décrit les technologies en constante évolution liées à ces marchés. Conformément à la directive 2002/21/CE, il appartient aux autorités réglementaires nationales de définir les marchés pertinents correspondant aux circonstances nationales, en particulier les marchés géographiques pertinents sur leur territoire.

⁽¹⁾ JO L 108 du 24.4.2002, p. 33. Directive modifiée par le règlement (CE) n° 717/2007 (JO L 171 du 29.6.2007, p. 32).

⁽²⁾ JO L 114 du 8.5.2003, p. 45.

- (4) Dans la présente recommandation, le point de départ du recensement des marchés est la définition des marchés de détail dans une perspective d'avenir, compte tenu de la substituabilité du côté de la demande et de l'offre. Après avoir défini les marchés de détail, on pourra aborder le recensement des marchés de gros pertinents. Si le marché en aval est approvisionné par une ou des entreprises intégrées verticalement, il ne peut y avoir de marché de gros (pour grossistes) en l'absence de réglementation. En conséquence, si le recensement du marché se justifie, il peut être nécessaire de concevoir un marché de gros fictif en amont. Dans le secteur des communications électroniques, les marchés sont souvent de nature double, car ils englobent des services fournis par l'intermédiaire de réseaux ou de plates-formes qui rassemblent des utilisateurs situés de part et d'autre du marché, par exemple des utilisateurs finaux qui échangent des communications, ou des émetteurs et des récepteurs d'informations ou de contenus. Ces aspects doivent être pris en compte lors du recensement et de la définition des marchés, car, en fonction d'eux, un marché peut être défini de différentes manières et avoir ou non les caractéristiques qui peuvent justifier l'imposition d'obligations réglementaires ex ante.
- (5) Pour recenser les marchés susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante, il y a lieu d'appliquer les critères cumulatifs suivants. Le premier critère est la présence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée, qu'elles soient de nature structurelle, légale ou réglementaire. Cependant, eu égard au caractère dynamique et au fonctionnement des marchés des communications électroniques, les possibilités de lever ces barrières à l'entrée dans un délai adéquat doivent également être prises en considération dans l'analyse prospective effectuée en vue de recenser les marchés pertinents susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante. Par conséquent, le deuxième critère consiste à admettre uniquement les marchés dont la structure ne présage pas d'évolution vers une situation de concurrence effective. Il faut pour cela examiner quelle est la situation de la concurrence au-delà des barrières à l'entrée. Le troisième critère réside dans l'incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul à la ou aux défaillance(s) concernée(s) du marché.
- (6) En ce qui concerne les premier et deuxième critères, les principaux indicateurs à considérer lors de l'évaluation sont analogues à ceux examinés dans le contexte d'une analyse de marché prospective. Il s'agit en particulier des indicateurs concernant les barrières à l'entrée en l'absence de réglementation (notamment l'ampleur des coûts irrécupérables), la structure du marché, les performances et la dynamique du marché, notamment des indicateurs comme les parts de marché et les tendances en la matière, les prix du marché et les tendances en la matière, ainsi que l'étendue et la couverture des réseaux ou infrastructures en concurrence. Tout marché est susceptible de faire l'objet d'une réglementation ex ante s'il répond aux trois critères en l'absence de celle-ci.
- (7) Les nouveaux marchés émergents ne doivent pas être soumis à des obligations non justifiées, même s'il existe un «avantage du précurseur», conformément à la directive 2002/21/CE. On considère comme nouveaux marchés émergents les marchés de produits ou de services pour lesquels, en raison de leur caractère nouveau, il est très difficile de prédire les conditions de la demande aussi bien que celles de l'offre ou les conditions d'entrée sur le marché, et donc d'appliquer les trois critères. En ne soumettant pas les nouveaux marchés émergents à des obligations non justifiées, on vise à encourager l'innovation, comme l'impose l'article 8 de la directive 2002/21/CE; en même temps, il convient d'empêcher le verrouillage de ces marchés par une entreprise dominante, comme l'indiquent aussi les lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques⁽¹⁾. Les mises à jour progressives des infrastructures de réseau existantes aboutissent rarement à un marché nouveau ou émergent. Il faut établir l'absence de substituabilité d'un produit du point de vue de l'offre comme du point de vue de la demande avant de pouvoir conclure que ce produit ne fait pas partie d'un marché existant. L'émergence de nouveaux services de détail peut donner naissance à un nouveau marché de gros dérivé dans la mesure où ces services de détail ne peuvent être fournis en utilisant les produits de gros existants.
- (8) Deux types de barrières à l'entrée ont été retenus aux fins de la présente recommandation: les barrières structurelles et les barrières légales ou réglementaires.
- (9) Les barrières structurelles découlent des caractéristiques initiales du niveau de la demande ou de la structure de coûts qui en découle créant des conditions asymétriques entre les opérateurs en place et les nouveaux arrivants, freinant ou empêchant l'entrée sur le marché de ces derniers. Ainsi, les barrières structurelles peuvent s'avérer élevées sur un marché caractérisé par des avantages de coûts absolus, des économies d'échelle et/ou de gamme massives, des contraintes de capacité et par des coûts irrécupérables importants. À l'heure actuelle, ce type de barrières entrave encore le déploiement et/ou la fourniture généralisée de réseaux d'accès local en positions déterminées. On est également en présence d'une barrière structurelle lorsque la fourniture de services requiert un élément de réseau qui ne peut être reproduit pour des raisons techniques ou seulement à un coût dissuasif pour les concurrents.

(1) JO C 165 du 11.7.2002, p. 6.

- (10) Les barrières légales ou réglementaires ne résultent pas de conditions économiques mais de mesures législatives, administratives ou d'autres actes des pouvoirs publics ayant un effet direct sur les conditions d'entrée et/ou la position des opérateurs sur le marché pertinent. On peut citer comme exemple de barrière légale ou réglementaire à l'entrée sur le marché la limitation du nombre d'entreprises ayant accès au spectre pour la fourniture de services sous-jacents, ou encore les contrôles des prix et les autres mesures de ce type appliquées aux entreprises, qui entravent non seulement l'entrée, mais aussi le positionnement des entreprises sur le marché. Les barrières légales ou réglementaires qui peuvent être supprimées dans un délai déterminé ne doivent normalement pas être considérées comme constituant une barrière économique à l'entrée qui permettrait de remplir le premier critère.
- (11) L'importance des barrières à l'entrée peut être relativisée sur des marchés orientés vers l'innovation, évoluant au rythme des progrès technologiques. En effet, les pressions concurrentielles découlent souvent dans ce cas des ambitions innovatrices de concurrents potentiels qui ne sont pas encore présents sur le marché. Sur ces marchés d'innovation, une concurrence dynamique ou à plus long terme peut naître entre des entreprises qui ne sont pas nécessairement concurrentes sur un marché «statique» existant. La présente recommandation ne recense pas les marchés à l'entrée desquels les barrières ne sont pas supposées persister au-delà d'un délai prévisible. Pour déterminer si des barrières à l'entrée sont susceptibles de persister en l'absence de réglementation, il est nécessaire d'examiner si le secteur a connu des entrées fréquentes et réussies sur le marché, et si ces entrées sont suffisamment imminentes et persistantes, ou le seront probablement, pour limiter la puissance sur le marché. La portée des barrières à l'entrée dépendra entre autres du volume de production effectif minimal et des coûts irrécupérables.
- (12) Même lorsqu'un marché est caractérisé par des barrières élevées à l'entrée, d'autres facteurs structurels peuvent indiquer que les entreprises présentes tendront vers un comportement effectivement concurrentiel au cours de la période visée. La dynamique du marché peut provenir par exemple d'évolutions technologiques ou de la convergence de produits et de marchés, qui peut donner lieu à des pressions concurrentielles entre opérateurs actifs sur des marchés de produits distincts. C'est aussi le cas des marchés abritant un nombre limité, mais suffisant, d'entreprises qui se distinguent par leur structure de coûts et répondent à une demande élastique par rapport au prix. Il peut également arriver qu'un excès de capacités sur un marché encourage des entreprises rivales à augmenter très rapidement leur production à chaque hausse de prix. Sur ces marchés, on peut observer une variation dans le temps des parts de marché et/ou des chutes de prix. Lorsque la dynamique du marché évolue rapidement, il convient d'apporter un soin particulier au choix du délai, afin que les évolutions pertinentes du marché soient visibles.
- (13) Avant de décider qu'un marché est susceptible d'être soumis à une réglementation ex ante, il faut aussi déterminer si le droit de la concurrence suffit à remédier aux défaillances du marché qui résultent de la conformité avec les deux premiers critères. Les interventions du droit de la concurrence seront probablement insuffisantes si une intervention visant à remédier à une défaillance du marché doit satisfaire à un grand nombre de critères de conformité ou si des interventions fréquentes et/ou réalisées dans un délai imparti sont indispensables.
- (14) L'application de ces trois critères devrait réduire le nombre de marchés du secteur des communications électroniques dans lesquels des obligations réglementaires ex ante sont imposées, contribuant ainsi à l'objectif de réduire progressivement la réglementation sectorielle ex ante au fur et à mesure que la concurrence s'intensifie sur les marchés, fixé par le cadre réglementaire. Ces critères doivent s'appliquer de manière cumulative, de sorte que le non-respect d'un seul d'entre eux indique qu'un marché ne doit pas être considéré comme susceptible de faire l'objet d'une réglementation ex ante.
- (15) Des contrôles réglementaires relatifs à la tarification de détail ne devraient être appliqués que lorsque les autorités réglementaires nationales estiment que les mesures applicables aux prix de gros ou les mesures relatives à la sélection ou présélection des opérateurs ne permettraient pas, contrairement au but recherché, de garantir une réelle concurrence et de défendre l'intérêt public. En intervenant au niveau de la vente en gros, y compris avec des mesures correctrices pouvant influencer sur les marchés de détail, les États membres peuvent faire en sorte qu'une part aussi importante que possible de la chaîne de valeur ajoutée soit ouverte normalement à la concurrence, ce qui aboutit à des résultats optimaux pour l'utilisateur final. La présente recommandation a donc pour principal objet de recenser des marchés de gros dont la réglementation a pour but de remédier à un manque de concurrence effective qui est manifeste sur les marchés des utilisateurs finaux. Si une autorité réglementaire nationale démontre que les interventions au niveau du marché de gros ont échoué, le marché de détail correspondant sera susceptible de faire l'objet d'une réglementation ex ante à condition que les trois critères exposés ci-dessus soient remplis.
- (16) Le recensement de marchés en vertu de la présente recommandation ne porte pas préjudice à la définition de marchés dans le cadre d'affaires spécifiques en droit de la concurrence. En outre, la portée de la réglementation ex ante n'influence pas la portée des activités qui peuvent être analysées au titre du droit de la concurrence.

- (17) Les marchés énumérés en annexe ont été sélectionnés sur la base de ces trois critères cumulatifs. Pour les marchés non énumérés dans la présente recommandation, les autorités réglementaires nationales doivent appliquer le test des trois critères au marché concerné. Pour les marchés figurant à l'annexe de la recommandation 2003/311/CE qui ne sont pas énumérés à l'annexe de la présente recommandation, les autorités réglementaires nationales devraient être compétentes pour appliquer le test des trois critères afin de déterminer, sur la base des circonstances nationales, si un marché est toujours susceptible de faire l'objet d'une réglementation ex ante. Pour les marchés énumérés dans la présente recommandation, une autorité réglementaire nationale peut choisir de ne pas mener d'analyse du marché si elle montre que le marché en question ne satisfait à aucun des trois critères. Les autorités réglementaires nationales peuvent définir des marchés qui diffèrent de ceux figurant dans la présente recommandation, à condition de procéder conformément aux dispositions de l'article 7 de la directive 2002/21/CE. Tout manquement à l'obligation de notifier un projet de mesure ayant une incidence sur les échanges entre les États membres, comme décrit au considérant 38 de la directive 2002/21/CE, peut entraîner l'ouverture d'une procédure d'infraction. Les marchés ne figurant pas dans la présente recommandation devront être définis sur la base des principes de concurrence énoncés dans la communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence ⁽¹⁾ et se conformer aux lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché ⁽²⁾, en plus de satisfaire aux trois critères définis plus haut.
- (18) Le fait que la présente recommandation recense les marchés de produits et de services auxquels une réglementation ex ante peut s'appliquer ne signifie pas pour autant qu'une réglementation se justifie systématiquement ou que ces marchés seront soumis aux obligations réglementaires fixées dans les directives particulières. Notamment, la réglementation ne peut pas être imposée ou doit être retirée dans le cas où il y a une concurrence effective en l'absence de réglementation, c'est-à-dire si aucun opérateur ne dispose d'une puissance significative sur le marché au sens de l'article 14 de la directive 2002/21/CE. Il faut que les obligations réglementaires soient adéquates et fondées sur la nature du problème constaté et qu'elles soient proportionnées et justifiées au regard des objectifs énoncés dans la directive 2002/21/CE, notamment en veillant à ce que les utilisateurs retirent un bénéfice maximal, en veillant à ce que la concurrence ne soit

pas faussée ni entravée, en encourageant des investissements efficaces en matière d'infrastructures, en soutenant l'innovation, en encourageant l'utilisation et la gestion efficaces des radiofréquences et des ressources de numérotation.

- (19) La présente recommandation a fait l'objet d'une consultation publique ainsi que d'une consultation des autorités réglementaires nationales et des autorités nationales de la concurrence,

RECOMMANDE:

- 1) Il est recommandé aux autorités réglementaires nationales d'analyser les marchés de produits et de services énumérés en annexe lorsqu'elles définissent les marchés pertinents correspondant aux circonstances nationales conformément à l'article 15, paragraphe 3, de la directive 2002/21/CE.
- 2) Lorsqu'elles recensent des marchés autres que ceux énumérés en annexe, les autorités réglementaires nationales doivent s'assurer que les trois critères suivants sont remplis en même temps:
 - a) la présence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée, qu'elles soient de nature structurelle, légale ou réglementaire;
 - b) une structure de marché qui ne présage pas d'évolution vers une situation de concurrence effective au cours de la période visée. Il faut pour cela examiner quelle est la situation de la concurrence au-delà des barrières à l'entrée;
 - c) l'incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul à la ou aux défaillances concernées du marché.
- 3) La présente recommandation ne préjuge pas la définition des marchés, des résultats de l'analyse des marchés ni des obligations réglementaires adoptées par les autorités réglementaires nationales conformément à l'article 15, paragraphe 3, et à l'article 16 de la directive 2002/21/CE avant la date d'adoption de la présente recommandation.
- 4) Les États membres sont destinataires de la présente recommandation.

Fait à Bruxelles, le 17 décembre 2007.

Par la Commission
Neelie KROES
Membre de la Commission

⁽¹⁾ JO C 372 du 9.12.1997, p. 5.

⁽²⁾ JO C 165 du 11.7.2002, p. 6.

ANNEXE

Marchés de détail

1. Accès au réseau téléphonique public en position déterminée pour la clientèle résidentielle et non résidentielle.

Marchés de gros

2. Départ d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée.

Aux fins de la présente recommandation, le départ d'appel est réputé comprendre l'acheminement local des appels, et ses limites sont définies dans un souci de cohérence, dans le contexte national, avec la délimitation du marché de transit d'appel et de terminaison d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée.

3. Terminaison d'appel sur divers réseaux téléphoniques publics individuels en position déterminée.

Aux fins de la présente recommandation, la terminaison d'appel est réputée comprendre l'acheminement local des appels, et ses limites sont définies dans un souci de cohérence, dans le contexte national, avec la délimitation du marché de départ d'appel et de transit d'appel sur le réseau téléphonique public en position déterminée.

4. Fourniture en gros d'accès (physique) à l'infrastructure du réseau (y compris l'accès partagé ou totalement dégroupé) en position déterminée.

5. Marché de la fourniture en gros d'accès à large bande.

Ce marché englobe l'accès aux réseaux non physiques ou virtuels, y compris l'accès «bit-stream» en position déterminée. Ce marché est situé en aval de l'accès physique qui relève du marché 4 ci-dessus, car la fourniture en gros d'accès à large bande peut être mise en place en utilisant cette ressource en combinaison avec d'autres éléments.

6. Fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées, quelle que soit la technologie utilisée pour fournir la capacité louée ou réservée.

7. Terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles individuels.
-