

**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**

(2002/C 165/03)

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

## 1. Introduction

### 1.1. Champ d'application et objectif des lignes directrices

1. Les présentes lignes énoncent les principes sur lesquels les autorités réglementaires nationales (ARN) doivent fonder leur analyse des marchés et de la concurrence effective en application du nouveau cadre réglementaire pour les réseaux et les services de communications électroniques.
2. Ce nouveau cadre réglementaire se compose de cinq directives: 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 <sup>(1)</sup>, ci-après dénommée «directive cadre»; la directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques <sup>(2)</sup>, ci-après dénommée directive «Autorisation»; la directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion <sup>(3)</sup>, ci-après dénommée directive «Accès»; la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques <sup>(4)</sup>, ci-après dénommée directive «Service universel»; et une directive du Parlement européen et du Conseil concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques <sup>(5)</sup>. Cependant, tant que cette dernière directive n'a pas été formellement adoptée, la référence reste la directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications <sup>(6)</sup>, ci-après dénommée directive «Protection des données».
3. Dans le cadre réglementaire de 1998, les segments de marché du secteur des télécommunications soumis à une réglementation *ex ante* étaient décrits dans les directives correspondantes, mais ils n'étaient pas définis en tant que marchés conformément aux principes du droit de la concurrence. Sur les segments définis par le cadre réglementaire de 1998, les ARN avaient le pouvoir de désigner des entreprises détenant 25 % des parts de marché comme étant puissantes sur le marché, avec la possibilité de s'écarter de ce seuil compte tenu de la capacité de l'entreprise à influencer le marché, de son chiffre d'affaires eu égard à la taille du marché, de son contrôle des moyens d'accéder aux utilisateurs finals, de son accès aux ressources financières et de son expérience dans la fourniture de produits et de services sur le marché.
4. Dans le nouveau cadre réglementaire, les marchés à réguler sont définis conformément aux principes du

droit européen de la concurrence. Ils ont été recensés par la Commission dans sa recommandation relative aux marchés pertinents de produits et de services conformément à l'article 15, paragraphe 1, de la directive «Cadre» (ci-après dénommée «recommandation»). Lorsque les circonstances nationales le justifient, d'autres marchés peuvent également être désignés par les ARN conformément aux procédures décrites aux articles 6 et 7 de la directive «Cadre». S'il existe des marchés transnationaux susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante*, la Commission les recensera, le cas échéant, dans une décision relative aux marchés transnationaux pertinents, conformément à l'article 15, paragraphe 4, de la directive «Cadre» (ci-après dénommée «décision sur les marchés transnationaux»).

5. Sur l'ensemble de ces marchés, les ARN n'interviendront pour imposer des obligations aux entreprises que si elles considèrent que les marchés ne sont pas en situation de concurrence réelle <sup>(7)</sup> du fait que ces entreprises ont acquis une position équivalente à une position dominante au sens de l'article 82 du traité CE <sup>(8)</sup>. La notion de position dominante a été définie par la jurisprudence de la Cour de justice comme une position de force économique permettant à une entreprise de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et en fin de compte des consommateurs. Dans le nouveau cadre réglementaire, contrairement à la situation antérieure, la Commission et les ARN entendent donc se fonder sur les principes et les méthodes du droit de la concurrence pour définir les marchés qui devront être soumis à une réglementation *ex ante* et apprécier la puissance des entreprises sur ces marchés.
6. Les présentes lignes directrices ont pour but de guider les ARN dans l'exercice de leurs nouvelles responsabilités en matière de définition des marchés et d'évaluation de la puissance sur ces marchés. La Commission les a adoptées en application de l'article 15, paragraphe 2, de la directive «Cadre», après avoir consulté les autorités nationales compétentes et organisé une consultation publique dont les résultats ont été pris en considération.
7. Aux termes de l'article 15, paragraphe 3, de la directive «Cadre», les ARN devraient absolument tenir compte de ces lignes directrices. La Commission attachera beaucoup d'importance à cet aspect lorsqu'elle évaluera la proportionnalité et la légalité des décisions prises par les ARN au regard des objectifs d'action énoncés à l'article 8 de la directive «Cadre».
8. Ces lignes directrices traitent en particulier les aspects suivants: a) définition du marché, b) évaluation de la puissance sur le marché, c) désignation des entreprises puissantes sur le marché, et d) questions de procédure en rapport avec ces thèmes.

9. Les lignes directrices ont été conçues à l'usage des ARN pour:

- déterminer la dimension géographique des marchés de produits et de services recensés dans la recommandation. Les ARN ne définiront pas la portée géographique de marchés transnationaux, puisque ce sera la mission d'une éventuelle décision sur les marchés transnationaux,
- procéder, selon la méthode décrite à la section 3 du présent document, à une analyse des conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence tant sur les marchés recensés dans la recommandation et la décision que sur les marchés définis par les ARN elles-mêmes,
- recenser, selon les procédures décrites aux articles 6 et 7 de la directive «Cadre», les marchés pertinents nationaux ou subnationaux de produits et de services qui ne figurent pas dans la recommandation et dont la désignation est justifiée au vu des circonstances nationales,
- désigner, une fois terminée l'analyse de marché, les entreprises puissantes sur le marché pertinent et imposer des mesures *ex ante* proportionnées, compatibles avec les dispositions du cadre réglementaire, comme il est décrit aux sections 3 et 4 des présentes lignes directrices,
- aider les États membres et les ARN à mettre en œuvre l'article 11, paragraphe 1, point f), de la directive «Autorisation» et l'article 5, paragraphe 1, de la directive «Cadre», et veiller ainsi à ce que les entreprises se conforment à l'obligation de fournir toutes les informations nécessaires pour permettre aux ARN de déterminer les marchés pertinents et d'apprécier la puissance des entreprises sur ces marchés,
- orienter les ARN dans le traitement des informations confidentielles susceptibles de leur être communiquées par:
  - les entreprises, en vertu de l'article 11, paragraphe 1, point f), de la directive «Autorisation» et de l'article 5, paragraphe 1, de la directive «Cadre»,
  - les autorités nationales de la concurrence (ANC), dans le cadre de la coopération prévue à l'article 3, paragraphe 5, de la directive «Cadre», et
  - la Commission et une ARN d'un autre État membre, dans le cadre de la coopération prévue à l'article 5, paragraphe 2, de la directive «Cadre».

10. Les présentes lignes directrices sont structurées de façon suivante:

La **section 1** comprend une introduction et une synthèse du contexte, de l'objectif, de la portée et du contenu des lignes directrices. La **section 2** décrit la méthodologie que les ARN devront employer pour définir la portée géographique des marchés recensés dans la recommanda-

tion, ainsi que les marchés pertinents ne figurant pas dans la recommandation. La **section 3** décrit les critères d'appréciation de la puissance sur un marché pertinent. La **section 4** donne une indication des conclusions possibles auxquelles les ARN peuvent arriver dans leur analyse du marché et décrit les mesures qui peuvent être envisagées. La **section 5** décrit les pouvoirs d'investigation des ARN, suggère des procédures de coordination entre les ARN, ainsi qu'entre celles-ci et les ANC, et décrit les procédures de coordination et de coopération entre les ARN et la Commission. Enfin, la **section 6** décrit des procédures de consultation publique et de publication des projets de décision des ARN.

11. Les présentes lignes directrices ont pour principal objectif de garantir la cohérence des approches suivies par les ARN dans l'application du nouveau cadre réglementaire, en particulier lorsqu'il s'agit pour elles de désigner les entreprises puissantes sur le marché.
12. En publiant les présentes lignes directrices, la Commission entend également expliquer aux parties intéressées et aux entreprises opérant dans le secteur des communications électroniques la manière dont les ARN devraient apprécier la puissance sur le marché en application de la directive «Cadre», afin d'entourer la mise en œuvre de cette législation sectorielle d'un maximum de transparence et de certitude juridique.
13. La Commission modifiera, si nécessaire, les lignes directrices à la lumière de l'expérience acquise dans l'application du cadre réglementaire et de l'évolution de la jurisprudence du Tribunal de première instance et de la Cour de justice.
14. Les présentes lignes directrices ne limitent en rien les droits conférés par la législation communautaire aux particuliers et aux entreprises. Elles ne portent en aucune manière préjudice à l'application, par la Commission et les autorités nationales compétentes, du droit communautaire, et notamment des règles de concurrence ni à l'interprétation qu'en font la Cour de justice et le Tribunal de première instance. Les présentes lignes directrices ne compromettent pas les mesures que la Commission pourrait adopter à l'avenir ou les lignes directrices qu'elle pourrait publier en ce qui concerne l'application du droit européen de la concurrence.

#### 1.2. Principes et objectifs sous-tendant les mesures sectorielles

15. Les ARN doivent s'efforcer d'atteindre les objectifs d'action énumérés à l'article 8, paragraphes 2, 3 et 4, de la directive «Cadre». Ces objectifs se répartissent en trois catégories:
  - promouvoir l'instauration d'un marché ouvert et concurrentiel pour les réseaux et les services de communications électroniques et les ressources associées,
  - développer le marché intérieur, et
  - soutenir les intérêts des citoyens de l'Union européenne.

16. L'objectif visé par l'imposition d'obligations *ex ante* aux entreprises désignées comme puissantes sur le marché est de garantir que ces entreprises ne puissent utiliser leur puissance de marché pour restreindre ou fausser la concurrence sur le marché pertinent ni faire jouer cette puissance sur des marchés adjacents.
  17. Ces obligations réglementaires ne devraient être imposées qu'aux marchés des communications électroniques dont les caractéristiques pourraient justifier l'application de mesures sectorielles et sur lesquels les ARN compétentes ont recensé un ou plusieurs opérateurs puissants.
  18. Les marchés de produits et de services dont les caractéristiques pourraient justifier l'application d'une réglementation sectorielle sont recensés par la Commission dans sa recommandation et par les ARN, selon les procédures décrites aux articles 6 et 7 de la directive «Cadre», lorsque les circonstances nationales justifient la désignation de marchés pertinents différents<sup>(9)</sup>. En outre, certains autres marchés sont expressément désignés à l'article 6 de la directive «Accès» et aux articles 18 et 19 de la directive «Service universel».
  19. Pour chacun de ces marchés pertinents, les ARN détermineront si la concurrence s'exerce de manière effective. Conclure qu'une concurrence effective existe sur un marché pertinent revient à conclure qu'aucun opérateur ne jouit, individuellement ou conjointement, d'une position dominante sur ce marché. Ainsi, aux fins de l'application du nouveau cadre réglementaire, on parlera de «concurrence effective» lorsqu'aucune entreprise sur le marché pertinent n'occupe, seule ou avec d'autres entreprises, une position dominante individuelle ou conjointe. Lorsque les ARN concluent à l'absence de concurrence effective sur un marché pertinent, elles désignent les entreprises jugées puissantes sur le marché et leur imposent des obligations spécifiques, ou maintiennent et adaptent ces obligations lorsqu'elles s'appliquent déjà, conformément à l'article 16, paragraphe 4, de la directive «Cadre».
  20. Aux fins de l'analyse du marché visée à l'article 16 de la directive «Cadre», les ARN procéderont à une évaluation structurelle prospective du marché pertinent, en se fondant sur les conditions existantes. Les ARN devront chercher à savoir si le marché est potentiellement concurrentiel et, de là, si une éventuelle absence de concurrence effective est susceptible de perdurer<sup>(10)</sup>, en tenant compte de l'évolution escomptée ou prévisible du marché pendant une période d'une durée raisonnable. Cette durée doit être choisie en fonction des caractéristiques propres au marché considéré et de la date prévue pour le prochain examen du marché pertinent par les ARN. Les ARN devront exploiter des données anciennes dans leur analyse, pour autant que ces données renseignent sur l'évolution de ce marché dans un avenir proche.
  21. Si les ARN désignent des entreprises comme étant puissantes sur le marché, elles doivent leur imposer une ou des obligations réglementaires conformément aux directives applicables et dans le respect du principe de proportionnalité. À titre exceptionnel, les ARN peuvent imposer des obligations en matière d'accès et d'interconnexion qui vont au-delà de ce que prévoit la directive «Accès», pour autant qu'elles aient obtenu l'accord préalable de la Commission conformément aux dispositions de l'article 8, paragraphe 3, de ladite directive.
  22. Dans l'exercice de la mission réglementaire qu'elles assument en vertu des articles 15 et 16 de la directive «Cadre», les ARN jouissent de pouvoirs discrétionnaires qui témoignent de la complexité de l'ensemble des facteurs déterminants qu'elles doivent apprécier (aspects économiques, factuels et juridiques) pour recenser les marchés pertinents et repérer les entreprises puissantes sur le marché. Ces pouvoirs discrétionnaires demeurent néanmoins subordonnés aux procédures prévues aux articles 6 et 7 de la directive «Cadre».
  23. Les décisions prises par les ARN conformément aux directives auront une influence sur le développement du marché intérieur. Afin de prévenir tout effet indésirable sur le fonctionnement du marché intérieur, les ARN doivent veiller à mettre en œuvre de façon cohérente les dispositions auxquelles s'appliquent les présentes lignes directrices. Une telle cohérence ne peut être obtenue que par une coordination et une coopération étroites avec les autres ARN, avec les ANC et avec la Commission, ainsi que le prévoit la directive «Cadre» et selon les modalités recommandées à la section 5.3 des présentes lignes directrices.
- ### 1.3. Relation avec le droit de la concurrence
24. Dans le nouveau cadre réglementaire, les marchés sont définis et la puissance sur le marché est appréciée en utilisant les mêmes méthodes qu'en droit de la concurrence. C'est pourquoi la détermination de la portée géographique des marchés recensés dans la recommandation, la définition, si nécessaire, des marchés pertinents de produits ou des services ne figurant pas dans la recommandation et l'évaluation de la concurrence effective par les ARN devraient être conformes à la jurisprudence et à la pratique qui ont été établies dans le domaine de la concurrence. Pour garantir la cohérence des approches suivies, les présentes lignes directrices se fondent sur 1) la jurisprudence existante du Tribunal de première instance et de la Cour de justice concernant la définition du marché et la notion de position dominante au sens de l'article 82 du traité CE et de l'article 2 du règlement «Concentrations»<sup>(11)</sup>, 2) les lignes directrices concernant l'application des règles de concurrence de la Communauté au secteur des télécommunications<sup>(12)</sup>, 3) la communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence<sup>(13)</sup>, ci-après dénommée «communication sur la définition du marché», et 4) la communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications<sup>(14)</sup>, ci-après dénommée «communication sur l'accès».

25. Le recours à des méthodes analogues garantit que le marché pertinent défini aux fins de la réglementation sectorielle correspond, dans la plupart des cas, aux définitions du marché utilisées par le droit de la concurrence. Dans certains cas, et pour les raisons exposées à la section 2 des présentes lignes directrices, les marchés définis par la Commission et les autorités de la concurrence dans les affaires de concurrence peuvent différer des marchés recensés dans la recommandation et la décision ou des marchés définis par les ARN en application de l'article 15, paragraphe 3, de la directive «Cadre». Il est clairement indiqué à l'article 15, paragraphe 1, de cette directive que les marchés seront définis par les ARN aux fins de la réglementation *ex ante* sans préjudice de ceux qui sont définis par les ANC et par la Commission dans l'exercice de leurs pouvoirs respectifs dans le cadre d'affaires spécifiques en droit de la concurrence.
26. Aux fins de l'application du droit communautaire de la concurrence, la communication de la Commission sur la définition du marché explique que la notion de marché pertinent est étroitement liée aux objectifs poursuivis dans le cadre des politiques communautaires. Les marchés au sens des articles 81 et 82 du traité CE sont généralement définis *a posteriori*. L'analyse se fonde alors sur des phénomènes qui se sont déjà produits et n'est pas influencée par une éventuelle évolution ultérieure. À l'inverse, dans le cadre du contrôle des opérations de concentration prévu par le droit communautaire de la concurrence, les marchés sont généralement définis en termes prospectifs.
27. Quant aux marchés pertinents définis aux fins de la réglementation sectorielle, ils seront toujours évalués de façon prospective puisque les ARN incluent dans cette évaluation une appréciation de l'évolution ultérieure du marché. Cependant, ces évaluations prospectives du marché pertinent ne devraient pas non plus omettre, le cas échéant, certains éléments d'analyse anciens (voir également la section 2). Le point de départ d'une analyse de marché aux fins de l'article 15 de la directive «Cadre» n'est pas l'existence d'une entente ou d'une pratique concertée au sens de l'article 81 du traité CE ni d'une concentration au sens du règlement «Concentrations» ni encore d'une présomption d'abus de position dominante au sens de l'article 82 du traité CE, mais une évaluation globale prospective de la structure et du fonctionnement du marché considéré. Bien que les ARN et les autorités de la concurrence examinant les mêmes questions dans les mêmes circonstances et avec les mêmes objectifs devraient en principe aboutir aux mêmes conclusions, il ne peut être exclu, compte tenu des différences exposées ci-dessus et, en particulier, du champ plus large de l'évaluation des ARN, que les marchés définis aux fins du droit de la concurrence et ceux définis aux fins de la réglementation sectorielle ne soient pas toujours identiques.
28. Bien que les analyses de concentrations soient également réalisées *ex ante*, elles ne le sont pas de façon périodique comme c'est le cas pour les analyses effectuées par les ARN en vertu du nouveau cadre réglementaire. Une autorité de la concurrence n'a pas, en principe, l'occasion de passer périodiquement en revue ses décisions à la lumière de l'évolution du marché, alors que les ARN sont tenues de le faire en application de l'article 16, paragraphe 1, de la directive «Cadre». Ce facteur peut influencer la portée et l'ampleur de l'analyse de marché et de l'évaluation de la concurrence réalisées par les ARN, ce qui explique que les marchés tels que définis dans le nouveau cadre réglementaire puissent, dans certains cas, même dans des domaines similaires, être différents des marchés définis par les autorités de la concurrence.
29. On considère qu'il n'y a pas lieu d'appliquer une réglementation sectorielle *ex ante* sur les marchés qui ne sont pas recensés dans la recommandation, sauf si l'ARN parvient à justifier l'adoption d'une telle réglementation pour un marché pertinent supplémentaire ou différent, conformément à la procédure décrite à l'article 7 de la directive «Cadre».
30. La désignation d'une entreprise comme étant puissante sur un marché recensé aux fins d'une réglementation *ex ante* n'implique pas nécessairement que cette entreprise occupe également une position dominante au sens de l'article 82 du traité CE ou de dispositions nationales analogues. En outre, cette désignation n'a aucun rapport avec le fait que cette entreprise ait ou non commis un abus de position dominante au sens de l'article 82 du traité CE ou des législations nationales en matière de concurrence. Elle signifie simplement que, d'un point de vue structurel et à court ou moyen terme, l'opérateur jouit et jouira, sur le marché pertinent recensé, d'une puissance suffisante pour se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et en fin de compte des consommateurs, et ce, aux seules fins de l'article 14 de la directive «Cadre».
31. Dans la pratique, il ne peut être exclu que des procédures parallèles puissent être engagées en application d'une réglementation *ex ante* et du droit de la concurrence pour différents problèmes sur des marchés pertinents<sup>(15)</sup>. Les autorités de la concurrence peuvent donc mener leur propre analyse du marché et imposer des mesures correctives adaptées en application du droit de la concurrence, en sus des mesures sectorielles appliquées par les ARN. Néanmoins, il convient de noter qu'une telle application simultanée des remèdes par des régulateurs différents viserait des problèmes de nature différente sur ces marchés. En effet, les obligations *ex ante* imposées par les ARN aux entreprises puissantes sur le marché visent à atteindre les objectifs spécifiques énoncés dans les directives applicables, alors que les mesures correctives en application du droit de la concurrence visent à sanctionner des ententes ou des comportements abusifs qui restreignent ou faussent la concurrence sur le marché pertinent.

32. En ce qui concerne les marchés émergents, le considérant 27 de la directive «Cadre» indique que ces marchés, dans lesquels, *de facto*, l'entreprise qui domine le marché risque d'avoir une part de marché considérable, ne doivent pas pour autant être soumis à une réglementation *ex ante* inadaptée. En effet, l'imposition prématurée d'une réglementation *ex ante* peut altérer les facteurs de concurrence en germe sur un marché nouveau et émergent. Il convient parallèlement d'empêcher que les entreprises dominantes ne barrent l'accès à ces marchés émergents. Sans remettre en cause le bien-fondé de l'intervention des autorités de la concurrence dans des cas particuliers, les ARN doivent veiller à ce que toute forme d'intervention *ex ante* précoce sur un marché émergent soit totalement justifiée, d'autant qu'elles conservent la possibilité d'intervenir à un stade ultérieur, dans le contexte du réexamen périodique des marchés pertinents.

## 2. Définition du marché

### 2.1. Introduction

33. Dans les lignes directrices sur la concurrence publiées en 1991<sup>(16)</sup>, la Commission reconnaissait les difficultés inhérentes à la définition du marché pertinent dans un domaine connaissant une évolution technologique rapide tel que le secteur des télécommunications. Cela reste vrai aujourd'hui pour le secteur des communications électroniques mais, depuis la publication de ces lignes directrices, la Commission a acquis une expérience considérable dans l'application des règles de concurrence à un secteur dynamique, caractérisé par un processus constant d'évolution et d'innovation technologiques, grâce au rôle qu'elle a joué dans la gestion du passage de ce secteur du monopole à la concurrence. Il convient cependant de rappeler que le propos des présentes lignes directrices n'est pas d'expliquer la manière dont les règles de concurrence s'appliquent, d'une manière générale, au secteur des communications électroniques, mais de traiter uniquement certaines questions liées i) à la définition du marché, et ii) à l'appréciation de la puissance sur le marché au sens de l'article 14 de la directive «Cadre».

34. Pour déterminer si une entreprise est puissante sur le marché, autrement dit si «elle se trouve dans une position équivalente à une position dominante, c'est-à-dire qu'elle est en mesure de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et en fin de compte des consommateurs»<sup>(17)</sup>, il faut s'attacher en priorité à définir le marché pertinent, la concurrence effective ne pouvant être appréciée que par référence au marché ainsi défini<sup>(18)</sup>. L'utilisation du terme «marché pertinent» implique la description des produits ou des services qui constituent le marché et l'appréciation de la dimension géographique de celui-ci (les termes «produits» et «services» sont utilisés indifféremment dans le présent document). Rappelons, à cet égard, que les définitions des marchés pertinents établies en application du cadre réglementaire de 1998 se différencient de celles qui étaient utilisées aux fins de l'application des règles de concurrence, car elles se fondaient sur certains aspects particuliers des communications de bout en bout plutôt que sur les critères relatifs à l'offre et à la demande utilisés dans les analyses en droit de la concurrence<sup>(19)</sup>.

35. La définition du marché n'est pas un processus mécanique ou abstrait; elle suppose une analyse de tous les éléments d'appréciation disponibles concernant les comportements observés sur le marché par le passé et une compréhension globale des mécanismes du secteur concerné. Il convient, en particulier, d'adopter une approche non pas statique, mais dynamique, pour réaliser une analyse de marché prospective<sup>(20)</sup>. À cet égard, il est évident que toute expérience acquise par les ARN, les ANC et la Commission dans le cadre de l'application des règles de concurrence au secteur des télécommunications revêtira un intérêt particulier pour l'application de l'article 15 de la directive «Cadre». Ainsi, toute information recueillie ou constatation faite, ainsi que les études ou rapports éventuellement commandités ou utilisés par les ARN (ou les ANC) dans l'accomplissement de leur tâche, concernant les conditions de la concurrence sur les marchés des télécommunications (pour autant, bien entendu, que les conditions du marché soient restées inchangées), devraient servir de point de départ pour l'application de l'article 15 de la directive «Cadre» et la réalisation d'une analyse prospective du marché<sup>(21)</sup>.

36. Les principaux marchés de produits et de services dont les caractéristiques pourraient justifier l'imposition d'obligations réglementaires *ex ante* seront définis dans la recommandation que la Commission doit adopter en application de l'article 15, paragraphe 1, de la directive «Cadre», ainsi que dans l'éventuelle décision sur les marchés transnationaux que la Commission pourrait arrêter en application de l'article 15, paragraphe 4, de la directive «Cadre». C'est pourquoi, en pratique, la tâche des ARN se limitera normalement à déterminer la portée géographique du marché pertinent, bien qu'elles aient la possibilité, en application de l'article 15, paragraphe 3, de la directive «Cadre», de définir des marchés autres que ceux énumérés dans la recommandation, conformément à l'article 7 de ladite directive (voir la section 6).

37. Si une analyse prospective des conditions du marché peut conduire, dans certains cas, à une définition du marché différente de celle qui se dégagerait d'une analyse du marché basée sur les comportements passés<sup>(22)</sup>, les ARN doivent néanmoins chercher à préserver, dans la mesure du possible, une cohérence méthodologique entre, d'une part, les définitions du marché établies aux fins de la réglementation *ex ante* et, d'autre part, celles établies aux fins de l'application des règles de concurrence. Cela dit, comme indiqué à l'article 15, paragraphe 1, de la directive «Cadre» et dans la section 1 des présentes lignes directrices, la définition des marchés en application de la réglementation sectorielle ne porte pas préjudice à celle qui peut être utilisée dans des cas particuliers en droit de la concurrence.

### 2.2. Principaux critères de définition du marché pertinent

38. La mesure dans laquelle la fourniture d'un produit ou la prestation d'un service dans une zone géographique donnée constitue le marché pertinent dépend de l'existence de pressions concurrentielles pesant sur le comportement en matière de fixation des prix du ou des producteurs ou prestataires concernés. Pour apprécier le comportement concurrentiel des entreprises sur le marché, il convient de prendre en considération deux

principales contraintes concurrentielles: i) les possibilités de substitution du côté de la demande, et ii) les possibilités de substitution du côté de l'offre. Une troisième source de pression concurrentielle, à savoir la concurrence potentielle, peut influencer le comportement d'un opérateur. La différence entre la concurrence potentielle et les possibilités de substitution du côté de l'offre réside dans le fait que le second facteur réagit rapidement à une augmentation des prix, alors qu'il faut plus de temps à de nouveaux concurrents potentiels pour commencer à approvisionner le marché. Contrairement à la substitution du côté de l'offre, qui n'induit aucun coût important additionnel, une éventuelle entrée sur le marché implique des dépenses à fonds perdus considérables <sup>(23)</sup>. L'existence d'une concurrence potentielle doit donc être établie pour apprécier si un marché est effectivement concurrentiel au sens de la directive «Cadre», c'est-à-dire si l'on y trouve ou non des entreprises puissantes sur le marché <sup>(24)</sup>.

39. Le critère de la substituabilité du côté de la demande est utilisé pour déterminer dans quelle mesure les consommateurs sont disposés à substituer d'autres services ou produits au service ou produit en question <sup>(25)</sup>, tandis que la substituabilité du côté de l'offre indique si des fournisseurs autres que ceux qui offrent le produit ou le service en question réorienteraient, sans délai ou à court terme, leur production ou offriraient les produits ou les services en question sans encourir d'importants coûts supplémentaires.

40. Pour établir l'existence d'une éventuelle substituabilité du côté de la demande ou de l'offre, on peut notamment appliquer la méthode dite «test du monopoleur hypothétique» (hypothetical monopolist test) <sup>(26)</sup>. Ce test consiste, pour l'ARN, à s'interroger sur ce qui se passerait en cas d'augmentation faible mais significative et durable du prix d'un produit ou d'un service donné, en supposant que les prix de tous les autres produits ou services restent inchangés (ci-après dénommée «augmentation des prix relatifs»). Bien que l'importance d'une augmentation de prix varie selon les cas, dans la pratique, les ARN devraient étudier les réactions des consommateurs (particuliers ou entreprises) à une augmentation constante des prix de 5 à 10 % <sup>(27)</sup>. Les réactions des consommateurs ou des entreprises touchés permettent de déterminer s'il existe des produits de substitution et, dans l'affirmative, comment délimiter le marché de produits pertinent <sup>(28)</sup>.

41. L'ARN commence par appliquer ce test à un service ou un produit de communications électroniques offert dans une zone géographique donnée, dont les caractéristiques peuvent justifier l'imposition d'obligations réglementaires; elle l'étend ensuite à des produits ou des territoires supplémentaires, dans la mesure où la concurrence de ces produits ou territoires influence le prix du principal produit ou service en question. Sachant qu'une hausse relative des prix d'une série de produits <sup>(29)</sup> risque d'entraîner certaines pertes de ventes, la clé consiste à déterminer si ces pertes seraient suffisantes pour neutraliser l'augmentation de bénéfices qui, dans le cas contraire, résulterait de la hausse des prix. Apprécier les

possibilités de substitution du côté de la demande et du côté de l'offre permet de mesurer le volume des ventes susceptibles d'être perdues et de déterminer, par conséquent, la portée du marché pertinent.

42. En principe, le «test du monopoleur hypothétique» n'est applicable que pour les produits ou les services dont le prix est fixé librement et non réglementé. L'hypothèse de travail sera donc que les prix en vigueur sont fixés à des niveaux concurrentiels. Toutefois, si un service ou un produit est offert à un prix réglementé, calculé en fonction du coût, ce prix, en l'absence d'indications contraires, est présumé fixé à un niveau qui, sinon, serait concurrentiel, et il doit par conséquent être pris comme point de départ pour l'application du «test du monopoleur hypothétique» <sup>(30)</sup>. En théorie, si le degré d'élasticité de la demande d'un produit ou d'un service donné est élevé, même à des prix relatifs concurrentiels, l'entreprise en question n'est pas puissante sur le marché. Toutefois, si le degré d'élasticité est important même aux prix courants, cela pourrait simplement signifier que l'entreprise en question a déjà exercée sa puissance sur le marché au point que de nouvelles hausses des prix n'augmenteront pas ses bénéfices. Dans ce cas, l'application du «test du monopoleur hypothétique» peut conduire à une définition du marché différente de celle que l'on obtiendrait si les prix étaient fixés à un niveau concurrentiel <sup>(31)</sup>. Toute évaluation de la définition du marché doit donc prendre cette difficulté potentielle en considération. Cela étant dit, les ARN devraient partir de l'hypothèse que, sauf preuve du contraire, les niveaux de prix du marché fournissent un point de départ raisonnable pour entamer leur analyse.

43. Si une ARN choisit d'avoir recours au «test du monopoleur hypothétique», elle doit appliquer la méthode jusqu'à ce qu'il puisse être établi qu'une augmentation des prix relatifs à l'intérieur des marchés géographiques et de produits définis ne conduira pas les consommateurs à opter pour des substituts directement disponibles ou à s'adresser à des fournisseurs établis sur d'autres territoires.

#### 2.2.1. Marché pertinent de produits ou de services

44. Selon une jurisprudence constante, le marché pertinent de produits ou de services comprend tous les produits ou les services qui sont suffisamment interchangeables ou substituables l'un à l'autre, en fonction non seulement de leurs caractéristiques objectives, en vertu desquelles ils sont particulièrement aptes à satisfaire les besoins constants des consommateurs, de leur prix ou leur usage prévu, mais également en fonction des conditions de concurrence et/ou de la structure de la demande et de l'offre sur le marché en question <sup>(32)</sup>. Les produits ou les services qui ne présentent entre eux qu'un degré faible ou relatif d'interchangeabilité ne font pas partie du même marché <sup>(33)</sup>. Pour définir le marché pertinent de produits ou de services, les ARN devraient donc commencer par regrouper les produits ou les services qui sont utilisés à une même fin (utilisation finale) par les consommateurs.

45. Bien que l'utilisation finale d'un produit ou service soit étroitement liée à ses caractéristiques physiques, différents types de produits ou de services peuvent être utilisés à une même fin. Par exemple, les consommateurs peuvent utiliser des services différents, tels les connexions par câble ou par satellite, à une même fin, à savoir l'accès à l'Internet. Lorsque tel est le cas, les deux services (services d'accès par câble et par satellite) peuvent être inclus dans le même marché de produits. Inversement, la radiomessagerie et la téléphonie mobile, qui peuvent sembler être en mesure d'offrir le même service, c'est-à-dire l'envoi bidirectionnel de messages courts, peuvent se révéler appartenir à des marchés de produits distincts car ils sont perçus différemment par les consommateurs en termes de fonctionnalité et d'utilisation finale.
46. Pour un produit ou un service donnés, des différences tenant aux modèles de fixation des prix ou à d'autres conditions de l'offre peuvent également impliquer l'existence de groupes de consommateurs différents. Ainsi, en examinant les prix, les ARN peuvent définir des marchés séparés pour les abonnés d'affaires et les abonnés résidentiels à un service pour l'essentiel identique. Par exemple, la possibilité que les opérateurs engagés dans la fourniture de services internationaux de communications électroniques au détail ont d'opérer une discrimination entre la clientèle résidentielle et la clientèle d'affaires, en différenciant les tarifs et les réductions, a conduit la Commission à décider que ces deux groupes constituaient des marchés séparés pour ce qui concerne ces services (voir ci-dessous). Cependant, pour que des produits puissent être considérés comme des substituts du côté de la demande, il n'est pas nécessaire qu'ils soient proposés au même prix. Un produit ou un service de qualité médiocre vendu à bas prix pourrait remplacer effectivement un produit de meilleure qualité vendu plus cher. Ce qui importe, en l'occurrence, c'est la réaction probable des consommateurs à une hausse du prix relatif <sup>(34)</sup>.
47. En outre, la substituabilité des produits entre différents services de communications électroniques sera de plus en plus fréquente du fait de la convergence des différentes technologies. L'utilisation de systèmes numériques conduit à une similarité croissante, en termes de performances et de caractéristiques, des services de réseau utilisant des technologies distinctes. Ainsi, un réseau à commutation de paquets, tel que l'Internet, peut être utilisé pour transmettre des signaux vocaux numérisés en concurrence avec les services traditionnels de téléphonie vocale <sup>(35)</sup>.
48. C'est pourquoi, pour compléter l'analyse de la définition du marché, en plus des produits ou des services que leurs caractéristiques objectives, leur prix et leur usage prévu rendent suffisamment interchangeables, l'ARN devrait également examiner, si nécessaire, le degré de substituabilité du côté de la demande et de l'offre, en appliquant à cet effet le «test du monopoleur hypothétique».
- 2.2.1.1. Substitution du côté de la demande**
49. La substitution du côté de la demande permet aux ARN de déterminer les produits ou les gammes de produits vers lesquels les consommateurs pourraient facilement se tourner en cas d'augmentation des prix relatifs. Pour établir s'il y a substituabilité du côté de la demande, les ARN doivent utiliser tout élément d'appréciation concernant le comportement antérieur des consommateurs. Lorsque les données nécessaires sont disponibles, les ARN doivent examiner les variations historiques des prix de produits potentiellement concurrents, les mouvements de prix éventuellement observés dans le passé et les données tarifaires correspondantes. En pareilles circonstances, tout élément indiquant que, dans le passé, les clients se sont rapidement reportés sur d'autres produits ou services en réaction à des variations des prix doit retenir l'attention. En l'absence de données de cette nature, les ARN devront, si nécessaire, chercher à connaître et évaluer la réaction probable des consommateurs et des fournisseurs à une augmentation des prix relatifs du service en question.
50. Des coûts d'adaptation considérables peuvent néanmoins restreindre la possibilité que les consommateurs ont de remplacer un produit ou un service par un autre en cas d'augmentation faible mais significative et durable du prix. Les consommateurs qui ont investi dans une technologie ou ont réalisé tout autre investissement nécessaire pour utiliser un service ou un produit peuvent être peu enclins à supporter les surcoûts qu'implique l'adaptation à un service ou à un produit par ailleurs substituable. De même, les clients peuvent être liés à leurs fournisseurs par des contrats de longue durée ou par des coûts prohibitifs de remplacement des terminaux. En conséquence, dans une situation où les utilisateurs finals doivent supporter des coûts d'adaptation importants pour substituer le produit A au produit B, ces deux produits ne doivent pas être inclus dans le même marché pertinent <sup>(36)</sup>.
51. L'analyse de la substituabilité du côté de la demande est centrée sur le caractère interchangeable des produits ou des services du point de vue de l'acheteur. Pour délimiter correctement le marché de produits, il peut cependant être nécessaire d'examiner aussi la substituabilité potentielle du côté de l'offre.
- 2.2.1.2. Substitution du côté de l'offre**
52. Pour apprécier la portée de la substituabilité du côté de l'offre, les ARN peuvent aussi tenir compte de la probabilité que des entreprises qui ne sont pas encore actives sur le marché pertinent de produits décident d'y entrer, dans un délai raisonnable <sup>(37)</sup>, à la suite d'une augmentation des prix relatifs, c'est-à-dire une augmentation légère mais significative et durable des prix. Lorsque les coûts globaux d'adaptation de la production au produit en question sont relativement négligeables, ce produit peut entrer dans la définition du marché de produits. Le fait qu'une entreprise rivale possède certains des actifs nécessaires à la prestation d'un service donné est sans importance si un volume considérable d'investissements supplémentaires est nécessaire pour commercialiser le service en question et en tirer des bénéfices <sup>(38)</sup>. En outre, les ARN devront vérifier si un fournisseur donné utiliserait ou adapterait effectivement ses capacités pour fabriquer le produit ou offrir le service en question (en vérifiant, par exemple, si les capacités en question ne sont pas affectées à des contrats de fourniture de longue durée, etc.). Une substituabilité du côté de l'offre purement hypothétique ne suffit pas aux fins de la définition du marché.

53. Il convient également de tenir compte des exigences légales ou réglementaires qui pourraient empêcher une entrée suffisamment prompte sur le marché pertinent et réduire ainsi les possibilités de substitution du côté de l'offre. Par exemple, des retards et des obstacles dans la conclusion d'accords d'interconnexion ou de colocalisation, la négociation de toute autre forme d'accès au réseau ou l'obtention de droits de passage pour l'expansion du réseau<sup>(39)</sup>, peuvent rendre improbable à court terme la fourniture de nouveaux services et le déploiement de nouveaux réseaux par des concurrents potentiels.
54. Comme il ressort des considérations qui précèdent, le critère de substitution du côté de l'offre peut servir non seulement à définir le marché pertinent mais aussi à déterminer le nombre d'intervenants sur le marché.
- 2.2.2. Marché géographique**
55. Une fois le marché de produits pertinent défini, l'étape suivante consiste à déterminer la dimension géographique du marché. Ce n'est qu'après avoir défini la dimension géographique du marché de produits ou de services que l'ARN peut apprécier correctement les conditions de concurrence qui le caractérisent.
56. Selon une jurisprudence constante, le marché géographique pertinent peut être défini comme le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans la fourniture ou la demande des produits ou services pertinents, où elles sont exposées à des conditions de concurrence similaires ou suffisamment homogènes et qui se distingue des territoires voisins sur lesquels les conditions de concurrence sont sensiblement différentes<sup>(40)</sup>. La définition du marché géographique n'implique pas que les conditions de concurrence entre négociants ou prestataires de services soient parfaitement homogènes. Il suffit qu'elles soient similaires ou suffisamment homogènes et, par voie de conséquence, seuls les territoires sur lesquels les conditions de concurrence sont «hétérogènes» ne peuvent être considérés comme constituant un marché uniforme<sup>(41)</sup>.
57. La délimitation du marché géographique s'effectue suivant les mêmes principes que ceux indiqués ci-dessus pour l'appréciation des possibilités de substitution du côté de l'offre et de la demande en cas d'augmentation des prix relatifs.
58. En conséquence, en ce qui concerne la substitution du côté de la demande, les ARN doivent apprécier principalement les préférences des consommateurs, ainsi que leurs habitudes d'achat sur le plan géographique. Ainsi, des raisons linguistiques peuvent expliquer pourquoi certains services ne sont pas disponibles ou commercialisés dans des régions de langues différentes. En ce qui concerne la substitution du côté de l'offre, lorsqu'il peut être établi que des opérateurs qui ne sont pas encore actifs ou présents sur le marché pertinent feront le choix d'y entrer à court terme en cas d'augmentation des prix relatifs, il convient d'étendre la définition du marché de manière à y inclure ces opérateurs «extérieurs».
59. Dans le secteur des communications électroniques, la portée géographique du marché pertinent est traditionnellement déterminée par référence à deux critères principaux<sup>(42)</sup>.
- a) le territoire couvert par un réseau<sup>(43)</sup> et
- b) l'existence d'instruments juridiques (législatifs et réglementaires)<sup>(44)</sup>.
60. Sur la base de ces deux principaux critères<sup>(45)</sup>, les marchés géographiques peuvent être considérés comme locaux, régionaux, nationaux ou couvrant des territoires constitués de plusieurs pays (marchés paneuropéens, à l'échelle de l'Espace économique européen ou mondiaux, par exemple).
- 2.2.3. Autres questions liées à la définition du marché**
61. Aux fins d'une réglementation *ex ante*, dans certains cas exceptionnels, le marché pertinent peut être défini par voie d'acheminement. Ainsi, pour examiner la dimension des marchés des services internationaux de communications électroniques de détail ou de gros, il peut être nécessaire de considérer des paires de pays ou de villes comme autant de marchés séparés<sup>(46)</sup>. Du point de vue de la demande, la livraison d'un appel à destination d'un pays ne peut de toute évidence pas se substituer à celle d'un appel à destination d'un autre pays. D'un autre côté, la question de savoir si les services de transmission indirecte, c'est-à-dire de réacheminement ou de transit du même appel par un pays tiers, représentent des substituts effectifs du côté de l'offre dépend des particularités du marché et doit être tranchée cas par cas<sup>(47)</sup>. Cependant, un marché axé sur la fourniture de services par voie bilatérale sera, en principe, de dimension nationale puisque les caractéristiques de l'offre et de la demande à chaque terminaison de la voie correspondront, selon toute probabilité, à différentes structures de marché<sup>(48)</sup>.
62. Dans sa communication sur la définition du marché, la Commission a attiré l'attention sur certains cas où il peut être nécessaire d'étendre la portée géographique du marché pertinent pour tenir compte des produits ou des territoires qui, bien que n'étant pas directement substituables, doivent être inclus dans la définition du marché en raison du phénomène dit de «substituabilité en chaîne»<sup>(49)</sup>. En substance, il y a substituabilité en chaîne lorsqu'il peut être démontré que, bien que les produits A et C ne soient pas directement substituables, le produit B peut se substituer au produit A et au produit C et ceux-ci peuvent donc être considérés comme appartenant au même marché de produits, étant donné que la fixation de leur prix pourrait être influencée par la substituabilité du produit B. Le même raisonnement vaut pour la définition du marché géographique. Étant donné le risque inhérent à toute extension excessive du marché pertinent, la présence d'un phénomène de substituabilité en chaîne doit être attestée par des éléments suffisamment probants<sup>(50)</sup>.



### 2.3. Pratique de la Commission

63. La Commission a arrêté un certain nombre de décisions en application du règlement n° 17 et du règlement «Concentrations» concernant le secteur des communications électroniques. Ces décisions peuvent se révéler particulièrement intéressantes pour les ARN eu égard à la méthodologie employée par la Commission pour définir les marchés pertinents<sup>(51)</sup>. Toutefois, comme il est indiqué plus haut, il est clair que dans un secteur caractérisé par l'innovation constante et une convergence technologique rapide, toute définition d'un marché actuellement en vigueur risque de devenir inexacte ou désuète dans un proche avenir<sup>(52)</sup>. En outre, les marchés sont définis en droit de la concurrence indépendamment des définitions données par le nouveau cadre réglementaire puisque le contexte et la période dans lesquels l'analyse de marché est conduite peuvent être différents<sup>(53)</sup>.
64. Comme il est indiqué dans la communication sur l'accès, il convient d'envisager au moins deux types de marchés en cause dans le secteur des communications électroniques: celui des services fournis aux utilisateurs finals (marché de services) et celui de l'accès aux infrastructures nécessaires pour fournir ces services (marché de l'accès)<sup>(54)</sup>. À l'intérieur de ces deux définitions larges, on peut distinguer d'autres marchés en fonction des caractéristiques de la demande et de l'offre.
65. En particulier, la Commission, dans sa pratique décisionnelle, établira normalement une distinction entre la fourniture de services et la fourniture d'infrastructures de réseau sous-jacentes. Par exemple, en ce qui concerne la fourniture d'infrastructures, la Commission a recensé des marchés distincts pour la boucle locale, les communications interurbaines et internationales<sup>(55)</sup>. En ce qui concerne les services fixes, la Commission a distingué l'accès de l'abonné (détail) aux services commutés de téléphonie vocale (communications locales, interurbaines et internationales), l'accès des opérateurs (gros) aux réseaux (communications locales, interurbaines et internationales) et les services de communications de données pour les entreprises<sup>(56)</sup>. Sur le marché des services de téléphonie fixe de détail, la Commission a également distingué le raccordement initial de l'abonnement mensuel<sup>(57)</sup>. Les services de détails sont offerts à deux catégories distinctes de consommateurs: les abonnés résidentiels et les abonnés d'affaires; cette seconde catégorie peut éventuellement être subdivisée en deux sous-marchés, l'un pour les professions libérales et les petites et moyennes entreprises, l'autre pour les grandes entreprises<sup>(58)</sup>. En ce qui concerne les services de téléphonie fixe au détail offerts aux abonnés résidentiels, les caractéristiques de la demande et de l'offre semblent indiquer que deux services principaux sont actuellement offerts: des services traditionnels de téléphonie fixe (transmission de la voix et de données à bande étroite), d'une part, et des services de communications à grande vitesse (actuellement sous la forme de services xDSL), d'autre part<sup>(59)</sup>.
66. En ce qui concerne la fourniture de services de communications mobiles, la Commission est arrivée à la conclusion que, du point de vue de la demande, les services de téléphonie mobiles et les services de téléphonie fixe constituaient des marchés séparés<sup>(60)</sup>. À l'intérieur du marché des services mobiles, il ressort des données recueillies par la Commission que le marché des services de communications mobiles englobe les technologies GSM 900 et GSM 1 800 et éventuellement des plates-formes analogiques<sup>(61)</sup>.
67. En ce qui concerne le marché de l'accès, la Commission a constaté qu'il comprenait tous les types d'infrastructures qui peuvent être utilisés pour la fourniture d'un service donné<sup>(62)</sup>. La question de savoir si le marché des infrastructures de réseau doit être divisé en autant de sous-marchés distincts qu'il existe de catégories d'infrastructures de réseau dépend clairement du degré de substitutabilité existant entre ces réseaux (alternatifs)<sup>(63)</sup>. Il est nécessaire de tenir compte, dans cette appréciation, de la catégorie d'utilisateurs à laquelle l'accès au réseau est fourni. Il convient, par conséquent, de distinguer la fourniture d'infrastructures à d'autres opérateurs (marché de gros) de la fourniture d'infrastructures aux utilisateurs finals (marché du détail)<sup>(64)</sup>. Au niveau du détail, une segmentation supplémentaire peut être opérée entre abonnés d'affaires et abonnés résidentiels<sup>(65)</sup>.
68. Lorsque le service à fournir ne concerne que les utilisateurs finals abonnés à un réseau particulier, l'accès aux points de terminaison de ce réseau peut constituer le marché de produits pertinent. Tel ne sera pas le cas s'il peut être établi que les mêmes services peuvent être offerts à la même catégorie de consommateurs au moyen de réseaux alternatifs concurrents, aisément accessibles. Par exemple, dans sa communication sur le dégroupage de la boucle locale<sup>(66)</sup>, la Commission a indiqué que, bien qu'il existe des alternatives au RTPC pour la fourniture de communications à grande vitesse aux abonnés résidentiels (réseaux à fibres optiques, boucles locales sans fil ou réseaux de télévision améliorables), aucune de ces possibilités ne peut être considérée comme substitut de l'infrastructure fixe constituée par la boucle locale<sup>(67)</sup>. Il n'est cependant pas exclu que, à l'avenir, l'innovation et le développement technologique justifient des conclusions différentes<sup>(68)</sup>.
69. Il est aussi possible de définir l'accès aux réseaux mobiles par référence à deux marchés potentiellement séparés, l'un pour l'émission d'appels et l'autre pour la terminaison d'appels. À cet égard, la question de savoir si le marché de l'accès aux infrastructures mobiles correspond à l'accès à un réseau mobile donné ou à tous les réseaux mobiles en général doit être tranchée sur la base d'une analyse de la structure et du fonctionnement du marché<sup>(69)</sup>.
- ### 3. Évaluation de la puissance sur le marché (position dominante)
70. Selon l'article 14 de la directive «Cadre», «une entreprise est considérée comme disposant d'une puissance significative sur le marché si, individuellement ou conjointement avec d'autres, elle se trouve dans une position équivalente à une position dominante, c'est-à-dire qu'elle est en mesure de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et, en fin de compte, des consommateurs». C'est ainsi que la Cour de justice définit dans sa jurisprudence la notion de position dominante contenue à l'article 82

du traité <sup>(70)</sup>. Le nouveau cadre réglementaire a aligné la définition de la puissance sur le marché sur la définition que donne la Cour de la position dominante conformément à l'article 82 du traité <sup>(71)</sup>. Par conséquent, lorsqu'elles appliqueront cette nouvelle définition de la puissance sur le marché, les ARN veilleront à ce que leurs décisions soient cohérentes avec la pratique de la Commission ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance en matière de position dominante <sup>(72)</sup>. L'application *ex ante* de cette nouvelle définition nécessite toutefois certaines adaptations méthodologiques quant à la façon dont la puissance sur le marché est appréciée. Plus particulièrement, lorsqu'elles déterminent *ex ante* si une ou plusieurs entreprises détiennent une position dominante sur les marchés en cause, les ARN appuient en règle générale leur analyse sur un ensemble d'hypothèses et d'anticipations qui n'est pas le même que celui utilisé par les autorités de la concurrence pour l'application de l'article 82 *ex post* en cas d'abus présumé <sup>(73)</sup>. Bien souvent, en raison de l'absence de données ou de documents sur l'attitude ou le comportement passés de l'entreprise, l'analyse du marché doit principalement se fonder sur une évaluation prospective. La précision de l'analyse faite par l'ARN dépend donc des informations et des données dont elle dispose au moment où elle prend sa décision.

71. Le fait que les prévisions initiales d'une ARN ne se concrétisent finalement pas dans un cas d'espèce ne signifie pas automatiquement que sa décision n'était pas cohérente avec la directive au moment où elle l'a prise. Pour l'application *ex ante* de la notion de position dominante, les ARN doivent se voir confier un pouvoir discrétionnaire qui soit proportionné à la complexité des situations économiques, factuelles et juridiques qu'il leur faut apprécier. Aux termes de la directive «Cadre», les ARN devront régulièrement procéder à une évaluation du marché. Dans ce contexte, elles auront la possibilité de réagir à intervalle régulier à toute évolution du marché et de prendre toute mesure jugée nécessaire.

### 3.1. Critères utilisés pour apprécier la puissance sur le marché

72. Comme la Cour l'a souligné, une position dominante n'exclut pas l'existence d'une certaine concurrence sur le marché, mais met simplement la firme qui en bénéficie en mesure, sinon de décider, tout au moins d'influencer notablement les conditions dans lesquelles cette concurrence se développe et, en tout cas, de se comporter sans devoir en tenir compte et sans pour autant que cette attitude lui porte atteinte <sup>(74)</sup>.
73. Dans une analyse *ex post*, une autorité de la concurrence peut être confrontée à plusieurs types de comportements dont chacun est le signe d'une puissance sur le marché au sens de l'article 82. Dans un contexte *ex ante*, cette puissance se mesure toutefois essentiellement à la possibilité que l'entreprise concernée a d'augmenter ses prix en restreignant sa production sans enregistrer une baisse significative de ses ventes ou de ses recettes.

74. La puissance d'une entreprise sur le marché peut être limitée par l'existence de concurrents potentiels <sup>(75)</sup>. Les ARN doivent donc tenir compte de l'éventualité que des entreprises n'exerçant pas encore d'activité sur le marché de produits pertinent puissent décider à moyen terme d'y prendre pied à la suite d'une augmentation légère mais significative et durable des prix. Les ARN doivent considérer les entreprises qui sont capables, en réponse à une telle augmentation des prix, de modifier ou d'étendre leur gamme de produits et/ou de services et d'entrer sur le marché pertinent comme des concurrents potentiels alors même qu'elles n'offrent pas encore le produit ou service pertinent.

75. Comme l'expliquent les points suivants, une position dominante est déterminée en fonction d'un certain nombre de critères et son évaluation se fait sur la base d'une analyse de marché prospective tenant compte des conditions en vigueur (voir plus haut). Les parts de marché sont souvent utilisées comme un indicateur de puissance. Bien qu'une forte part de marché ne soit pas à elle seule suffisante pour établir l'existence d'une puissance sur le marché (position dominante), il est peu probable qu'une entreprise ne possédant pas une part notable du marché pertinent puisse jouir d'une position dominante. Il est donc improbable que des entreprises dont la part de marché n'excède pas 25 % détiennent une position dominante (individuelle) sur le marché pertinent <sup>(76)</sup>. Selon la pratique décisionnelle de la Commission, une position dominante individuelle n'est généralement à craindre que pour des entreprises dont la part de marché dépasse 40 %; il peut néanmoins arriver que la Commission soupçonne l'existence d'une position dominante en présence de parts plus restreintes <sup>(77)</sup>. D'après une jurisprudence constante, la présence de parts de marché très élevées — supérieures à 50 % — suffit, sauf circonstances exceptionnelles, à établir l'existence d'une position dominante <sup>(78)</sup>. Une entreprise ayant une part de marché élevée peut être présumée constituer une entreprise puissante, c'est-à-dire bénéficier d'une position dominante, si cette part est restée stable dans le temps <sup>(79)</sup>. La circonstance qu'une entreprise jouissant d'une position significative sur le marché voit sa part s'éroder progressivement peut indiquer que le marché devient plus concurrentiel, mais n'empêche pas de conclure qu'il s'agit d'une entreprise puissante. Par ailleurs, la fluctuation des parts de marché dans le temps peut indiquer l'absence de puissance de marché sur le marché pertinent.

76. En ce qui concerne les méthodes utilisées pour mesurer la taille du marché et les parts de marché, tant le volume des ventes que le chiffre d'affaires donnent des informations précieuses à cet égard <sup>(80)</sup>. Pour les produits de base, la préférence est accordée au volume tandis que pour les produits différenciés (comme les produits de marque), le chiffre d'affaires et la part de marché associée reflètent généralement mieux la position et la force des différents acteurs. Sur les marchés fonctionnant par appels d'offres, le nombre d'offres retenues ou rejetées peut également donner une indication des parts de marchés détenues <sup>(81)</sup>.

77. Les critères à utiliser pour mesurer la part de marché des entreprises concernées dépendront des caractéristiques du marché pertinent. Il revient à l'ARN de décider des critères les plus appropriés pour mesurer la présence sur le marché. À titre d'exemple, les recettes tirées des lignes louées, la capacité louée ou le nombre de points de terminaison de lignes louées sont autant de critères dont il est possible de se servir pour déterminer la force relative d'une entreprise sur les marchés des lignes louées. Comme la Commission l'a indiqué, le seul nombre de points de terminaison de lignes louées ne tient pas compte des différents types de lignes louées qui sont disponibles sur le marché — et qui vont des lignes louées analogiques à usage vocal aux lignes louées numériques à haute vitesse en passant par les lignes louées courte distance et les lignes louées internationales longue distance. Des deux critères, celui des recettes tirées des lignes louées peut se révéler plus transparent et moins difficile à mesurer. De même, les recettes de détail, les minutes d'appel ou le nombre de lignes de téléphone fixe ou d'abonnés des opérateurs du réseau téléphonique public sont des critères possibles pour mesurer les parts de marché des entreprises présentes dans ces secteurs<sup>(82)</sup>. Lorsque le marché défini est celui de l'interconnexion, un paramètre plus réaliste est celui des recettes générées par les appels à destination des clients des réseaux fixes ou mobiles. En effet, mieux vaut recourir aux recettes qu'aux minutes d'appel, par exemple, car ces dernières renvoient à des réalités différentes (appel local, appel longue distance et appel international) tandis que les premières mesurent la place sur le marché reflétant à la fois le nombre de clients et la couverture du réseau<sup>(83)</sup>. Pour les mêmes raisons, les recettes générées par les appels à destination des clients des réseaux mobiles pourraient être le critère le plus approprié pour mesurer l'importance des opérateurs du réseau mobile<sup>(84)</sup>.

78. Il est important de souligner que l'existence d'une position dominante ne saurait être établie sur le seul fait qu'une entreprise détient d'importantes parts de marché. En effet, comme indiqué plus haut, l'existence de fortes parts de marché signifie simplement que l'opérateur en question pourrait être en position dominante. C'est pourquoi les ARN doivent procéder à une analyse approfondie et exhaustive des caractéristiques économiques du marché pertinent avant de conclure à l'existence d'une puissance sur le marché. À cet égard, elles peuvent également mesurer la capacité d'une entreprise à se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs en utilisant notamment les critères énumérés ci-dessous:

- la taille globale de l'entreprise,
- le contrôle d'une infrastructure qu'il n'est pas facile de dupliquer,
- les avancées ou la supériorité technologiques,
- l'absence ou la faible présence de contre-pouvoir des acheteurs,
- l'accès facile ou privilégié aux marchés des capitaux et aux ressources financières,

- la diversification des produits et/ou des services (par exemple, produits ou services groupés),
- les économies d'échelle,
- les économies de gamme,
- l'intégration verticale,
- l'existence d'un réseau de distribution et de vente très développé,
- l'absence de concurrence potentielle,
- des entraves à l'expansion.

79. Une position dominante peut être le résultat de la combinaison des critères susmentionnés, qui, pris séparément, ne sont pas nécessairement déterminants.

80. Pour établir l'existence d'une position dominante, il faut apprécier la facilité avec laquelle il est possible d'accéder au marché. En effet, l'absence de barrières à l'entrée dissuade en principe une entreprise qui détient une part de marché significative d'adopter un comportement anti-concurrentiel indépendant. Dans le secteur des communications électroniques, les barrières à l'entrée sont souvent élevées en raison d'exigences législatives et réglementaires qui peuvent limiter le nombre de licences disponibles ou la prestation de certains services (par exemple, GSM/DCS ou les services mobiles de la troisième génération). En outre, il existe des barrières à l'entrée du marché en cause lorsque celle-ci exige de lourds investissements et la programmation des capacités sur une longue période afin d'atteindre la rentabilité<sup>(85)</sup>. Cela dit, l'importance des barrières à l'entrée peut être relativisée sur des marchés évoluant au rythme des progrès technologiques. Sur les marchés des communications électroniques, les pressions concurrentielles peuvent provenir des ambitions innovatrices de concurrents potentiels qui ne sont pas encore présents sur le marché. Sur ces marchés, l'évaluation du jeu de la concurrence devra se faire en suivant une approche prospective.

81. Quant à l'intérêt de la notion de «installations essentielles» au regard de la nouvelle définition de la puissance sur le marché, il n'existe encore aucune jurisprudence concernant le secteur des communications électroniques. Cependant, cette notion, qui présente surtout de l'intérêt en liaison avec l'existence d'un abus de position dominante au sens de l'article 82 du traité CE, n'est pas aussi déterminante pour l'évaluation *ex ante* de la puissance sur le marché au sens de l'article 14 de la directive «Cadre». Plus précisément, la doctrine des «installations essentielles» vient en complément des obligations générales actuellement imposées aux entreprises en position dominante — telles que l'interdiction d'établir une discrimination entre les clients — et on l'invoque dans des affaires examinées au titre de l'article 82, dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsque le refus d'approvisionner des tiers ou de leur accorder un accès limiterait ou empêcherait l'émergence de nouveaux marchés, ou de nouveaux produits, en contradiction avec l'article 82, point b), du traité. C'est pourquoi cette doctrine est avant tout asso-

ciée à des questions d'accès ou à des affaires impliquant un refus d'approvisionner ou de réaliser des transactions au sens de l'article 82 du traité, en dehors de tout traitement discriminatoire. Selon la jurisprudence actuelle, un produit ou un service ne peut être considéré comme «nécessaire» ou «essentiel» que s'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel. S'il est irréfutable qu'une entreprise possédant une «installation essentielle» occupe, par définition, une position dominante sur le marché correspondant à cette installation, le contraire n'est pas nécessairement vrai. Le fait qu'une installation déterminée ne soit pas «essentielle» ou «indispensable», au sens donné par la jurisprudence actuelle<sup>(86)</sup>, à l'exercice d'une activité économique sur un marché différent n'exclut pas que le propriétaire de cette installation puisse être en position dominante. Par exemple, un opérateur de réseau peut se trouver en position dominante en dépit de l'existence de réseaux concurrents, si la taille ou l'importance de son réseau lui permet de se comporter de manière indépendante des autres opérateurs de réseau<sup>(87)</sup>. En d'autres termes, il importe de déterminer si une installation donnée permet à son propriétaire d'être puissant sur le marché en question. Une fois ce fait établi, il est ensuite inutile d'indiquer que l'installation peut également être considérée comme «essentielle» ou «indispensable» au sens de la jurisprudence actuelle.

82. Il ressort de ce qui précède que la doctrine des «installations essentielles» est moins déterminante dans l'application *ex ante* de l'article 14 de la directive «Cadre» que dans l'application *ex post* de l'article 82 du traité CE.

### 3.1.1. Effet de levier de la puissance sur le marché

83. Selon l'article 14, paragraphe 3, de la directive «Cadre», «lorsqu'une entreprise est puissante sur un marché particulier, elle peut également être considérée comme puissante sur un marché étroitement lié, lorsque les liens entre les deux marchés sont tels qu'ils permettent d'utiliser sur un des deux marchés, par effet de levier, la puissance détenue sur l'autre marché, ce qui renforce la puissance de l'entreprise sur le marché».

84. Cette disposition vise à faire face à une situation de marché comparable à celle qui a donné lieu à l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Tetra Pak II*<sup>(88)</sup>. Dans ce cas d'espèce, la Cour a établi qu'une entreprise détenant une position dominante sur un marché et une position prééminente sur un marché distinct, mais étroitement connexe, est placée dans une situation assimilable à la détention d'une position dominante sur l'ensemble de ces marchés. Grâce à sa position dominante sur le premier marché, et à sa présence sur le marché accessoire connexe, une entreprise peut se servir comme d'un levier de la puissance qu'elle détient sur le premier pour se comporter de façon autonome de ses clients sur le second<sup>(89)</sup>. Bien que, dans l'affaire *Tetra Pak*, les marchés sur lesquels l'entreprise était jugée en position

dominante constituaient, considérés globalement, des marchés horizontaux, on trouvera avant tout des liens de connexité étroits au sens de la jurisprudence de la Cour sur les marchés intégrés verticalement. Tel est souvent le cas dans le secteur des télécommunications, où il est fréquent qu'un opérateur ait une position dominante sur le marché des infrastructures et une présence significative sur le marché des services, situé en aval<sup>(90)</sup>. Dans de telles circonstances, une ARN peut juger approprié de conclure que l'opérateur est puissant sur l'ensemble des deux marchés. Cependant, dans la pratique, si une entreprise a été désignée comme puissante sur un marché de gros ou d'accès en amont, les ARN seront normalement à même d'empêcher les retombées ou effets de levier éventuels sur les marchés de détail ou de services en aval, en imposant à cette entreprise les obligations prévues dans la directive «Accès» jugées appropriées pour éviter de tels effets. C'est donc seulement lorsque les obligations *ex ante* imposées à une entreprise dominante sur le marché en amont (accès) ne suffiraient pas à créer une concurrence effective sur le marché en aval (détail) que les ARN devraient envisager l'application de l'article 14, paragraphe 3.

85. Ce qui vient d'être dit est également valable pour les marchés horizontaux<sup>(91)</sup>. Enfin, indépendamment du fait qu'ils soient verticaux ou horizontaux, les deux marchés considérés doivent être des marchés des communications électroniques au sens de l'article 2 de la directive «Cadre» et doivent l'un et l'autre présenter des caractéristiques justifiant l'imposition d'obligations réglementaires *ex ante*<sup>(92)</sup>.

### 3.1.2. Position dominante conjointe

86. Selon l'article 82 du traité CE, une position dominante peut être détenue par une ou plusieurs entreprises («position dominante conjointe»). L'article 14, paragraphe 2, de la directive «Cadre» prévoit aussi qu'une entreprise peut être puissante sur le marché, c'est-à-dire y détenir une position dominante, soit individuellement soit conjointement avec d'autres.

87. Dans sa communication sur l'accès, la Commission avait indiqué que, même si sa propre pratique et la jurisprudence de la Cour étaient alors encore en développement, elle estimait que deux entreprises ou plus détenaient une position dominante conjointe lorsqu'elles avaient adoptées ensemble vis-à-vis de leurs clients et de leurs concurrents une attitude très semblable à celle d'une seule et même entreprise en position dominante, pour autant qu'il n'y ait pas de concurrence effective entre elles. L'absence de concurrence pouvait en pratique résulter de l'existence de certains liens entre les entreprises. La Commission avait toutefois aussi établi que l'existence de tels liens n'était pas une condition nécessaire pour conclure à l'existence d'une position dominante conjointe<sup>(93)</sup>.

88. Depuis la publication de la communication sur l'accès, la notion de «position dominante conjointe» a été utilisée dans plusieurs décisions arrêtées par la Commission sur la base du règlement n° 17 et du règlement «Concentrations». De surcroît, tant le Tribunal de première instance que la Cour de justice des Communautés européennes se sont prononcés à cet égard, contribuant ainsi à mieux préciser l'étendue exacte de ladite notion.

### 3.1.2.1. Jurisprudence du Tribunal de première instance et de la Cour de justice

89. L'expression «une ou plusieurs entreprises» figurant à l'article 82 du traité CE implique qu'une position dominante peut être détenue par deux entités économiques ou plus, juridiquement et économiquement indépendantes les unes des autres <sup>(94)</sup>.

90. Jusqu'à l'arrêt rendu par la Cour de justice dans l'affaire Compagnie Maritime Belge <sup>(95)</sup> et l'arrêt rendu par le Tribunal de première instance dans l'affaire Gencor <sup>(96)</sup> (voir ci-dessous), on aurait pu arguer que la constatation d'une position dominante conjointe supposait l'existence de liens économiques, c'est-à-dire de liens structurels, ou d'autres facteurs de corrélation entre les entreprises concernées <sup>(97)</sup>. L'arrêt Gencor aborde pour la première fois la question de savoir si la notion de position dominante conjointe peut aussi s'appliquer à un marché oligopolistique, c'est-à-dire à un marché constitué d'un nombre limité de vendeurs, en l'absence de tout lien entre les entreprises présentes sur ce marché. Cette affaire portait sur la légalité d'une décision de la Commission au titre du règlement «Concentrations» portant interdiction de l'opération notifiée au motif qu'elle était susceptible d'entraîner la création d'un duopole sur le marché pouvant contribuer à l'émergence d'une position dominante oligopolistique <sup>(98)</sup>. Devant le Tribunal, les parties ont prétendu que la Commission n'avait pas prouvé l'existence de «liens» entre les membres du duopole au sens de la jurisprudence existante.

91. Le TPI a rejeté la demande en faisant entre autres valoir qu'aucun précédent juridique ne suggérerait que la notion de «liens économiques» se réduisait à celle de liens structurels entre les entreprises concernées. Selon le TPI, «sur le plan juridique ou économique, il n'existe aucune raison d'exclure de la notion de lien économique la relation d'interdépendance existant entre les membres d'un oligopole restreint à l'intérieur duquel, sur un marché ayant les caractéristiques appropriées, notamment en termes de concentration du marché, de transparence et d'homogénéité du produit, ils sont en mesure de prévoir leurs comportements réciproques et sont donc fortement incités à aligner leur comportement sur le marché, de façon notamment à maximiser leur profit commun en restreignant la production en vue d'augmenter les prix. En effet, dans un tel contexte, chaque opérateur sait qu'une action fortement concurrentielle de sa part destinée à accroître sa part de marché (par exemple une réduction de prix) provoquerait une action identique

de la part des autres, de sorte qu'il ne retirerait aucun avantage de son initiative. Tous les opérateurs auraient donc à subir la baisse du niveau des prix» <sup>(99)</sup>. Comme le Tribunal l'a fait observer, les structures de marché peuvent être telles que «chaque opérateur peut prendre conscience des intérêts communs et, notamment, faire monter les prix sans devoir procéder à la conclusion d'un accord ou recourir à une pratique concertée» <sup>(100)</sup>.

92. L'arrêt rendu par le TPI dans l'affaire Gencor a ensuite été confirmé par la Cour de justice dans son arrêt Compagnie Maritime Belge, dans lequel elle fournit des indications supplémentaires sur le sens à donner à la notion de «position dominante conjointe» et les conditions à satisfaire pour établir une telle position. Selon la Cour, afin de prouver que deux entreprises ou plus détiennent une position dominante conjointe, il est nécessaire d'examiner si les entreprises concernées constituent ensemble une entité collective à l'égard de leurs concurrents, de leurs partenaires commerciaux et des consommateurs sur un marché déterminé <sup>(101)</sup>. Tel est le cas i) lorsqu'il n'existe pas de concurrence effective entre les entreprises concernées, et ii) lorsque ces dernières adoptent une même ligne d'action ou une politique commune sur le marché en question <sup>(102)</sup>. Ce n'est qu'en cas de réponse positive qu'il convient d'examiner si cette entité collective détient effectivement une position dominante <sup>(103)</sup>. Il y a lieu notamment de vérifier si des liens économiques existent entre les entreprises concernées qui leur permettent d'agir indépendamment de leurs concurrents, de leurs clients et des consommateurs. La Cour a reconnu qu'un accord, une décision ou une pratique concertée (bénéficiant ou non d'une exemption au titre de l'article 81, paragraphe 3, du traité) peut incontestablement, lorsqu'il est mis en œuvre, avoir pour conséquence que les entreprises concernées se sont liées quant à leur comportement sur un marché déterminé de manière qu'elles se présentent sur ce marché comme une entité collective à l'égard de leurs concurrents, de leurs partenaires commerciaux et des consommateurs <sup>(104)</sup>.

93. Toutefois, la seule circonstance que deux entreprises ou plus soient liées par un accord, une décision d'association d'entreprises ou une pratique concertée au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité, ne saurait constituer, en soi, une base suffisante pour une telle constatation. Comme la Cour l'a établi, la constatation d'une position dominante conjointe pourrait aussi «résulter d'autres facteurs de corrélation et dépendrait d'une appréciation économique et, notamment, d'une appréciation de la structure du marché en cause» <sup>(105)</sup>.

94. Il ressort des arrêts Gencor et Compagnie Maritime Belge que, même si l'existence de liens structurels peut servir à la constatation d'une position dominante conjointe, une telle constatation peut aussi être faite en présence d'un marché oligopolistique ou très concentré dont la structure est, notamment, de nature à entraîner des effets de coordination sur le marché pertinent <sup>(106)</sup>.

### 3.1.2.2. Pratique décisionnelle de la Commission et annexe II de la directive «Cadre»

95. Dans un certain nombre de décisions arrêtées en vertu du règlement «Concentrations», la Commission a analysé la notion de position dominante conjointe. Elle a cherché à déterminer, dans ces cas, si la structure des marchés oligopolistiques en question était de nature à entraîner des effets de coordination sur ces marchés <sup>(107)</sup>.

96. Pour établir *ex ante* l'existence probable ou l'émergence d'un marché qui est ou pourrait être favorable à la création d'une position dominante conjointe sous la forme d'une coordination tacite, les ARN doivent déterminer par analyse:

a) si, de par ces caractéristiques, le marché est de nature à entraîner une coordination tacite, et

b) si cette forme de coordination est viable, c'est-à-dire i) si l'un ou l'autre membre de l'oligopole a la capacité et la motivation de s'écarter du comportement coordonné, compte tenu de la capacité et de la motivation des autres membres à prendre des mesures de rétorsion contre le «déviacionniste», et ii) si des acheteurs/concurrents marginaux/nouveaux arrivants potentiels ont la capacité et la motivation de remettre en question des comportements coordonnés anticoncurrentiels <sup>(108)</sup>.

97. Cette analyse est facilitée par la prise en compte d'un certain nombre de critères qui figurent sous forme résumée à l'annexe II de la directive «Cadre» et que la Commission a également utilisés à propos de l'application de la notion de position dominante conjointe dans le cadre du règlement «Concentrations». Aux termes de cette annexe, «deux entreprises, ou plus, peuvent occuper conjointement une position dominante au sens de l'article 14 dès lors que, même s'il n'existe entre elles aucun lien structurel ou autre, elles opèrent dans un marché dont la structure est considérée comme propice à produire des effets coordonnés <sup>(109)</sup>. Sans préjudice de la jurisprudence de la Cour de justice en la matière, il est probable qu'une telle situation se produise sur un marché présentant plusieurs caractéristiques appropriées, notamment en termes de concentration et de transparence, ainsi que d'autres caractéristiques parmi les suivantes:

- marché arrivé à maturité,
- stagnation ou croissance modérée de la demande,
- faible élasticité de la demande,
- produits homogènes,
- structures de coût analogues,
- parts de marché similaires,
- absence d'innovations techniques, technologie au point,

- absence de capacité excédentaire,
- importantes barrières à l'entrée,
- absence de contre-pouvoir des acheteurs,
- absence de concurrence potentielle,
- diverses sortes de liens informels ou autres entre les entreprises concernées,
- mécanismes de rétorsion,
- absence ou possibilité réduite de concurrence par les prix».

98. Il est expressément indiqué à l'annexe II de la directive «Cadre» que la liste citée ci-dessus n'est pas exhaustive ni les critères cumulatifs. Cette liste entend plutôt illustrer les types de critères qui pourraient être utilisés pour étayer des affirmations relatives à l'existence d'une position dominante conjointe (oligopole) sous la forme d'une coordination tacite <sup>(110)</sup>. Comme indiqué plus haut, la liste rappelle également que l'existence de liens structurels entre les entreprises concernées n'est pas une condition nécessaire à cet égard. Il va cependant de soi que de tels liens, lorsqu'ils existent, peuvent être évoqués, conjointement avec l'un quelconque des autres critères présentés ci-dessus, pour expliquer qu'il est probable que des effets de coordination se manifestent sur un marché oligopolistique donné. Pour déterminer, en l'absence de tels liens, si un marché est de nature à entraîner l'établissement d'une position dominante sous la forme d'une coordination tacite, il convient de prendre en considération un certain nombre de caractéristiques. Bien que ces caractéristiques se résument souvent à la liste présentée ci-dessus, il importe de les passer toutes en revue et de procéder à une évaluation globale, plutôt que d'utiliser mécaniquement cette dernière comme une simple liste de contrôle. En fonction des circonstances de l'espèce, le fait que l'un ou l'autre des éléments structurels ordinairement associés à une position dominante conjointe ne soient pas clairement établis ne permet pas, en lui-même, d'exclure la probabilité d'un comportement coordonné <sup>(111)</sup>.

99. Sur un marché oligopolistique où la plupart, voire la totalité, des critères mentionnés ci-dessus, sont réunis, il devrait être examiné en particulier si les opérateurs ont tout intérêt à converger vers une structure du marché coordonnée et à éviter de se faire concurrence. Tel est le cas lorsque les avantages à long terme d'un comportement anticoncurrentiel dépassent les gains qu'il y aurait à court terme à être en concurrence.

100. Il faut souligner que le simple fait qu'un marché soit concentré n'amène pas nécessairement à conclure que sa structure favorise l'établissement d'une position dominante conjointe <sup>(112)</sup> sous la forme d'une coordination tacite.

101. En fin de compte, les critères qui prévaudront pour l'application de la notion de position dominante conjointe sous la forme d'une coordination tacite seront ceux qui sont décisifs dans le dépistage d'un comportement coordonné sur le marché spécifique considéré. Ainsi, dans l'affaire COMP/M.2499 — Norske Skog/Parenco/Walsum, la Commission a conclu que, même si les marchés du papier à journal et du papier à revue à base de bois étaient concentrés, les produits homogènes, la demande très inélastique, la puissance d'achat restreinte et les barrières à l'entrée élevées, la stabilité limitée des parts de marché, l'absence de symétrie dans les structures de coûts et, plus précisément, l'absence de transparence dans les décisions d'investissement et de mécanisme de rétorsion crédible rendaient improbable et difficilement viable toute tentative de coordination tacite entre les membres de l'oligopole <sup>(113)</sup>.

### 3.1.2.3. Position dominante conjointe et secteur des télécommunications

102. Pour appliquer la notion de position dominante conjointe, les ARN peuvent aussi tenir compte des décisions arrêtées sur la base du règlement «Concentrations» dans le secteur des communications électroniques, dans le cadre desquelles la Commission a examiné si les opérations notifiées pouvaient se traduire par la constatation d'une position dominante conjointe.

103. Dans l'affaire MCI WorldCom/Sprint, la Commission s'est posé la question de savoir si l'entité issue de la concentration jouissait avec Concert Alliance d'une position dominante conjointe sur le marché des services mondiaux de télécommunications (GTS). Étant donné que le marché fonctionnait à partir d'appels d'offres où les fournisseurs étaient essentiellement choisis, dans les premières phases de la procédure, en fonction de leur capacité à proposer des services sophistiqués de grande qualité spécialement adaptés, et non en fonction des prix pratiqués, la Commission a cherché à comprendre ce qui incitait (et avait incité) les intervenants sur le marché à adopter des comportements parallèles afin d'être retenus dans tel appel <sup>(114)</sup>. Après avoir examiné de manière approfondie la structure du marché (homogénéité du produit, importantes barrières à l'entrée, puissance d'achat compensatrice des clients, etc.), la Commission a conclu qu'elle n'était pas en mesure de prouver l'absence de pression concurrentielle de la part des concurrents existants — l'un des principaux critères permettant d'affirmer l'existence d'un comportement parallèle — et a donc décidé de ne plus soulever d'objections à l'égard de ce marché <sup>(115)</sup>.

104. Dans l'affaire BT/Esat <sup>(116)</sup>, la Commission s'est notamment penchée sur la question de savoir si les conditions à l'œuvre sur le marché irlandais de l'accès commuté à l'internet se prêtaient à l'émergence d'un duopole composé de l'opérateur historique, Eircom, et de l'entité issue de la concentration. La Commission a conclu que tel n'était pas le cas pour les raisons suivantes. Tout d'abord, les parts de marché n'étaient pas stables. Ensuite, la demande doublait tous les six mois. En outre, les produits d'accès à l'internet n'ont pas été jugés homogènes. Enfin, les évolutions technologiques étaient l'une des principales caractéristiques du marché <sup>(117)</sup>.

105. Dans l'affaire Vodafone/Airtouch <sup>(118)</sup>, la Commission a estimé que l'entité issue de la concentration aurait le contrôle conjoint de deux des quatre opérateurs présents sur le marché allemand de la téléphonie mobile (à savoir D2 et E-Plus, les deux autres étant T-Mobil et VIAG Interkom). Vu que l'accès au marché était très réglementé, les licences étant limitées par le nombre de radiofréquences disponibles, et que les conditions sur le marché étaient transparentes, il était impossible d'exclure l'émergence d'un duopole de nature à entraîner des effets de coordination <sup>(119)</sup>.

106. Dans l'affaire France Telecom/Orange, la Commission a estimé que, avant l'entrée d'Orange sur le marché belge de la téléphonie mobile, les deux opérateurs existants, Proximus et Mobistar, étaient en situation d'exercer une domination conjointe. Comme la Commission l'a relevé, au cours des quatre années qui ont précédées l'arrivée d'Orange, les deux opérateurs pratiquaient une politique de prix quasiment identique et transparente, leurs tarifs suivant exactement les mêmes tendances <sup>(120)</sup>. Dans la même décision, la Commission a rejeté les allégations des tiers quant à la possibilité qu'une position dominante soit détenue conjointement par Vodafone et France Télécom sur le marché de la prestation de services mobiles paneuropéens à des clients à mobilité internationale. Outre les écarts importants entre les parts de marché des deux opérateurs, la Commission a estimé qu'il s'agissait d'un marché émergent, caractérisé par une demande croissante et de nombreux types de services qui se différenciaient en termes de conditions et de prix <sup>(121)</sup>.

## 4. IMPOSITION, MAINTIEN, MODIFICATION OU SUPPRESSION D'OBLIGATIONS AU TITRE DU CADRE RÉGLEMENTAIRE

107. La section 3 des lignes directrices portait sur l'analyse des marchés pertinents qu'une ARN doit effectuer en vertu de l'article 16 de la directive «Cadre» afin de déterminer si un marché est effectivement concurrentiel, autrement dit s'il existe des entreprises qui détiennent une position dominante sur ce marché. La présente section a pour but de donner aux ARN des indications sur les mesures à prendre à la suite de cette analyse, à savoir l'imposition, le maintien, la modification ou la suppression, suivant le cas, d'obligations réglementaires spécifiques à des entreprises désignées comme puissantes sur le marché. Elle décrit également les circonstances dans lesquelles des obligations semblables à celles qui peuvent être imposées aux opérateurs puissants sur le marché peuvent, exceptionnellement, être imposées à des entreprises qui n'ont pas été désignées comme puissantes sur le marché.

108. Les obligations réglementaires spécifiques qui peuvent être imposées à des entreprises puissantes sur le marché peuvent s'appliquer tant aux marchés de gros qu'aux marchés de détail. En principe, les obligations relatives aux marchés de gros sont définies aux articles 9 à 13 de la directive «Accès». Quant aux obligations relatives aux marchés de détail, elles sont définies aux articles 17 à 19 de la directive «Service universel».

109. Les obligations énoncées dans la directive «Accès» sont: la transparence (article 9), la non-discrimination (article 10), la séparation comptable (article 11), l'accès à des ressources de réseaux spécifiques et leur utilisation (article 12), le contrôle des prix et le système de comptabilisation des coûts (article 13). L'article 8 de la directive «Accès» prévoit en outre qu'une ARN peut imposer des obligations ne figurant pas dans cette liste. Elle doit en faire la demande à la Commission qui décide, après avoir demandé l'avis du comité des communications, si l'ARN concernée est autorisée à imposer de telles obligations.
110. Les obligations énoncées dans la directive «Service universel» sont: l'exercice de contrôles réglementaires sur les services de détail (article 17), la disponibilité d'un ensemble minimal de lignes louées (article 18 et annexe VII) et la sélection et la présélection de l'opérateur (article 19).
111. En vertu du cadre réglementaire, ces obligations doivent uniquement être imposées aux entreprises qui ont été désignées comme puissantes sur un marché pertinent, sauf dans certains cas déterminés décrits à la section 4.3.
- 4.1. Imposition, maintien, modification ou suppression d'obligations pour les opérateurs puissants sur le marché**
112. Comme cela est expliqué à la section 1, on parle de concurrence effective lorsqu'il n'existe aucune entreprise en position dominante sur le marché pertinent. Autrement dit, un marché pertinent est réputé être effectivement concurrentiel en l'absence de position dominante individuelle ou conjointe. À l'inverse, un marché pertinent n'est pas considéré comme effectivement concurrentiel s'il existe une position dominante individuelle ou conjointe sur ce marché.
113. Si une ARN constate qu'un marché pertinent est soumis à une concurrence effective, elle n'est pas autorisée à imposer des obligations aux opérateurs présents sur ce marché en vertu de l'article 16. Si elle a précédemment imposée des obligations réglementaires à une ou des entreprises présentes sur ce marché, l'ARN doit les supprimer et ne peut les remplacer par de nouvelles. Conformément à l'article 16, paragraphe 3, de la directive «Cadre», lorsqu'une ARN propose de supprimer des obligations réglementaires existantes, elle en avertit les parties concernées dans un délai approprié.
114. Si une ARN constate que la concurrence sur le marché pertinent n'est pas effective car une ou plusieurs entreprises détiennent une position dominante, elle doit, conformément à l'article 16, paragraphe 4, de la directive «Cadre», désigner les entreprises puissantes sur le marché et leur imposer des obligations réglementaires appropriées. À noter que le fait de désigner une entreprise comme étant puissante sur un marché donné sans lui imposer les obligations réglementaires correspondantes n'est pas conforme aux dispositions du nouveau cadre réglementaire, et notamment l'article 16, paragraphe 4, de la directive «Cadre». Autrement dit, l'ARN doit imposer au moins une obligation réglementaire à la charge d'une entreprise qu'elle a désignée comme puissante sur le marché. Lorsqu'une ARN constate l'existence d'une position dominante conjointe, elle doit également déterminer quelles obligations réglementaires sont le mieux adaptées à cette situation en se fondant sur le principe de proportionnalité.
115. Si une entreprise a déjà été soumise à des obligations au titre du cadre réglementaire de 1998, l'ARN doit examiner si le maintien d'obligations analogues reste justifié, compte tenu du nouveau cadre réglementaire, sur la base d'une nouvelle analyse du marché effectuée conformément aux présentes lignes directrices. S'il apparaît que l'entreprise concernée est puissante sur un marché pertinent selon les critères du nouveau cadre réglementaire, des obligations réglementaires semblables à celles imposées précédemment peuvent donc être maintenues. Si l'ARN le juge approprié, elle peut aussi modifier ces obligations ou en imposer de nouvelles prévues par le nouveau cadre.
116. Sauf dans les cas où les engagements internationaux de la Communauté en vertu de traités internationaux imposent le choix des obligations réglementaires (section 4.4), ou lorsque les directives prescrivent des solutions spécifiques, par exemple aux articles 18 et 19 de la directive «Service universel», l'ARN choisit parmi toute la panoplie des obligations réglementaires définies dans les directives celles qui conviennent pour résoudre un problème donné sur un marché non soumis à une concurrence effective. Lorsqu'une ARN a l'intention d'imposer d'autres obligations en matière d'accès et d'interconnexion que celles indiquées dans la directive «Accès», elle doit faire approuver son projet de mesures par la Commission. Avant de statuer, la Commission doit prendre l'avis du comité des communications.
117. La législation communautaire, et notamment l'article 8 de la directive «Cadre», exige que l'ARN justifie les mesures imposées aux opérateurs puissants sur le marché en vertu de l'article 16 de la directive «Cadre» au regard des objectifs énoncés à l'article 8, et que ces mesures soient proportionnées à ces objectifs. Ainsi, toute obligation imposée par une ARN doit être proportionnée au problème à résoudre. L'article 7 de la directive «Cadre» prévoit que l'ARN communique aux autres ARN et à la Commission, avec tout projet de mesure, les raisons justifiant ce projet. Par conséquent, outre l'analyse du marché qui doit étayer la désignation d'un opérateur comme puissant sur le marché, l'ARN doit inclure dans sa décision une justification des mesures qu'elle propose au regard des objectifs de l'article 8 et expliquer en quoi ces décisions doivent être considérées comme proportionnées.



118. Le respect du principe de proportionnalité sera un critère fondamental qu'utilisera la Commission pour apprécier les mesures proposées par les ARN dans le cadre de la procédure visée à l'article 7 de la directive «Cadre». Le principe de proportionnalité est bien établi en droit communautaire. Il impose que les moyens mis en œuvre pour atteindre un objectif donné se limitent à ce qui est nécessaire et suffisant pour atteindre cet objectif. Un projet de mesure est considéré comme compatible avec le principe de proportionnalité si la mesure à prendre poursuit un but légitime et si les moyens employés sont à la fois nécessaires et aussi peu contraignants que possible; autrement dit, ils doivent correspondre au minimum nécessaire pour atteindre ce but.

119. Toutefois, surtout pendant les premières phases de la mise en œuvre du nouveau cadre, la Commission ne s'attend pas à ce que les ARN suppriment des obligations réglementaires existantes à la charge d'opérateurs puissants sur le marché, qui ont été conçues pour répondre à des besoins légitimes toujours d'actualité, sans démontrer clairement que ces obligations ont atteint leur but et ne sont donc plus nécessaires étant donné que la concurrence est jugée effective sur le marché pertinent. Le nouveau cadre réglementaire offre différents remèdes qui doivent être adaptés aux différents problèmes identifiés.

120. Lorsqu'elle sera consultée conformément à l'article 7, paragraphe 3, de la directive «Cadre», la Commission s'assurera aussi que tout projet de mesure des ARN est conforme au cadre réglementaire dans son ensemble et appréciera l'incidence de ladite mesure sur le marché unique.

121. La Commission assistera les ARN afin qu'elles adoptent dans la mesure du possible des approches cohérentes dans le choix des remèdes lorsque plusieurs États membres connaissent une situation analogue. En outre, comme indiqué à l'article 7, paragraphe 2, de la directive «Cadre», les ARN s'efforcent de convenir des types de remèdes les plus appropriés pour traiter des types particuliers de situations sur le marché.

#### 4.2. Marchés transnationaux: analyse conjointe des ARN

122. L'article 15, paragraphe 4, de la directive «Cadre» habilite la Commission à arrêter une décision dans laquelle elle recense les marchés de produits et de services qui sont transnationaux, couvrant l'ensemble de la Communauté ou une partie substantielle de celle-ci. Aux termes de l'article 16, paragraphe 5, de la directive «Cadre», les ARN concernées doivent effectuer conjointement l'analyse de marché et décider s'il convient d'imposer des obligations. Dans la pratique, le groupe des régulateurs européens devrait offrir une enceinte appropriée pour effectuer cette analyse conjointe.

123. L'analyse conjointe des ARN suivra en général des procédures (de consultation publique, par exemple) comparables à celles requises lorsqu'une seule autorité réglemen-

taire nationale procède à une analyse de marché. Il conviendra de formuler les modalités précises de l'analyse conjointe et de la décision concertée.

#### 4.3. Imposition de certaines obligations réglementaires spécifiques à des opérateurs non puissants sur le marché

124. Dans les paragraphes précédents de cette section ont été exposées les procédures permettant d'imposer certaines obligations spécifiques à des entreprises puissantes sur le marché, en vertu des articles 7 et 8 de la directive «Accès» et des articles 16 à 19 de la directive «Service universel». Exceptionnellement, des obligations comparables peuvent être imposées à des opérateurs autres que ceux qui ont été désignés comme puissants sur le marché, dans les cas suivants énumérés à l'article 8, paragraphe 3, de la directive «Accès»:

- obligations couvrant notamment l'accès aux systèmes à accès conditionnel, obligations d'assurer l'interconnexion pour garantir l'interopérabilité de bout en bout, et l'accès aux interfaces de programmes d'application et aux guides électroniques de programmes afin d'assurer l'accessibilité à des services spécifiés de radiodiffusion sonore et de télévision numérique (article 5, paragraphes 1 et 2, et article 6 de la directive «Accès»),
- obligations que les ARN peuvent imposer en matière de colocalisation lorsque la réglementation relative à la protection de l'environnement, de la santé, de la sécurité publique ou les règles d'urbanisme privent des entreprises de l'accès à d'autres possibilités viables (article 12 de la directive «Cadre»),
- obligations de séparation comptable imposées aux entreprises qui fournissent des services de communications électroniques et qui jouissent de droits spéciaux ou exclusifs dans d'autres secteurs (article 13 de la directive «Cadre»),
- obligations relatives aux engagements pris lors d'une procédure de sélection concurrentielle ou comparative par une entreprise ayant obtenu le droit d'utilisation d'une fréquence radio (condition B7 de l'annexe de la directive «Autorisation», appliquée en vertu de l'article 6, paragraphe 1, de ladite directive),
- obligations de traiter les appels aux abonnés utilisant des ressources de numérotation spécifiques et obligations nécessaires à la mise en œuvre de la portabilité du numéro (articles 27, 28 et 30 de la directive «Service universel»),
- obligations fondées sur les dispositions applicables de la directive «Protection des données», et
- obligation à imposer à des opérateurs non puissants sur le marché afin de garantir le respect d'engagements internationaux de la Communauté.

#### 4.4. Relations avec les engagements pris dans le cadre de l'OMC

125. La Communauté européenne et ses États membres ont contracté des engagements dans le cadre de l'OMC en rapport avec les entreprises considérées comme des «fournisseurs principaux» de services de télécommunications de base<sup>(122)</sup>. Ces entreprises sont soumises à toutes les obligations définies dans l'accord conclu par la Communauté européenne et ses États membres avec l'OMC portant sur les services de télécommunications de base. Les dispositions du nouveau cadre réglementaire, notamment celles qui ont trait à l'accès et à l'interconnexion, garantissent que les ARN continuent d'appliquer les obligations qui s'imposent aux entreprises constituant des fournisseurs principaux conformément aux engagements pris par la Communauté européenne et ses États membres dans le cadre de l'OMC.

### 5. POUVOIRS D'INVESTIGATION ET PROCÉDURES DE COOPÉRATION AUX FINS DE L'ANALYSE DU MARCHÉ

#### 5.1. Présentation générale

126. La présente section des lignes directrices passe en revue les procédures qui permettent aux ARN d'obtenir les informations dont elles ont besoin pour effectuer l'analyse du marché.

127. Le cadre réglementaire contient des dispositions permettant à une ARN d'exiger des entreprises qui fournissent des réseaux et des services de communications électroniques qu'elles lui communiquent toutes les informations, y compris de nature confidentielle, qui lui sont nécessaires pour apprécier l'état de la concurrence sur les marchés pertinents et imposer des obligations *ex ante* appropriées et, partant, assurer le respect du cadre réglementaire.

128. Cette section des lignes directrices donne également des indications sur les mesures à prendre pour assurer une coopération efficace entre les ARN et les ANC à l'échelon national, et parmi les ARN et entre les ARN et la Commission à l'échelon communautaire. Elle aborde notamment la question de l'échange d'informations entre ces autorités.

129. De nombreux marchés de communication électronique connaissent une évolution rapide et voient leurs structures changer à un rythme soutenu. Les ARN doivent faire en sorte que l'appréciation relative à l'existence d'une concurrence effective, la consultation publique et la désignation des opérateurs puissants sur le marché se déroulent dans des délais raisonnables. Tout retard inutile dans la prise de décision pourrait avoir des conséquences néfastes sur la propension à investir des entreprises sur le marché pertinent, et donc sur les intérêts des consommateurs.

#### 5.2. Analyse du marché et pouvoirs d'investigation

130. En vertu de l'article 16, paragraphe 1, de la directive «Cadre», les ARN doivent effectuer une analyse des marchés pertinents recensés dans la recommandation et dans toute décision dès que possible après leur adoption ou leur mise à jour éventuelle. Les conclusions de l'analyse de chacun des marchés pertinents, accompagnées des mesures réglementaires proposées, doivent être publiées et soumises à la procédure de consultation publique décrite à la section 6.

131. Pour procéder à l'analyse du marché, les ARN devront d'abord recueillir toutes les informations qu'elles jugent nécessaires pour apprécier la puissance des opérateurs sur un marché donné. Dans la mesure où ces informations doivent provenir des entreprises elles-mêmes, l'article 11 de la directive «Autorisation» prévoit que les entreprises sont tenues, au titre de leur autorisation générale, de fournir les informations nécessaires aux ARN pour réaliser une analyse du marché au sens de l'article 16, paragraphe 2, de la directive «Cadre». Cette obligation est renforcée par celle, plus générale, prévue à l'article 5, paragraphe 1, de la directive «Cadre», qui dispose que les États membres veillent à ce que les entreprises assurant la fourniture de réseaux et de services de communications électroniques transmettent toutes les informations nécessaires aux ARN afin de garantir la conformité avec la législation communautaire.

132. Lorsqu'une ARN demande des informations à une entreprise, elle doit exposer les raisons justifiant sa demande et préciser le délai dans lequel ces informations sont à communiquer. Ainsi que le prévoit l'article 10, paragraphe 4, de la directive «Autorisation», les ARN peuvent être habilitées à imposer des sanctions financières aux entreprises qui ne fournissent pas les informations demandées.

133. En vertu de l'article 5, paragraphe 4, de la directive «Cadre», les ARN, agissant conformément à la réglementation nationale relative à l'accès du public à l'information et dans le respect de la réglementation communautaire et nationale en matière de secret d'affaires, doivent publier les informations susceptibles de contribuer à l'instauration d'un marché ouvert et concurrentiel.

134. Toutefois, en ce qui concerne les informations de nature confidentielle, les dispositions de l'article 5, paragraphe 3, de la directive «Cadre» exigent des ARN qu'elles veillent à la confidentialité de ces informations conformément à la réglementation communautaire et nationale en matière de secret d'affaires. Cette obligation de confidentialité vaut également pour les informations reçues à titre confidentiel d'une autre autorité publique.

#### 5.3. Procédures de coopération

##### Entre les ARN et les ANC

135. L'article 16, paragraphe 1, de la directive «Cadre» prévoit que les ARN associent, le cas échéant, les ANC à l'analyse des marchés. Les États membres devraient mettre en place les procédures nécessaires pour garantir que l'analyse prévue à l'article 16 de la directive «Cadre» est menée à bien. Dans la mesure où les ARN procèdent à l'analyse du marché selon les méthodes du droit de la concurrence, l'avis des ANC peut se révéler extrêmement précieux pour l'évaluation de la situation en matière de concurrence. La coopération entre les ARN et les ANC sera essentielle, mais ce sont les ARN qui assument la responsabilité juridique de la conduite des analyses à effectuer. Lorsqu'en vertu de la législation nationale les tâches prévues à l'article 16 de la directive «Cadre» sont confiées à plusieurs organismes distincts, les États membres veillent à ce que ces tâches soient clairement réparties et instaurent des procédures de consultation et de coopération entre les régulateurs afin de garantir une analyse cohérente des marchés pertinents.

136. L'article 3, paragraphe 5, de la directive «Cadre» prévoit que les ARN et les ANC s'échangent les informations nécessaires à l'application du cadre réglementaire, et l'autorité qui reçoit ces informations doit garantir le même niveau de confidentialité que celle qui les lui transmet. Les ANC devraient donc fournir aux ARN toutes les informations utiles obtenues dans le cadre de leurs pouvoirs d'investigation et d'application de la réglementation, y compris les informations confidentielles.
137. Les informations qu'une ANC considère comme confidentielles en vertu des règles communautaires et nationales en matière de secret d'affaires ne devraient être communiquées à une ARN que lorsque cela est nécessaire à l'application des dispositions du cadre réglementaire. Les informations échangées devraient se limiter au minimum nécessaire et être proportionnées à l'objectif de cet échange.

#### *Entre la Commission et les ARN*

138. Pour que le cadre réglementaire fonctionne réellement, et avec l'efficacité voulue, il est vital qu'une coopération à haut niveau s'instaure entre la Commission et les ARN. L'établissement d'une véritable coopération informelle, notamment est essentiel. Le groupe des régulateurs européens, dont la mission est d'assister et de conseiller la Commission, jouera un rôle primordial en fournissant un cadre à cette coopération. La coopération sera vraisemblablement profitable à toutes les parties, en réduisant le risque de divergence d'approche entre les ARN et notamment le risque qu'elles adoptent des remèdes différents pour traiter un problème identique <sup>(123)</sup>.
139. Conformément à l'article 5, paragraphe 2, de la directive «Cadre», les ARN doivent fournir à la Commission les informations qui lui sont nécessaires pour mener à bien ses missions au titre du traité. Sont visées les informations relatives au cadre réglementaire (afin de vérifier la compatibilité des mesures proposées par l'ARN avec la législation), ainsi que les informations que la Commission est, par exemple, susceptible d'exiger pour contrôler le respect des engagements pris dans le cadre de l'OMC.
140. Lorsqu'une ARN transmet à la Commission des informations qu'elle a demandées à une entreprise, elle en informe cette entreprise.
141. La Commission peut aussi mettre ces informations à la disposition d'autres ARN, sauf si l'ARN qui les lui a fournies a présenté une demande contraire explicite et motivée. Bien qu'elle ne soit pas juridiquement tenue de le faire, la Commission informera normalement l'entreprise qui a fourni les informations à l'origine que celles-ci ont été transmises à d'autres ARN.

#### *Entre les ARN*

142. Il est de la plus grande importance que les ARN mettent au point une approche réglementaire commune à tous les États membres, qui contribuera au développement d'un véritable marché unique des communications électroniques. À cette fin, les ARN sont tenues, en vertu de l'article 7, paragraphe 2, de la directive «Cadre», de coopérer entre elles et avec la Commission dans un esprit de transparence afin d'assurer l'application uniforme, dans tous les États membres, du nouveau cadre réglementaire. Le groupe des régulateurs européens devrait être une enceinte importante pour la mise en œuvre de cette coopération.
143. L'article 5, paragraphe 2, de la directive «Cadre» prévoit aussi que des informations pourront être échangées directement entre des ARN, à condition qu'une demande motivée soit présentée. Ces échanges seront particulièrement nécessaires lorsqu'il s'agira d'analyser un marché transnational, mais aussi dans le cadre de la coopération au sein du groupe des régulateurs européens. Dans tous leurs échanges d'informations, les ARN sont tenues de préserver la confidentialité des informations reçues.

## **6. PROCÉDURES DE CONSULTATION ET DE PUBLICATION CONCERNANT LES PROJETS DE DÉCISIONS DES ARN**

### **6.1. Mécanisme de consultation publique**

144. Sauf dans les situations d'urgence décrites ci-dessous, une ARN qui a l'intention de prendre une mesure qui aura une incidence sensible sur le marché pertinent doit donner aux parties intéressées la possibilité d'émettre des observations sur ce projet de mesure. À cet effet, l'ARN organisera une consultation publique concernant la mesure envisagée. Lorsque le projet de mesure concerne une décision relative à la désignation ou à la non-désignation d'entreprises puissantes sur le marché, il doit comprendre les éléments suivants:
- la définition du marché utilisée et les raisons qui justifient ce choix, à l'exception des informations confidentielles en vertu des règles communautaires et nationales en matière de secret d'affaires,
  - les éléments attestant l'existence d'une position dominante (à l'exception des informations confidentielles en vertu des règles communautaires et nationales en matière de secret d'affaires), accompagnés de l'identification de toute entreprise que l'ARN propose de désigner comme puissante sur le marché,
  - les détails complets des obligations sectorielles que l'ARN envisage d'imposer, de maintenir, de modifier ou de supprimer à l'égard des entreprises précitées, ainsi qu'une appréciation de la proportionnalité du projet de mesure.

145. Le délai de consultation doit être raisonnable. Toutefois, les décisions des ARN ne peuvent être retardées outre mesure, car cela pourrait entraver le développement du marché. Pour les décisions relatives à l'existence et à la désignation d'entreprises puissantes sur le marché, la Commission considère qu'un délai de deux mois serait raisonnable pour la consultation publique. Un délai différent pourrait être appliqué lorsque la situation le justifie. À l'inverse, lorsqu'un projet de décision relative à la puissance sur le marché est proposé sur la base des résultats d'une consultation antérieure, le délai de consultation pourra bien être inférieur à deux mois.

## 6.2. Mécanismes de consolidation du marché intérieur des communications électroniques

146. Lorsqu'une ARN entend prendre des mesures qui relèvent des procédures de définition ou d'analyse du marché prévues aux articles 15 et 16 de la directive «Cadre», et de certaines autres dispositions spécifiques du cadre réglementaire <sup>(124)</sup>, et que ces mesures ont une incidence sur les échanges entre les États membres, l'ARN doit communiquer ces mesures, accompagnées d'un exposé des motifs, aux ARN des autres États membres et à la Commission, conformément à l'article 7, paragraphe 3, de la directive «Cadre». Cette communication devrait intervenir parallèlement au lancement de la consultation publique. L'ARN doit alors donner aux autres ARN et à la Commission la possibilité d'émettre des observations sur son projet de mesures avant d'arrêter une décision finale. Le délai laissé aux autres ARN et à la Commission pour soumettre ces observations devrait être identique à celui fixé par l'ARN pour sa consultation publique nationale, sauf si celui-ci est inférieur à la durée minimale d'un mois prévue à l'article 7, paragraphe 3. La Commission peut, lorsque les circonstances le justifient, rendre ses observations publiques.

147. En ce qui concerne les mesures pouvant avoir une incidence sur les échanges entre les États membres, il s'agit de mesures qui peuvent avoir un effet, direct ou indirect, réel ou potentiel, sur le schéma des échanges entre les États membres, au point de faire obstacle au marché unique <sup>(125)</sup>. Par conséquent, la notion d'incidence sur les échanges entre les États membres risque de couvrir un large éventail de mesures.

148. Les ARN doivent rendre publics les résultats de la consultation publique, à l'exception des informations confidentielles en vertu de la réglementation communautaire et nationale en matière de secret d'affaires.

149. Sauf dans deux cas spécifiques exposés au paragraphe suivant, l'ARN concernée peut définitivement adopter une mesure après avoir pris en considération les points de vue exprimés lors de la consultation obligatoire. Cette mesure doit ensuite être communiquée sans retard à la Commission.

## 6.3. Pouvoir de la Commission d'exiger le retrait d'un projet de mesure d'une ARN

150. L'article 7, paragraphe 4, de la directive «Cadre» prévoit deux situations spécifiques dans lesquelles la Commission a la possibilité d'imposer à une ARN le retrait d'un projet de mesure relevant du champ d'application de l'article 7, paragraphe 3:

- le projet de mesure définit un marché en cause qui diffère de celui identifié dans la recommandation, ou
- le projet de mesure concerne une décision de désignation ou de non-désignation d'une entreprise comme puissante sur le marché, individuellement ou conjointement avec d'autres.

151. Dans les deux situations précitées, lorsque la Commission indique à l'ARN lors de la procédure de consultation qu'elle estime que le projet de mesure entraverait le marché unique ou qu'elle a de sérieux doutes quant à la compatibilité de la mesure projetée avec le droit communautaire, l'adoption de cette mesure doit être retardée de deux mois supplémentaires au maximum.

152. Au cours de cette période de deux mois, la Commission peut, après avoir consulté le comité des communications selon la procédure consultative <sup>(126)</sup>, décider d'imposer à l'ARN le retrait de son projet de mesure. La décision de la Commission sera accompagnée d'une analyse détaillée et objective expliquant pourquoi elle considère que le projet de mesure ne doit pas être adopté en l'état, ainsi que de propositions de modification précises dudit projet. En l'absence de décision de la Commission avant la fin de cette période, le projet de mesure peut être adopté par l'ARN.

## 6.4. Situations d'urgence

153. Dans des circonstances exceptionnelles, les ARN peuvent agir en urgence afin de préserver la concurrence et de protéger les intérêts des utilisateurs. Ainsi, une ARN peut, à titre exceptionnel, arrêter des mesures provisoires et proportionnées à la situation sans consulter ni les parties intéressées ni les ARN des autres États membres ni la Commission. Lorsqu'une ARN a ainsi agi dans l'urgence, elle communique sans délai les mesures en question, dûment motivées, à la Commission et aux autres ARN. La Commission apprécie la compatibilité de ces mesures avec le droit communautaire et vérifie, en particulier, si elles sont proportionnées aux objectifs énoncés à l'article 8 de la directive «Cadre».

154. Si l'ARN souhaite rendre permanentes ces mesures provisoires, ou prolonger leur durée d'application, elle doit passer par la procédure de consultation normale décrite ci-dessus. Il est difficile de prévoir des circonstances qui justifieraient des mesures urgentes pour définir un marché ou désigner un opérateur puissant sur le marché, étant donné qu'il n'est pas possible de mettre en œuvre ce type de mesure à bref délai. La Commission ne s'attend donc pas à ce que les ARN recourent à une procédure exceptionnelle pour ce type de décision.

## 6.5. Adoption d'une décision définitive

155. Une fois qu'une décision d'une ARN est devenue définitive, l'ARN notifie à la Commission les noms des entreprises désignées comme puissantes sur le marché et les obligations qui leur sont imposées, conformément aux dispositions de l'article 36, paragraphe 2, de la directive «Service universel» ainsi que de l'article 15, paragraphe 2, et de l'article 16, paragraphe 2, de la directive «Accès». La Commission rend ensuite ces informations publiques sous

une forme directement accessible et les transmet, le cas échéant, au comité des communications.

156. De même, les ARN publient les noms des entreprises qu'elles ont désignées comme puissantes sur le marché ainsi que les obligations qui leur sont imposées. Elles veillent à ce que des informations actualisées soient rendues publiques de manière à être aisément accessibles pour toutes les parties intéressées.

<sup>(1)</sup> JO L 108 du 24.4.2002, p. 33.

<sup>(2)</sup> JO L 108 du 24.4.2002, p. 21.

<sup>(3)</sup> JO L 108 du 24.4.2002, p. 7.

<sup>(4)</sup> JO L 108 du 24.4.2002, p. 51.

<sup>(5)</sup> Non encore adoptée.

<sup>(6)</sup> JO L 24 du 30.1.1998, p. 1.

<sup>(7)</sup> Sauf lorsque le nouveau cadre réglementaire autorise expressément l'imposition d'obligations indépendamment de la situation du marché au regard de la concurrence.

<sup>(8)</sup> Article 14 de la directive «Cadre».

<sup>(9)</sup> En outre, la Commission peut recenser les marchés transnationaux dont les caractéristiques pourraient justifier l'application d'une réglementation spécifique dans une décision sur les marchés transnationaux.

<sup>(10)</sup> Considérant 27 de la directive «Cadre».

<sup>(11)</sup> Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (JO L 395 du 30.12.1989, p. 1). Règlement modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 1310/97 (JO L 180 du 9.7.1997, p. 1) (ci-après dénommé «règlement sur les concentrations»).

<sup>(12)</sup> Lignes directrices concernant l'application des règles de concurrence de la Communauté au secteur des télécommunications (JO C 233 du 6.9.1991, p. 2).

<sup>(13)</sup> Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JO C 372 du 9.12.1997, p. 5).

<sup>(14)</sup> Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications (JO C 265 du 22.8.1998, p. 2).

<sup>(15)</sup> Une coopération effective entre les ARN et les ANC devrait éviter la duplication des procédures pour des questions similaires ayant trait au marché.

<sup>(16)</sup> Lignes directrices concernant l'application des règles de concurrence de la Communauté au secteur des télécommunications (JO C 233 du 6.9.1991, p. 2).

<sup>(17)</sup> Article 14, paragraphe 2, de la directive «Cadre».

<sup>(18)</sup> Affaire C-209/98, *Entreprenørforeningens Affalds*, Recueil 2000, p. I-3743, point 57, et affaire C-242/95, *GT-Link*, Recueil 1997, p. I-4449, point 36. Il convient de noter que l'objectif de définition du marché n'est pas une fin en soi, mais fait partie du processus consistant à apprécier le degré de puissance de marché d'une entreprise.

<sup>(19)</sup> Voir la directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP) (JO L 199 du 26.7.1997, p. 32) (directive «Interconnexion»), la directive 90/387/CEE du Conseil du 28 juin 1990 relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunication par la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunication (JO L 192 du 24.7.1990, p. 1) (directive-cadre «ONP»), la directive 92/44/CEE du Conseil du 5 juin 1992 relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées (JO L 165 du 19.6.1992, p. 27) (directive «Lignes louées»), la directive 95/62/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1995 relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale (JO L 321 du 30.12.1995, p. 6), remplacée par la directive 98/10/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 1998 concernant l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel (JO L 101 du 1.4.1998, p. 24) (directive «ONP téléphonie vocale»).

<sup>(20)</sup> Affaires jointes C-68/94 et C-30/95, *France et autres contre Commission*, Recueil 1998, p. I-1375. Voir également la communication sur la définition du marché, point 12.

<sup>(21)</sup> Le secteur des communications électroniques étant régi par la technologie et l'innovation, une définition préexistante du marché n'est pas nécessairement réutilisable.

<sup>(22)</sup> Voir la communication sur la définition du marché, point 12.

<sup>(23)</sup> Voir également la communication sur la définition du marché, points 20 à 23, et l'affaire IV/M.1225 — *Enso/Stora*, (JO L 254 du 29.9.1999), point 40.

<sup>(24)</sup> Voir la communication sur la définition du marché, point 24. Il peut s'avérer plus complexe d'établir une distinction entre la substitution du côté de l'offre et la concurrence potentielle sur les marchés des communications électroniques que sur d'autres marchés, compte tenu du dynamisme des premiers. L'essentiel est, cependant, que l'entrée potentielle d'autres fournisseurs sur le marché soit prise en considération à un moment ou à un autre de l'analyse du marché pertinent, soit au stade initial de la définition du marché, soit au stade ultérieur de l'appréciation de la puissance sur le marché.

<sup>(25)</sup> Il n'est pas nécessaire que tous les consommateurs s'orientent vers un produit concurrent; il suffit qu'ils soient assez nombreux à le faire pour annuler les bénéfices d'une hausse relative des prix. Cette exigence correspond au principe de l'«interchangeabilité suffisante» énoncé dans la jurisprudence de la Cour de justice (voir note 32 de bas de page).

- (26) Voir également la communication sur l'accès, point 46, et l'affaire T-83/91, Tetra Pak contre Commission, Recueil 1994, p. II-755, point 68. Cette méthode est également connue sous le nom de «test SSNIP» (*Small but Significant Non transitory Increase in Price*: augmentation légère mais significative et non provisoire du prix). Bien que le test SSNIP ne soit qu'un exemple parmi d'autres des méthodes utilisées pour définir le marché pertinent et en dépit de son caractère économétrique formel et des marges d'erreur qui lui sont associées (voir ci-après le «sophisme de la cellophane» ou «cellophane fallacy»), son principal intérêt réside dans son utilité en tant qu'outil conceptuel pour apprécier les indices d'une concurrence entre différents produits ou services.
- (27) Voir la communication sur la définition du marché, points 17 et 18.
- (28) En d'autres termes, lorsque le degré d'élasticité-prix croisée de la demande entre deux produits est élevé, on peut en conclure que les consommateurs considèrent ces produits comme pouvant aisément se substituer l'un à l'autre. Lorsque le choix du consommateur est influencé par d'autres considérations que le prix, le test SSNIP ne sera peut-être pas la méthode la mieux adaptée pour mesurer la substituabilité du produit; voir l'affaire T-25/99, Colin Arthur Roberts et Valerie Ann Roberts contre Commission, Recueil 2001, p. II-1881.
- (29) Dans le cadre d'une définition de marché aux termes de l'article 82 du traité CE, une autorité de la concurrence ou une juridiction estimerait le «prix de départ» pour l'application du test SSNIP en se fondant sur le prix pratiqué par le monopoleur présumé. De même, dans le cadre d'une appréciation prospective des effets qu'une concentration peut avoir sur la concurrence, le prix de départ serait calculé d'après les prix courants pratiqués par les entreprises qui fusionnent. Cependant, lorsqu'une ARN procède à une analyse de marché aux fins de l'article 14 de la directive «Cadre», le service ou le produit concerné peut être proposé par différentes firmes. Dans ce cas, le prix de départ doit être le «prix moyen» pratiqué dans le secteur.
- (30) À noter que les prix résultant d'une réglementation dont le but n'est pas de garantir que les prix soient fondés sur les coûts mais d'assurer une offre abordable dans le cadre de la fourniture de services universels ne doivent pas être forcément présumés fixés à un niveau concurrentiel ni servir de point de départ pour l'application du test SSNIP.
- (31) D'ailleurs, l'un des inconvénients du test SSNIP est que, dans certains cas, une forte élasticité croisée de la demande peut signifier que l'entreprise a déjà exercé sa puissance sur le marché, une situation connue en droit et pratique de la concurrence sous le nom de «sophisme du cellophane» («cellophane fallacy»). Dans ces cas, le prix du marché n'est pas synonyme de prix concurrentiel. Déterminer si le prix courant est fixé au-dessus du niveau concurrentiel constitue notoirement l'aspect le plus délicat du test SSNIP. Face à de telles difficultés, les ARN pourraient s'appuyer sur d'autres critères, tels que la fonctionnalité des services, les caractéristiques techniques, etc., pour apprécier les possibilités de substitution du côté de la demande et de l'offre. À l'évidence, s'il existe des éléments montrant qu'une entreprise a, dans le passé, adopté un comportement anticoncurrentiel (fixation des prix) ou exercée sa puissance sur le marché, on peut en déduire que ses prix ne subissent pas les pressions de la concurrence et sont par conséquent fixés au-dessus du niveau concurrentiel.
- (32) Affaire C-333/94 P, Tetra Pak contre Commission, Recueil 1996, p. I-5951, point 13; affaire 31/80, L'Oréal, Recueil 1980, p. 3775, point 25; affaire 322/81, Michelin contre Commission, Recueil 1983, p. 3461, point 37; affaire C-62/86, AkzoChemie contre Commission, Recueil 1991, p. I-3359; affaire T-504/93, Tiercé Ladbroke contre Commission, Recueil 1997, p. II-923, point 81; affaire T-65/96, Kish Glass contre Commission, Recueil 2000, p. II-1885, point 62; affaire C-475/99, Ambulanz Glöckner et Landkreis Südwestpfalz, Recueil 2001, p. I-0000, point 33. Le test de la substituabilité ou de l'interchangeabilité suffisante a été décrit pour la première fois par la Cour de justice dans l'affaire 6/72, Europemballage et Continental Can contre Commission, Recueil 1973, p. 215, point 32 et dans l'affaire 85/76, Hoffmann La-Roche contre Commission, Recueil 1979, p. 461, point 23.
- (33) Affaire C-333/94 P, Tetra Pak contre Commission, Recueil 1996, p. I-5951, point 13; affaire 66/86, Ahmed Saeed, Recueil 1989, p. 803, points 39 et 40; affaire United Brands contre Commission, Recueil 1978, p. 207, points 22 à 29 et point 12; affaire T-229/94, Deutsche Bahn contre Commission, Recueil 1997, p. II-1689, point 54. Dans l'affaire Tetra Pak, la Cour a confirmé que le fait que la demande en cartons aseptiques et non aseptiques utilisés pour le conditionnement des jus de fruits était marginale et stable par rapport à la demande en cartons utilisés pour le conditionnement du lait indiquait qu'il y avait très peu d'interchangeabilité entre les deux branches du conditionnement; *ibid.*, points 13 et 15.
- (34) Par exemple, une hausse des prix relatifs peut pousser les consommateurs à abandonner un service de qualité médiocre et de faible prix au profit d'un service de meilleure qualité et plus coûteux, si le surcoût (dû à l'achat d'un produit plus onéreux) est annulé par cette hausse. À l'inverse, les consommateurs d'un produit de meilleure qualité peuvent, à un certain moment, refuser de payer plus cher et se tourner vers un produit de qualité moindre. En pareils cas, les produits de bonne et de mauvaise qualité apparaissent donc comme des substituts effectifs.
- (35) Communication de la Commission — Statut des communications vocales sur l'Internet en droit communautaire, notamment au regard de la directive 90/388/CEE — Supplément à la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur le rôle central et l'état actuel de la transposition de la directive 90/388/CEE relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications (JO C 369 du 22.12.2000, p. 3). De même, il ne peut être exclu que, à l'avenir, la technologie xDSL et les services de distribution vidéo multipoint utilisant les boucles locales sans fil puissent être utilisés pour la transmission de matériel télévisuel en concurrence directe avec les autres systèmes de télédiffusion s'appuyant sur le câble, la diffusion directe par satellite et des plates-formes terrestres de transmission analogique ou numérique.
- (36) Les coûts d'adaptation qui résultent de choix stratégiques des entreprises plutôt que de facteurs exogènes doivent être pris en compte, tout comme d'autres formes de barrières à l'entrée, au stade ultérieur de l'appréciation de la puissance sur le marché. Dans le cas d'un marché en croissance, les coûts d'adaptation totaux ne devraient pas être très importants pour les consommateurs déjà «captifs» et ne devraient donc pas empêcher la substitution du côté de la demande ou de l'offre.
- (37) Le délai à envisager pour apprécier les réactions probables des autres fournisseurs en cas d'augmentation des prix relatifs dépendra inévitablement des caractéristiques du marché et doit être fixé cas par cas.
- (38) Voir également l'arrêt rendu dans l'affaire C-333/94 P, Tetra Pak contre Commission, précitée, point 19. Comme indiqué plus haut, les investissements nécessaires doivent aussi être réalisés dans un délai raisonnable.
- (39) Voir également l'arrêt rendu dans l'affaire COMP/M.2574 — Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia, point 58.
- (40) Arrêt United Brands, précité, point 44; arrêt Michelin précité, point 26; affaire 247/86, Alsatel contre Novasam, Recueil 1988, p. 5987, point 15; arrêt Tiercé Ladbroke contre Commission précité, point 102.
- (41) Arrêt Deutsche Bahn contre Commission précité, point 92; affaire T-139/98 AAMS contre Commission, point 39, non encore publiée au Recueil.
- (42) Voir, par exemple, l'affaire IV/M.1025 — Mannesmann/Olivetti/Infostrada, point 17, et l'affaire COMP/JV.23 — Telefónica Portugal Telecom/Médi Telecom.
- (43) Dans la pratique, ce territoire correspondra aux limites du territoire à l'intérieur duquel un opérateur est autorisé à exercer son activité. Dans l'affaire COMP/M.1650 — ACEA/Telefonica, la Commission a considéré que, puisque l'entreprise commune notifiée disposerait d'une licence limitée à la région de Rome, le marché géographique pouvait être défini comme étant de dimension locale (point 16).

- (<sup>44</sup>) Le fait que les opérateurs mobiles ne peuvent fournir de services que dans les régions pour lesquelles ils ont obtenu une licence et que l'architecture des réseaux reflète la portée géographique des licences mobiles explique pourquoi les marchés de la téléphonie mobile sont considérés comme étant de dimension nationale. Les coûts de connexion et de communications supplémentaires que les consommateurs doivent supporter lorsqu'ils utilisent l'itinérance à l'étranger, auxquels s'ajoute la perte de certaines fonctionnalités (par exemple, absence de messagerie vocale à l'étranger) plaident en faveur de cette définition (voir l'affaire IV/M.1439 — Telia/Telenor, point 124, l'affaire IV/M.1430 — Vodafone/Airtouch, points 13 à 17 et l'affaire COMP/JV.17 — Mannesmann/Bell Atlantic/Omnitel, point 15).
- (<sup>45</sup>) Les accords d'interconnexion physique peuvent également être pris en considération pour définir la portée géographique du marché (affaire IV/M.570 — TBT/BT/TeleDanmark/Telenor, point 35).
- (<sup>46</sup>) Affaire IV/M.856 — British Telecom/MCI (II), point 19s; affaire IV/JV.15 — BT/AT & T, points 84 et 92; affaire COMP/M.2257 — France Telecom/Equant, point 32; il est tout à fait improbable que la fourniture de services de communications électroniques puisse être segmentée sur la base de voies bilatérales nationales (ou locales).
- (<sup>47</sup>) On peut citer comme exemple le marché des capacités de «backhaul» sur les voies d'acheminement internationales (par exemple, station d'aboutissement de câble desservant le trafic du pays A vers le pays E), où il peut y avoir substituabilité entre les stations d'aboutissement de câble desservant différents pays (stations reliant le pays A respectivement au pays B, au pays C et au pays D) lorsqu'un fournisseur de capacité de «backhaul» pour l'acheminement de A vers E est contraint de tenir compte de la possibilité que les consommateurs ont de se tourner vers l'une quelconque des autres voies d'acheminement qui peuvent également prendre en charge le trafic en provenance et à destination du pays E.
- (<sup>48</sup>) Lorsqu'un marché est défini sur la base d'une voie d'acheminement bilatérale, sa portée géographique peut dépasser le territoire national si les fournisseurs sont présents de part et d'autre du marché et capables de répondre à la demande émanant de chaque extrémité de la voie en question.
- (<sup>49</sup>) Voir la communication sur la définition du marché, points 57 et 58. Par exemple, le phénomène de «substituabilité en chaîne» pourrait intervenir si une entreprise fournissant des services au niveau national limitait, en matière de prix, la marge de manœuvre d'entreprises prestataires de services sur des marchés géographiques distincts. Le cas peut se présenter lorsque des entreprises fournissant des réseaux câblés dans des zones spécifiques sont contraintes dans leur tarification par la présence à l'échelle nationale d'un opérateur dominant; voir aussi l'affaire COMP/M.1628 — TotalFina/Elf (JO L 143 du 29.5.2001, p. 1), point 188.
- (<sup>50</sup>) L'interdépendance des prix aux limites extrêmes de la chaîne doit être clairement démontrée et le degré de substituabilité entre les produits ou les territoires pertinents doit être suffisamment élevé.
- (<sup>51</sup>) Dans ses décisions, la Commission a notamment mentionné l'existence des marchés suivants: services internationaux de téléphonie vocale [affaire IV/M.856 — BritishTelecommunications/MCI (II) (JO L 336 du 8.12.1997)], services de télécommunications avancés destinés aux entreprises [affaire IV/35.337, Atlas (JO L 239 du 19.9.1996), points 5 à 7; affaire IV/35617, Phoenix/Global/One (JO L 239 du 19.9.1996), point 6; affaire IV/34.857, BT-MCI (I) (JO L 223 du 27.8.1994)], services standardisés de transmission de données par commutation de paquets, revente de capacités de transmission internationale (affaire IV/M.975 — Albacom/BT/ENI, point 24), services d'audioconférence (Albacom/BT/ENI, point 17), services par satellite [affaire IV/350518 — Iridium (JO L 16 du 18.1.1997)], services de télécommunications mondiaux (améliorés) (affaire IV/JV.15 — BT/AT & T; affaire COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint, point 84; affaire COMP/M.2257 — France Telecom/Equant, point 18), services d'assistance-annuaire (affaire IV/M.2468 — SEAT Pagine Gialle/ENIRO, point 19; affaire COMP/M.1957 — VIAG Interkom/Telenor Media, point 8), services d'accès Internet destinés aux utilisateurs finals (affaire IV/M.1439 — Telia/Telenor; affaire COMP/JV.46 — Blackstone/CDPQ/Kabel Nordrhein/Westfalen, point 26; affaire COMP/M.1838 — BT/Esat, point 7), connectivité à l'Internet du plus haut niveau ou universelle (affaire COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint, point 52), services continus paneuropéens de télécommunications mobiles destinés aux utilisateurs à mobilité internationale (affaire COMP/M.1975 — Vodafone Airtouch/Mannesmann; affaire COMP/M.2016 — France Telecom/Orange, point 15), services d'itinérance de gros (affaire COMP/M.1863 — Vodafone/Airtel, point 17), marché pour la connectivité au réseau international de signalisation (affaire COMP/2598 — TDC/CMG/Migway JV, points 17 et 18).
- (<sup>52</sup>) Voir aussi les affaires jointes T-125/97 et T-127/97, The Coca-Cola Company et autres contre Commission, Recueil 2000, p. II-1733, points 81 et 82.
- (<sup>53</sup>) Voir aussi l'article 15 de la directive «Cadre».
- (<sup>54</sup>) Communication sur l'accès, point 45.
- (<sup>55</sup>) Voir l'affaire COMP/M.1439 — Telia/Telenor.
- (<sup>56</sup>) Voir affaires Telia/Telenor, BT/AT & T, France Telecom/Equant précitées. Voir également la décision de la Commission du 20 mai 1999, Cégétel + 4 (JO L 218 du 18.8.1999), point 22. En ce qui concerne le marché émergent des services GBDS (*Global broadband data communications services*), la Commission a constaté que ces services pouvaient être supportés par trois principales architectures de réseau: i) les systèmes terrestres câblés, ii) les systèmes terrestres sans fil, et iii) les systèmes par satellite, et que, du point de vue de la demande, les services GBDS par satellite pouvaient être considérés comme un marché séparé (affaire COMP/M.1564 — Astrolink, points 20 à 23).
- (<sup>57</sup>) Directive 96/19/CE, considérant 20 (JO L 74 du 22.3.1996, p. 13). Voir également la Communication de la Commission — Dégroupage de l'accès à la boucle locale: permettre la fourniture concurrentielle d'une gamme complète de services de communications électroniques, notamment les services multimédias à large bande et l'Internet à haut débit (JO C 272 du 23.9.2000, p. 55), et notamment le point 3.2: «Certes, il convient de surveiller attentivement les catégories de services établies de la sorte, en raison notamment de la rapidité de l'évolution technologique, et de les réévaluer régulièrement, au cas par cas; toutefois, à l'heure actuelle, ces services ne sont normalement pas substituables les uns aux autres et ils peuvent donc être considérés comme autant de marchés pertinents dans le cas qui nous occupe».
- (<sup>58</sup>) La Commission a recensé des marchés distincts pour les services fournis aux grandes sociétés multinationales, compte tenu des différences marquées qui caractérisent la demande (et l'offre) de services à cette catégorie de consommateurs en comparaison du reste de la petite clientèle (d'affaires); voir l'affaire IV/JV.15 — BT/AT & T, l'affaire COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint et l'affaire COMP/M.2257 — France Télécom/Equant.
- (<sup>59</sup>) Voir la communication sur le dégroupage de l'accès à la boucle locale précitée, point 3.2. Le marché des services de communications à haut débit pourrait lui-même être subdivisé en segments distincts en fonction de la nature des services offerts (services Internet, vidéo à la carte, etc.).
- (<sup>60</sup>) Affaire COMP/M.2574 — Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia, point 33. On pourrait également faire valoir que l'accès commuté à l'Internet par l'intermédiaire des téléphones mobiles de deuxième génération existants constitue un marché séparé de l'accès commuté *via* le réseau de télécommunications public commuté. Selon la Commission, il est peu probable que l'accès à l'Internet par téléphone mobile devienne un substitut des méthodes existantes d'accès à l'Internet par le biais d'un ordinateur personnel en raison des différences de dimension des écrans et de format du matériel obtenu *via* chacune de ces plates-formes; voir l'affaire COMP/M.1982 — Telia/Oracle/Druitt, point 15, et l'affaire COMP/JV.48 Vodafone/Vivendi/Canal+.

- (<sup>61</sup>) Affaire COMP/M.2469 — Vodafone/Airtel, point 7; affaire IV/M.1430 — Vodafone/Airtouch; affaire IV/M.1669 — Deutsche Telecom/One2One, point 7. La question de savoir si ce marché peut être subdivisé en un marché des transporteurs (opérateurs de réseau) et un marché des services en aval doit être tranchée cas par cas; voir l'affaire IV/M.1760 — Mannesmann/Orange, points 8 à 10, et l'affaire COMP/M.2053 — Telenor/BellSouth/Sonofon, points 9 et 10.
- (<sup>62</sup>) Par exemple, dans l'affaire British Interactive Broadcasting/Open, la Commission a noté que, pour la fourniture de services vocaux de base aux consommateurs, le marché pertinent des infrastructures n'incluait pas seulement le réseau en cuivre classique de BT mais aussi les réseaux câblés des câblodistributeurs, qui sont capables de fournir des services téléphoniques de base, voire les réseaux fixes sans fil [voir l'affaire IV/36.359 (JO L 312 du 6.12.1999), points 33 à 38]. Dans l'affaire IV/M.1113 — Nortel/Norweb, la Commission a reconnu que les réseaux d'électricité utilisant la technologie «Digital Power Line» (transmission de données sur les lignes de distribution d'énergie électrique) pourraient constituer une alternative à l'accès traditionnel par la boucle locale, points 28 et 29.
- (<sup>63</sup>) Pour apprécier les conditions de la concurrence entre réseaux qui résulterait de la pleine libéralisation sur le marché irlandais, la Commission a également tenu compte de l'existence d'opérateurs qui étaient perçus à l'époque comme des fournisseurs alternatifs potentiels d'infrastructures, à savoir les réseaux de télévision câblée et d'électricité (affaire Telecom Eireann précitée, point 30). La Commission a laissé ouverte la question de savoir si la fourniture d'une capacité de transmission par une infrastructure de réseau sous-marine constituait un marché distinct des réseaux de transmission terrestre par satellite (affaire COMP/M.1926 — Telefonica/Tyco/JV, point 8).
- (<sup>64</sup>) Voir l'affaire COMP/M.1439 Telia/Telenor, point 79. Par exemple, la Commission a identifié un marché paneuropéen émergent de l'accès de gros (SMS) à l'infrastructure mobile dans l'affaire COMP/2598 — TDC/CMG/Migway JV, points 28 et 29.
- (<sup>65</sup>) En appliquant ces critères, la Commission a constaté que, pour ce qui concerne l'infrastructure fixe, la location de capacités de transmission et la fourniture de services associés à d'autres opérateurs correspondaient au marché de gros (marché de la fourniture de services de transport aux opérateurs); voir l'affaire IV/M.683 — GTS-Hermes Inc./HIT Rail BV, point 14, les affaires IV/M.1069 — WorldCom/MCI (JO L 116 du 4.5.1999, p. 1), Unisource (JO L 318 du 20.11.1997, p. 1), Phoenix/Global One (JO L 239 du 19.9.1996, p. 57), et l'affaire IV/JV.2 — Enel/FT/DT. Dans l'affaire COMP/M.1439 — Telia/Telenor, la Commission a constaté que la demande présentait des caractéristiques distinctes pour l'accès de gros et de détail aux infrastructures de réseau (fourniture ou accès à la boucle locale, et fourniture ou accès aux infrastructures de réseau pour les communications interurbaines et internationales), points 75 à 83.
- (<sup>66</sup>) Voir note 58 de bas de page.
- (<sup>67</sup>) Les fibres optiques ne sont actuellement compétitives que sur les marchés en amont de la transmission, tandis que les boucles locales sans fil, qui doivent encore être déployées, auront pour cible principale les professions libérales et les particuliers ayant des besoins de communications spécifiques. Sauf sur certains marchés nationaux, les réseaux de télévision par câble existants doivent faire l'objet d'améliorations coûteuses pour prendre en charge les communications bidirectionnelles à large bande et, par rapport aux technologies xDSL, ils n'offrent pas une largeur de bande garantie puisque les consommateurs partagent le même câble.
- (<sup>68</sup>) Voir aussi l'affaire IV/JV.11 — @Home Benelux BV.
- (<sup>69</sup>) Par exemple, si un opérateur fixe veut terminer les appels destinés aux abonnés d'un réseau donné, il n'aura, en principe, d'autre choix que d'appeler le réseau auquel est abonnée la partie appelée ou de s'interconnecter avec celui-ci. Compte tenu du principe du «paiement par l'appelant», rien ne pousse les opérateurs mobiles à proposer des prix concurrentiels pour la terminaison des appels sur leur propre réseau. Voir également OCDE: «Competition issues in Telecommunications-Background Note for the Secretariat», DAF/CLP/WP2(2001)3, et le communiqué de presse IP/02/483 de la Commission.
- (<sup>70</sup>) Arrêt rendu dans l'affaire 27/76, United Brands contre Commission, Recueil 1978, p. 207.
- (<sup>71</sup>) Voir aussi le considérant 25 de la directive «Cadre».
- (<sup>72</sup>) Voir l'article 14, paragraphe 2, et le considérant 28 de la directive «Cadre».
- (<sup>73</sup>) Il est à noter que les ARN ne doivent pas nécessairement constater un abus de position dominante pour désigner une entreprise comme puissante sur le marché.
- (<sup>74</sup>) Arrêt rendu dans l'affaire 85/76, Hoffmann-La Roche contre Commission, Recueil 1979, p. 461, point 39. Il convient de souligner ici que, aux fins de la réglementation *ex ante*, si une entreprise s'est déjà vu imposer des obligations réglementaires, le fait que la concurrence ait pu être rétablie sur le marché pertinent, précisément par l'effet de ces obligations, ne signifie pas que cette entreprise ne se trouve plus en position dominante et qu'elle ne doit plus être désignée comme puissante sur le marché.
- (<sup>75</sup>) L'absence de tout service ou produit de substitution peut amener à constater une situation de dépendance économique qui est caractéristique de l'existence d'une position dominante; voir les décisions de la Commission dans les affaires Decca Navigator System (JO L 43 du 15.2.1987, p. 27) et Magill TV Guide: ITP, BBC, RTE (JO L 78 du 21.3.1989, p. 43). Voir aussi l'arrêt rendu dans l'affaire 22/78, Hugin contre Commission, Recueil 1979, p. 1869, et l'arrêt rendu dans l'affaire 226/84, British Leyland contre Commission, Recueil 1986, p. 3263.
- (<sup>76</sup>) Voir aussi le considérant 15 du règlement (CEE) n° 4064/89.
- (<sup>77</sup>) Arrêt United Brands contre Commission précité. Plus l'écart entre la part de marché de l'entreprise concernée et celle de ses concurrents est grand, plus il est probable que ladite entreprise détienne une position dominante. Par exemple, dans l'affaire COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint, la Commission a estimé que l'entité issue de la concentration détiendrait, sur le marché de la fourniture de la connectivité à l'Internet de niveau supérieur, une part de marché absolue cumulée de plus de [35-45 %] — autrement dit, plusieurs fois supérieure à celle de son concurrent le plus proche — ce qui lui permettrait de se comporter de façon indépendante de ses concurrents et de ses clients (voir points 114, 123, 126, 146, 155 et 196).
- (<sup>78</sup>) Arrêt rendu dans l'affaire C-62/86, AKZO contre Commission, Recueil 1991, p. I-3359, point 60; arrêts rendus dans l'affaire T-228/97, Irish Sugar contre Commission, Recueil 1999, p. II-2969, point 70, l'affaire Hoffmann-La Roche contre Commission précitée, point 41 et l'affaire T-139/98, AAMS et autres contre Commission, point 51, non encore publiée au Recueil. Toutefois, des parts de marché élevées ne constituent un critère de mesure précis que si les concurrents sont incapables d'accroître suffisamment leur production pour répondre à un déplacement de la demande à la suite de l'augmentation des prix par un rival.



- (79) Arrêt rendu dans l'affaire Hoffmann-La Roche contre Commission, précité, point 41; arrêt rendu dans l'affaire C-62/86, Akzo contre Commission, Recueil 1991, p. I-3359, points 56 et 59. «La possession d'une part de marché extrêmement importante met l'entreprise qui la détient pendant une période d'une certaine durée, par le volume de production et d'offre qu'elle représente — sans que les détenteurs de parts sensiblement plus réduites soient en mesure de satisfaire rapidement la demande qui désirerait se détourner de l'entreprise détenant la part la plus considérable —, dans une situation de force qui fait d'elle un partenaire obligatoire et qui, déjà de ce fait, lui assure, tout au moins pendant des périodes relativement longues, l'indépendance de comportement caractéristique de la position dominante» — arrêt rendu dans l'affaire AAMS et autres contre Commission précitée, point 51.
- (80) Communication sur la définition du marché, précitée, point 5.
- (81) Voir l'affaire COMP/M.1741 — MCI WorlCom/Sprint, points 239 et 240. Sur les marchés fonctionnant par appels d'offres, il est néanmoins important de ne pas se fier uniquement aux parts de marché car elles peuvent ne pas être représentatives en elles-mêmes de la position réelle des entreprises; pour une argumentation plus détaillée, voir également l'affaire COMP/M.2201 — MAN/Auwärter.
- (82) Voir le point 3.2 du document intitulé «Determination of organizations with significant power (SMP) for the implementation of the ONP Directive», DG XIII, 1<sup>er</sup> mars 1999, à l'adresse suivante: <http://europa.eu.int/ISPO/infosoc/telecompolicy/en/SMPdeter.pdf>
- (83) *Ibidem* point 5.2.
- (84) Pour ce qui est du marché de l'interconnexion des réseaux fixes et mobiles, le trafic de terminaison à mesurer est constitué du propre trafic du réseau et du trafic d'interconnexion en provenance de tous les autres réseaux fixes et mobiles, nationaux ou internationaux.
- (85) Arrêt Hoffmann-La Roche contre Commission précité, point 48. L'une des catégories de barrières à l'entrée les plus importantes est constituée par les coûts irrécupérables. Les coûts irrécupérables sont particulièrement déterminants dans le secteur des communications électroniques, sachant que des investissements importants sont nécessaires pour créer, par exemple, un réseau efficace en vue de la fourniture de services d'accès et qu'un nouveau venu décidant d'abandonner le marché ne pourra probablement récupérer qu'une faible part de ces investissements. Les barrières à l'entrée sont renforcées à mesure qu'augmentent les économies de gamme et la densité qui caractérisent généralement ces réseaux. Ainsi, un réseau vaste induira toujours moins de coûts qu'un réseau plus petit, ce qui implique que, pour acquérir une part importante du marché et devenir concurrentiel, un nouvel arrivant devra fixer ses prix en-dessous de ceux de l'opérateur en place, hypothéquant ainsi ses chances de récupérer ses coûts.
- (86) Affaires jointes C-241/91 P et C-242/91 P, RTE et ITP contre Commission, Recueil 1995, p. I-743; affaire C-7/97, Oscar Bronner, Recueil 1998, p. I-7791, et affaires conjointes T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, European Night Services et autres contre Commission, Recueil 1998, p. II-3141.
- (87) Voir l'affaire COMP/M.1741 — MCI WorlCom/Sprint, point 196.
- (88) Affaire C-333/94 P, Tetra Pak contre Commission, Recueil 1996, p. I-5951.
- (89) Voir aussi l'affaire COMP/M.2146 — Tetra Laval/Sidel, points 325 à 389, *sub judice*, T-5/02.
- (90) Voir communication sur l'accès, point 65.
- (91) Dans le cas des marchés horizontaux, l'analyse doit s'attacher à établir l'existence de liens de connexité étroits, qui vont permettre à une entreprise dominante sur un marché de se comporter de façon indépendante de ses concurrents sur un marché voisin. Ces liens peuvent être révélés par le type de comportements adoptés par les fournisseurs et les utilisateurs sur les marchés considérés (quand les clients et/ou les fournisseurs sont les mêmes sur les deux marchés, c'est-à-dire que les clients achètent au détail non seulement des communications téléphoniques mais également un accès à l'Internet) ou par le fait que l'intrant constitué par le produit ou le service est essentiellement le même (à savoir la fourniture, par un opérateur fixe à des FSI, d'une infrastructure de réseau pour le marché de gros du départ et de la terminaison d'appels); voir également l'affaire T-83/91, Tetra Pak contre Commission précitée, point 120 et l'affaire COMP/M.2416 — Tetra Laval/Sidel.
- (92) L'article 14, paragraphe 3, de la directive «Cadre» n'est pas destiné à s'appliquer dans les cas où la puissance sur un marché «réglementé» est utilisée comme un levier pour agir sur un marché émergent «non réglementé». En pareils cas, tout comportement s'apparentant à un abus de position dominante sur le marché «émergent» tomberait en principe sous le coup de l'article 82 du traité CE.
- (93) Communication sur l'accès, point 79.
- (94) Arrêt rendu dans les affaires jointes C-395/96 P et C-396/96 P, Compagnie maritime Belge et autres contre Commission, Recueil 2000, p. I-1365.
- (95) *Ibidem*, point 39.
- (96) Arrêt rendu dans l'affaire T102/96, Gencor contre Commission, Recueil 1999, p. II-753.
- (97) Voir arrêt rendu dans les affaires jointes T-68/89, T-77/89 et T-78/89, SIV et autres contre Commission, Recueil 1992, p. II-1403, point 358; arrêt rendu dans l'affaire C-393/92, Almelo, Recueil 1994, p. I-1477, point 43; arrêt rendu dans l'affaire C-96/94, Centro Servizi Spediporto, Recueil 1995, p. I-2883, point 33; arrêt rendu dans les affaires jointes C-140/94, 141/94 et C-142/94, DIP, Recueil 1995, p. I-3257, point 62; arrêt rendu dans l'affaire C-70/95, Sodemare, Recueil 1997, p. I-3395, point 46; et arrêt rendu dans les affaires jointes C-68/94 et C-30/95, France et autres contre Commission, Recueil 1998, p. I-1375, point 221.
- (98) Affaire IV/M.619 — Gencor Lonhro (JO L 11 du 14.1.1997, p. 30).
- (99) Arrêt Gencor contre Commission précité, point 276.
- (100) *Ibidem*, point 277.
- (101) Arrêt Compagnie Maritime Belge transports et autres précité, point 39; voir aussi arrêt du 6 juin 2002, T-342/99, Airtours contre Commission, Recueil 2002, p. II-0000, point 76.
- (102) Voir en particulier l'arrêt France et autres contre Commission précité, point 221.
- (103) Arrêt Compagnie Maritime Belge, point 39.
- (104) *Ibidem*, point 44.
- (105) *Ibidem*, point 45.
- (106) L'expression «effets de coordination» a le même sens que l'expression «comportement parallèle anticoncurrentiel», également utilisée par la Commission dans ses décisions appliquant la notion de position dominante (oligopolistique) conjointe.

- (107) Voir, en particulier, les affaires COMP/M.2498 — UPM-Kymmene/Haindl et COMP/M.2499 — Norske Skog/Parenco/Walsum, l'affaire COMP/M.2201 — MAN/Auwärter, l'affaire COMP/M.2097 — SCA/Matsä Tissue, l'affaire COMP/M.1882 — Pirelli/BICC, l'affaire COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint, *sub judice*, T-310/00, l'affaire IV/M.1524 — Airtours/First Choice (JO L 93 du 13.4.2000, p. 1), *sub judice* T-342/99, l'affaire IV/M.1383 — Exxon/Mobil, l'affaire IV/M.1313 — Danish Crown/Vestjyske Slagterier (JO L 20 du 25.1.2000, p. 1), l'affaire IV/M.1225 — Enso/Stora (JO L 254 du 29.9.1999, p. 9), l'affaire IV/M.1016 — Price Waterhouse/Coopers & Lybrand (JO L 50 du 26.2.1999, p. 27), l'affaire IV/M.619 — Gencor/Lonrho, cit., l'affaire IV/M.308, Kali + Salz/MdK/Treuhand (JO L 186 du 21.7.1994, p. 38) et l'affaire IV/M.190 — Nestlé/Perrier (JO L 356 du 5.12.1992, p. 1).
- (108) C'est essentiellement à ce type d'analyse que la Commission a eu recours dans ses dernières décisions concernant la position dominante conjointe; voir, par exemple, l'affaire IV/M.190 — Nestlé/Perrier, (JO L 356 du 5.12.1992, p. 1), Gencor/Lonrho, précité, l'affaire IV/M.1383 — Exxon/Mobil, point 259, l'affaire IV/M.1524 — Airtours/First Choice (JO L 93 du 13.4.2000, p. 1), et l'affaire COMP/M.2499 — Norske Skog/Parenco/Walsum, point 76; voir aussi, arrêt Airtours contre Commission, précité, point 62.
- (109) Voir également le considérant 26 de la directive «Cadre»: «Deux entreprises, ou plus, peuvent occuper conjointement une position dominante non seulement lorsqu'il existe entre elles des liens structurels ou autres, mais aussi lorsque la structure du marché pertinent est propice à produire des effets coordonnés, c'est-à-dire lorsque cette structure favorise un parallélisme ou un alignement anticoncurrentiel des comportements sur le marché.»
- (110) Voir l'affaire COMP/M.2498 — UPM-Kymmene/Haindl et l'affaire COMP/M.2499 — Norske Skog/Parenco/Walsum, point 77.
- (111) Voir, par exemple, l'affaire COMP/M.2097 — SCA/Metsä Tissue.
- (112) Ainsi, dans l'affaire COMP/M.2201 — MAN/Auwärter, en dépit du fait que deux des parties en présence sur le marché allemand des bus urbains, MAN/Auwärter et EvoBus, alimentaient l'une et l'autre un peu moins de la moitié du marché, la Commission a conclu qu'il n'y avait pas de risque de position dominante conjointe. En particulier, la Commission a constaté qu'une répartition tacite du marché entre EvoBus et MAN/Auwärter était improbable car elle ne pouvait s'appuyer sur aucun mécanisme de coordination viable. En outre, étant donné les différences notables qu'on pouvait observer entre les deux sociétés, au niveau de la structure des coûts, par exemple, il était plus probable que EvoBus et MAN/Auwärter soient concurrentes plutôt qu'elles agissent en collusion. De même, dans l'affaire Alcoa/British Aluminium, la Commission a conclu que, en dépit du fait que deux des parties en présence sur le marché pertinent réalisaient plus de 80 % des ventes, le marché ne pouvait être considéré comme de nature à entraîner une position dominante oligopolistique dans la mesure où i) les parts de marché étaient volatiles et instables, et ii) la demande était assez irrégulière, ce qui permettait difficilement aux parties de réagir aux initiatives de l'autre en vue de coordonner tacitement leur comportement. En outre, le marché manquait de transparence au niveau des prix et les acheteurs disposaient d'une importante puissance d'achat compensatrice. Les conclusions de la Commission étaient également confirmées par l'absence de mécanisme de rétorsion crédible susceptible d'étayer une éventuelle stratégie de coordination tacite et par le fait que la concurrence sur le marché était non seulement fondée sur les prix, mais également et en grande mesure subordonnée à l'innovation technologique et le service après-vente; affaire COMP/M.2111 — Alcoa/British Aluminium.
- (113) De même, dans l'affaire COMP/M.2348 — Outokumpu/Nor zinc, la Commission a constaté que même si le marché du zinc était un club restreint, les barrières à l'entrée élevées et les perspectives de croissance de la demande limitées, la probabilité de l'émergence d'une structure de marché favorable à un comportement coordonné serait faible s'il pouvait être démontré que i) les parties ne pouvaient pas agir sur la formation des prix et ii) les structures de coûts des producteurs étaient asymétriques et aucun mécanisme de rétorsion crédible n'avait été mis en place.
- (114) Voir l'affaire COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint, point 263.
- (115) *Ibidem*, points 257 à 302.
- (116) Affaire COMP/M.1838 — BT/Esat.
- (117) *Ibidem*, points 10 à 14.
- (118) Affaire IV/M.1430 — Vodafone/Airtouch.
- (119) *Ibidem*, point 28. L'émergence probable d'un marché duopolistique ne concernait que les trois plus grands opérateurs de la téléphonie mobile, à savoir D2 et E-Plus, d'une part, et T-Mobil, d'autre part, car la part de marché de VIAG Interkom était inférieure à 5 %. Les craintes de la Commission se sont finalement dissipées après que les parties ont proposées de céder toute la participation détenue par Vodafone dans E-Plus.
- (120) Affaire COMP/M.2016 — France Telecom/Orange, point 26.
- (121) *Ibidem*, points 39 et 40. Dans son document intitulé «On the initial findings of the sector inquiry into mobile roaming charges», la Commission révèle i) l'existence de liens économiques entre des opérateurs de la téléphonie mobile, par le biais d'accords d'interconnexion, de leur appartenance à l'association GSM, au forum WAP et UMTS, et le fait que les modalités et conditions des accords d'itinérance sont quasiment normalisées, ainsi que ii) l'existence de barrières élevées à l'entrée. Dans son appréciation, la Commission souligne aussi que la circonstance que le marché de la téléphonie mobile soit en général tiré par le progrès technologique ne semblait pas avoir affecté les conditions de la concurrence prévalant sur le marché des services d'itinérance de gros; voir à l'adresse suivante: [http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/sector\\_inquiries/roaming/](http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/roaming/), pages 24 et 25.
- (122) Engagements contractés par la Communauté européenne en matière de télécommunications dans le cadre de l'AGCS: <http://gats-info.eu.int/gats-info/swtoscvc.pl?&SECCODE=02.C>.
- (123) Le comité des communications visé à l'article 22 de la directive «Cadre» a également pour tâche d'assurer une bonne coopération entre la Commission et les États membres.
- (124) Les dispositions spécifiques en question sont: les articles 15 et 16 de la directive «Cadre» (ce dernier renvoyant aux articles 16 à 19 de la directive «Service universel» et aux articles 7 et 8 de la directive «Accès»), les articles 5 et 8 de la directive «Accès» (ce dernier renvoyant aux obligations énoncées aux articles 9 à 13 de la directive «Accès») et l'article 16 de la directive «Service universel» (qui renvoie aux articles 17 à 19 de la même directive). En outre, l'article 6 de la directive «Accès», bien que n'étant pas explicitement mentionné à l'article 7 de la directive «Cadre», contient une référence à cet article et se trouve donc couvert par la procédure qui y est décrite.
- (125) Considérant 38 de la directive «Cadre».
- (126) Comme le prévoit l'article 3 de la décision 1999/468/CE du Conseil fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission, la Commission tient le plus grand compte de l'avis émis par le comité, mais n'est pas liée par celui-ci.