

Analyse des marchés - Fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées, quelle que soit la technologie utilisée, pour fournir la capacité louée ou réservée (Marché 6/2007)

Projet de règlement portant sur la définition du marché pertinent de la fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées, quelle que soit la technologie utilisée, pour fournir la capacité louée ou réservée (Marché 6/2007), l'identification de l'opérateur puissant sur ce marché et les obligations lui imposées à ce titre

Avis du Conseil de la concurrence

N°2014-AV-07

(01.12.2014)

1. Contexte général

Selon l'article 17 de la loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques (ci-après : « la loi de 2011 »), l'Institut Luxembourgeois de Régulation (ci-après : « l'ILR ») procède à l'analyse des marchés dans le secteur des communications électroniques conformément à la « *Recommandation du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications*

électroniques (2007/879/CE)» (ci-après : « la recommandation 2007/879 ») de la Commission européenne (ci-après : « la Commission »).

Lorsque l'ILR constate, sur base de son analyse de marché, qu'un marché n'est pas concurrentiel, il identifie les entreprises puissantes sur ce marché (article 19 de la loi précitée) et, soit impose aux entreprises puissantes sur le marché (ci-après : « entreprises PSM ») des obligations spécifiques appropriées, soit maintient ou modifie ces obligations, si elles existent déjà (article 20 de cette loi).

Comme précisé, entre autre, dans l'article 14.2 de 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 (directive "cadre")* », la notion de puissance sur le marché correspond à celle de position dominante au sens de l'article 102 TFUE.

L'analyse de l'ILR porte sur une période prospective de trois ans.

Selon l'article 76 (2) de la loi précitée, un accord préalable de l'autorité chargée de l'application du droit de la concurrence, c'est-à-dire du Conseil de la concurrence (ci-après : « le Conseil »), est requis avant l'adoption par l'ILR de mesures affectant le marché. En cas d'opposition à la mesure envisagée, l'ILR renonce à cette mesure à condition que l'opposition se fonde uniquement sur le droit de la concurrence.

Dans ce cadre légal, l'ILR a saisi le Conseil par courrier du 21 octobre 2014 du « *Projet de règlement portant sur la définition du marché pertinent de la fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées, quelle que soit la technologie utilisée, pour fournir la capacité louée ou réservée (Marché 6/2007), l'identification de l'opérateur puissant sur ce marché et les obligations lui imposées à ce titre.* »

Ce projet de règlement est l'aboutissement d'une analyse du marché de la fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées (Marché 6/2007), qui fait par conséquent également l'objet du présent avis. L'ILR a mis les deux documents en consultation publique nationale du 27 octobre au 27 novembre 2014.

Le Conseil, conformément à ce cadre légal et fidèle à sa vocation, se limitera dans ses commentaires aux aspects ayant trait au droit de la concurrence et aux objectifs de la politique de la concurrence.

L'action du régulateur sectoriel est de nature prospective, anticipant les évolutions technologiques, économiques et commerciales probables au cours de la période couverte par l'analyse de marché. Le droit de la concurrence par contre porte une appréciation sur des situations et comportements réellement constatés. Dès lors, les commentaires et

réflexions du Conseil dans le cadre du présent avis ne sauraient préjuger de ses décisions lors d'affaires spécifiques qu'il aurait à trancher à l'avenir (voir en ce sens l'article 15, §1 de la Directive « cadre » et le point 16 de la recommandation 2007/879).

Dans le même ordre d'idées, ni les obligations envisagées et, le cas échéant, adoptées ultérieurement par l'ILR, ni le présent avis ne préjugent d'une éventuelle procédure sur base de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, et concernant des comportements éventuellement anti-concurrentiels en relation avec les marchés sous avis – même si les obligations imposées par l'ILR ont été respectées.

Conformément à la directive cadre et la loi de 2011, la démarche de l'ILR consiste à

- délimiter le ou les marchés pertinents de produits ou services,
- les analyser afin de déterminer s'ils peuvent être considérés comme concurrentiels ou non,
- identifier, au cas où un marché serait considéré comme non-concurrentiel, la ou les entreprises puissantes sur le marché (PSM),
- pour finalement exposer les obligations (ou remèdes) que l'ILR entend imposer pour assurer le fonctionnement concurrentiel des marchés de détail qui dépendent du ou des marchés de gros sous examen.

L'analyse du marché 6/2007 fait partie d'un deuxième cycle d'analyses de marché entreprises par l'ILR. Un premier cycle d'analyses de marché avait été accompli par l'ILR entre 2005 et 2008, basé sur la recommandation 2003/311¹, et avait donné lieu, en ce qui concerne le marché sous revue, au règlement 08/118/ILR. Ce règlement est appelé à être remplacé par le projet de règlement sous avis.

2. Marché de la fourniture en gros en gros de segments terminaux de lignes louées (marché 6/2007) - Généralités

Les lignes louées sont, selon l'ILR, des liaisons « point à point » permanentes, à capacité de transmission transparente et dédiées à un seul utilisateur. La notion de ligne louée ne réfère pas à une ligne physique, mais plutôt à un service qui peut être fourni sur des supports physiques et selon des procédés technologiques variés.

¹ Recommandation de la Commission du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques.

Le marché sous revue concerne les *segments terminaux de lignes louées*, qui établissent soit une liaison entre deux points de terminaison d'un utilisateur final, soit entre un point de terminaison d'un utilisateur et un point d'interconnexion d'un opérateur de réseau. Dans ce dernier cas, le segment terminal de ligne louée est encore appelé « demi-circuit ». A Luxembourg, seuls les deux points d'interconnexion nationaux et les trois points d'interconnexion régionaux de l'Entreprise des P&T (ci-après : « EPT ») se prêtent à cette interconnexion.

Comme le concept de ligne louée reflète un service plutôt qu'une ligne physique, une ligne louée entre deux points de raccordement d'un utilisateur final peut être composée de plusieurs segments de lignes louées.

Comme les segments terminaux de lignes louées se terminent toujours auprès d'un utilisateur final, ils reposent forcément sur l'infrastructure du réseau d'accès². L'infrastructure du réseau d'accès comprend l'ensemble des éléments de réseau – paires de fil de cuivre, lignes en fibre optique, gaines, boîtiers de rue, ...) qui se situent entre le réseau cœur (ou réseau dorsal) et les points de terminaison du réseau auprès des utilisateurs finals individuels.

En raison de sa capillarité, le réseau d'accès est très difficile et très onéreux à dupliquer. C'est pourquoi il est généralement considéré comme une facilité essentielle, indispensable à la fourniture de services aux clients finals, mais impossible à dupliquer dans des conditions économiques.

Les services de lignes louées sont quasi-exclusivement utilisés par des utilisateurs non résidentiels, c'est-à-dire des entreprises, y-compris les opérateurs du secteur des communications électroniques. Près de 1800 lignes sont en service à la fin 2013 (graphiques 1-12 et 1-16).

3. Délimitation du marché

Le marché 6/2007 sous avis est un marché de gros, c'est-à-dire un marché entre opérateurs qui doit permettre aux opérateurs qui ne contrôlent pas de réseau d'accès soit de pouvoir proposer des services de lignes louées à des clients finals soit d'utiliser de tels services pour leur propre compte. L'ILR ne fournit pas d'informations sur le marché de détail des lignes louées au sein de l'analyse de marché sous avis.

Afin de délimiter le marché de gros, l'ILR procède aux tests de substituabilité suivants :

² Voir aussi, à ce propos, la section 2.1 de l'avis du Conseil 2014-AV-03.

- Substituabilité entre les segments terminaux de lignes louées et les segments de lignes louées sur le circuit interurbain;
- Substituabilité entre les lignes louées de gros et la fibre noire;
- Substituabilité entre les segments terminaux de lignes louées et l'accès dégroupé à la boucle locale et à la sous-boucle locale ;
- Substituabilité entre les segments terminaux et le service d'accès à large bande ;
- Substituabilité entre les lignes louées de gros de différents débits;
- Substituabilité entre liaisons louées sur boucle locale de cuivre et liaisons louées sur boucle locale optique;
- Substituabilité entre les segments terminaux classiques et les segments terminaux de nouvelle génération ou substituabilité entre liaisons louées, quelle que soit l'interface (traditionnelle ou alternative).

Ces tests amènent l'ILR à la conclusion que le marché 6/2007 se définit comme « *le marché des segments terminaux de type « demi circuit », de tous débits sur la boucle locale de cuivre et sur la boucle locale optique quelque soit l'interface utilisée* ».

La délimitation du marché retenue par l'ILR est nettement plus détaillée que celle retenue en 2007 dans le cadre du premier cycle d'analyses de marché. Le Conseil note en particulier l'absence de substituabilité entre, d'un côté, les segments terminaux de lignes louées, et, de l'autre côté, l'accès dégroupé à la boucle locale, l'accès à large bande et la fibre noire.

Quant à la non-substituabilité avec l'accès dégroupé, l'ILR écrit que « *D'un côté, l'accès dégroupé à la boucle locale consiste en la mise à disposition d'éléments du réseau d'accès local entre le commutateur d'abonné et l'utilisateur final. De l'autre côté, les segments terminaux de lignes louées constituent une capacité de transmission d'un point de terminaison du réseau à un point d'interconnexion.* » En d'autres termes, le marché de l'accès dégroupé³ (marché 4/2007 de la recommandation 2007/879) est un marché d'accès physique à l'infrastructure du réseau, alors que la fourniture en gros d'accès aux lignes louées est un marché de services, qui se trouve en aval du marché de l'accès dégroupé. En effet, des lignes dégroupées peuvent, entre autre, servir à fournir un service de lignes louées. Les deux marchés se trouvent à des niveaux différents de l'échelle des investissements et ne sont pas substituables⁴.

³ Pour rappel, l'accès dégroupé ou par dégroupage consiste à raccorder une ligne du réseau d'accès se terminant auprès d'un utilisateur final et appartenant à l'opérateur historique aux équipements d'un opérateur alternatif, qui doit alors être présent au niveau d'un répartiteur central. L'accès dégroupé est régulé au sein du marché de la « *fourniture en gros d'accès physique à l'infrastructure du réseau (y-compris l'accès partagé ou totalement dégroupé) en position déterminé* » (marché 4/2007).

⁴ A noter toutefois que l'EPT propose ses offres de dégroupage et d'accès à large bande comme substitués aux offres de gros de lignes louées (www.posttechnologies.lu/portal/lang/en/interconnect/pid/5661).

Le Conseil note par ailleurs que l'ILR se réfère à l'accès aux lignes métalliques (pt. 97). Toutefois, l'analyse du marché 4/2007 avait conclu à la substituabilité entre le dégroupage des lignes en paires de cuivre et des lignes en fibre optique, et le Conseil suppose que les conclusions de l'ILR quant aux analyses de substituabilité au sein du marché 6 s'appliquent également aux lignes en fibres optiques.

Quant à la fourniture en gros d'accès à large bande, qui correspond au marché 5/2007 de la recommandation 2007/879, l'ILR se réfère à son analyse de ce marché qui avait conclu à la non-substituabilité entre les services d'accès à large bande et les services de lignes louées, en raison d'un certain nombre de différences techniques entre les deux services.

Toutefois, dans la partie « Dynamique et développement du marché » du document d'analyse sous avis, l'ILR relève une utilisation croissante de la technologie « Ethernet » au détriment des technologies « TDM/SDH » traditionnelles (pts. 180-186), et note même que les nouvelles lignes installées par l'EPT « *ne reposent plus sur une technologie purement SDH, mais sont acheminé(e)s sur une couche Ethernet* » (pt. 184). L'EPT estime quant à elle qu'elle « *offre des produits alternatifs comme l'offre de référence de la connectivité Ethernet (ORCE), (...) resp. à travers des offres commerciales des demi-circuits Ethernet afin que les opérateurs alternatifs puissent offrir des produits de connectivité à leurs clients finaux* »⁵.

Or, l'Offre de Référence Connectivité Ethernet (ORCE), qui fait explicitement référence à la technologie Ethernet, est considérée par l'ILR comme étant une offre du marché 5/2007⁶. Si des différences techniques entre ce type d'offre d'accès à large bande et les services de lignes louées subsistent encore, l'évolution technologique semble néanmoins conduire à une certaine convergence des marchés 5 et 6. De l'avis du Conseil, cette migration vers la nouvelle technologie Ethernet doit pousser le régulateur à une réflexion plus profonde sur la question de savoir si le marché 6 ne serait en voie de se confondre dans le marché 5 et dans quelle mesure une régulation séparée des deux marchés sera encore pertinente à l'avenir. Cette question se pose d'autant plus que l'ILR constate dans son analyse du marché de détail de lignes louées que « *le marché 7/2003 ainsi qu'il avait été identifié par la Commission européenne dans sa recommandation 2003 est en voie de disparition* »⁷.

⁵ www.posttechnologies.lu/portal/lang/en/interconnect/pid/5661.

⁶ Voir la « *Décision du 15 décembre 2011 de l'Institut Luxembourgeois de Régulation au sujet d'une offre de référence respectivement d'un amendement à une offre de référence existante pour l'offre DIA* ».

Le Conseil, au sein de sa Décision 2013-RP-02 du 8 mai 2013 avait également conclu à la non-substituabilité de l'offre ORCE avec l'accès aux services de lignes louées, mais cette décision ne tenait pas encore compte de l'évolution technologique récente vers « Ethernet ».

⁷ Analyse de marché - Marché de détail de lignes louées. (Marché 7/2003) ; Consultation publique nationale du 3 novembre au 3 décembre 2014, pt. 20.

Quant à la fibre noire, celle-ci ne fait pas partie d'un marché régulé. La question pourrait alors se poser pour quelle raison l'accès en gros à la fibre noire ne fait pas l'objet d'une analyse de marché qui pourrait donner lieu, le cas échéant, à une régulation ex-ante de la part du régulateur. Or, la fibre noire désigne des tronçons de fibre optique qui ne sont pas reliés ni à un point d'interconnexion d'un réseau de communications électroniques ni à un point terminal auprès d'un utilisateur final, qui de ce fait ne sont pas « allumés », mais se prêtent, moyennant l'installation des équipements appropriés, à tout usage dans le secteur des services de communications électroniques.

Selon les explications de l'ILR, l'accès à la fibre noire ne saurait constituer un marché à part. Une régulation n'est utile que dans la mesure où la fibre noire est utilisée en tant que ligne dégroupée ou en tant que segment terminal d'une ligne louée. Or, ces usages sont régulés au travers la régulation des marchés 4/2007 et 6/2007. Les autres usages possibles de la fibre noire ne font pas partie de marchés susceptibles d'une régulation ex-ante, du moins pas dans le cadre de la recommandation 2007/879. Le Conseil est d'accord avec cette approche.

En termes géographiques, l'ILR définit le marché pertinent comme le marché national.

Le Conseil n'a pas d'autres commentaires à formuler quant à la définition du marché retenue par l'ILR.

3.1. Position dominante

Selon l'ILR, quatre entreprises développent des activités sur le marché de la fourniture en gros de lignes louées. La plus importante d'entre elles, l'EPT, commande une part de marché de 71% en termes de nombre de lignes en service ; la part de marché du concurrent le plus proche serait de 19%. La part de marché de l'EPT peut paraître peu élevée, sachant que les segments terminaux de lignes louées doivent s'appuyer sur l'infrastructure du réseau d'accès à Luxembourg, et que l'EPT contrôle pour ainsi dire l'entièreté de ce réseau d'accès.

La raison principale pour laquelle l'EPT ne contrôle pas une part de marché plus élevée semble être qu'un des opérateurs propose des services de lignes loués sur le marché de gros, en se basant sur des lignes dégroupées de l'EPT. Ces lignes dégroupées ne sont plus comptabilisées pour le compte de l'EPT.

L'ILR constate que *« l'EPT est le seul opérateur capable d'offrir une offre de services et de produits en gros de segments terminaux de lignes louées, quelle que soit la technologie utilisée pour fournir la capacité louée ou réservée, sur l'entièreté du*

territoire national. Les autres opérateurs devant recourir aux offres de gros de l'EPT afin de pouvoir offrir des services et produits à une couverture nationale dans les zones non couvertes par leurs propres réseaux » (pt. 171) et que « L'Institut estime que tant que les barrières à l'entrée des concurrents sont élevées et qu'il n'existe quasi aucun contre-pouvoir des opérateurs alternatifs, il est très difficile pour ces derniers de pouvoir améliorer leur position concurrentielle » (pt. 240).

L'ILR en conclut que *« l'EPT occupe une position équivalente à une position dominante individuelle et est dès lors désignée comme opérateur puissant sur le marché de la fourniture en gros de segments terminaux de lignes louées, quelle que soit la technologie utilisée pour fournir la capacité louée ou réservée. » (pt. 250).*

Le Conseil se rallie à cette conclusion.

Le Conseil rajoute deux remarques en ce qui concerne l'évolution récente et prévisible du marché.

Le Conseil constate que les prix de gros appliqués par l'EPT restent très figés depuis 2006 (point 193), c'est-à-dire qu'une pression concurrentielle sur le prix n'est pas discernable sur les 8 dernières années. Alors que l'ILR écrit que *« davantage d'opérateurs vendent des services de lignes louées en gros en se basant sur d'autres parties de réseau que ceux de l'EPT » (pt. 191)*, le graphique 1-16 semble toutefois montrer que la relation entre le nombre total de lignes et les lignes en demi-circuit commercialisées par l'EPT reste très stable depuis 2008.

Comme déjà indiqué supra, l'ILR relève une utilisation croissante de la technologie « Ethernet » au détriment des technologies « TDM/SDH » traditionnelles (pts. 180-186). Le Conseil regrette que l'ILR n'ait pas analysé davantage les implications de cette tendance sur la situation concurrentielle sur le marché.

4. Remèdes

L'ILR rappelle que, en vertu de l'article 20(1) de la loi de 2011 et des lignes directrices de la Commission⁸, le régulateur est obligé d'imposer des obligations à l'entreprise PSM lorsqu'une telle a été identifiée sur le marché sous analyse. L'ILR propose, comme prévu par l'article 28 de la loi de 2011, d'imposer à l'entreprise identifiée comme puissante sur

⁸ Lignes directrices 2002/C 165/03 de la Commission du 11 juillet 2002 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.

le marché des obligations en matière d'accès, de non-discrimination, de transparence, de récupération des coûts et de contrôle des prix, et de séparation comptable.

Alors que ces types d'obligations sont en principe déjà en vigueur maintenant, en vertu du règlement 08/118/ILR, le Conseil note toutefois que les obligations spécifiques proposées sont beaucoup plus nombreuses, plus détaillées, plus contraignantes et d'une plus grande portée que celles en vigueur actuellement. A titre d'exemple, le nombre des obligations individuelles énumérées au sein des obligations d'accès (art. 6 du projet de règlement) est passé de quatre dans le règlement 08/118/ILR à 21 dans le projet de règlement sous avis.

Une régulation plus stricte et plus sophistiquée est a priori justifiée sur un marché de gros très figé tant au niveau du chiffre d'affaires que des prix, aux barrières à l'entrée très élevés et avec un contre-pouvoir très faible des acheteurs. Le Conseil renvoie toutefois à son avis 2014-AV-03 et réitère son point de vue selon lequel *« le Conseil n'est pas en bonne position pour pouvoir juger si cette pléthore de mesures respecte toujours et dans tous les cas le principe de proportionnalité, et justifie l'effort administratif qu'elle nécessitera non seulement dans le chef de l'entreprise visée mais également de la part du régulateur »*.

Selon les explications de l'ILR, la plupart de ces nouvelles obligations avaient déjà été imposées dans le cadre d'autres marchés régulés (notamment les marchés 4/2007 et 5/2007), et qu'ils constituent ainsi un nouveau standard de régulation que l'ILR n'aurait pas voulu violer dans la régulation du marché 6/2007. Par ailleurs, toujours selon l'ILR, l'implémentation de ces remèdes ne représenterait pas une charge très lourde pour l'entreprise puissante sur le marché.

Le Conseil observe toutefois dans ce contexte que l'étendue et la complexité accrues de cette nouvelle réglementation demanderont de la part de l'ILR un effort administratif important et coûteux afin d'assurer le suivi et le contrôle de ces nombreuses obligations.

4.1. Obligations d'accès (art.5)

L'obligation d'accès signifie en substance que l'EPT doit donner suite aux *« demandes raisonnables d'accès aux segments terminaux de lignes louées et à des ressources associées, ainsi que d'en autoriser l'utilisation »*.

Le Conseil estime que la nécessité d'une obligation d'accès est évidente, même si l'accès n'avait encore jamais été refusé dans le passé. Comme indiqué supra, le Conseil ne saurait se prononcer sur la proportionnalité ou la nécessité des obligations individuelles.

4.2. Obligations de non-discrimination (art.6)

Comme expliqué supra, l'obligation de non-discrimination fait partie du cadre réglementaire en matière de communications électroniques et doit assurer que :

« Dans des circonstances équivalentes l'opérateur puissant sur le marché de l'accès ou de l'interconnexion applique des conditions équivalentes à toute entreprise notifiée fournissant des services équivalents. Il fournit à cette entreprise des services et des informations dans les mêmes conditions et avec la même qualité que ceux qu'il assure pour ses propres services ou pour ceux de ses filiales ou partenaires.⁹ »

La plupart des nombreuses obligations spécifiques de l'article 6 du projet de règlement ne figuraient pas dans le règlement 07/118/ILR. Comme indiqué supra, le Conseil ne saurait se prononcer sur la proportionnalité ou la nécessité de toutes ces nouvelles obligations individuelles.

4.3. Obligation de transparence (art.7)

Cette obligation concerne les informations dont doivent disposer les demandeurs d'accès afin d'être en mesure de pouvoir utiliser les services de lignes louées.

Elle se traduit par l'obligation imposée à l'EPT de publier des offres de références (des offres génériques) mettant à disposition des demandeurs d'accès toutes les informations pertinentes sur les prestations de gros en matière de fourniture des services de lignes louées et en matière de colocalisation¹⁰.

Des offres de référence existent déjà actuellement pour ces deux types de prestations. Toutefois, le projet de règlement énumère en détail les informations que l'offre de référence unique pour la fourniture en gros d'accès aux segments terminaux de lignes louées doit contenir. Ces informations sont catégorisées en 21 groupes, qui sont identiques à ceux imposés au sein des marchés 4/2007 et 5/2005.

L'offre de référence de colocalisation a également déjà été définie dans le cadre des obligations concernant les marchés 4/2007 et 5/2007.

⁹ Loi du 27 février 2011 sur les services de communications électroniques, Art.30.

¹⁰ La colocalisation équivaut à la fourniture, par l'entreprise PSM, d'un espace et des ressources techniques nécessaires à l'hébergement et à la connexion des équipements techniques des opérateurs alternatifs au réseau de l'opérateur historique.

4.4. L'obligation de récupération des coûts et contrôle des prix (art.8)

Afin d'empêcher l'entreprise PSM d'exploiter sa position dominante sur le marché en maintenant les prix de ses prestations de gros « à un niveau excessivement élevé » (pt. 609), l'ILR peut imposer, en vertu de l'article 28(1) de la loi de 2011, « *des obligations liées à la récupération des coûts et au contrôle des prix, y compris des obligations concernant l'orientation des prix en fonction des coûts et des obligations concernant les systèmes de comptabilisation des coûts* ».

Le règlement 07/118/ILR en vigueur se limite essentiellement à disposer que « *l'opérateur identifié comme puissant sur le marché est obligé de déterminer des tarifs orientés sur les coûts* » et que « *l'Institut impose à l'opérateur identifié comme puissant sur le marché la charge de la preuve que les redevances sont déterminées en fonction des coûts.* »

Le projet de règlement sous avis propose des changements étendus en cette matière, car l'ILR ne se limite plus à imposer à l'EPT de prouver que ses tarifs de gros se fondent sur ses coûts, mais estime qu'il incombe au régulateur de déterminer le niveau des coûts sur lesquels les tarifs doivent s'orienter.

Pour ce faire, l'ILR a mis au point un modèle théorique de coûts, qui simule les coûts qu'encourrait un opérateur de réseau hypothétique et efficace. Ce modèle a les principales caractéristiques suivantes (art.8.2):

- Il simule, selon la méthode « bottom-up – BU » la construction d'un nouveau réseau d'accès sur le territoire au Luxembourg, moyennant l'utilisation de technologies contemporaines, reflétant le principe de l'efficacité économique et capable de servir la demande future des utilisateurs finals.
- Le calcul des coûts se fait selon la méthode des coûts LRIC+ (long term incremental costs – coûts incrémentaux de long terme). Cette méthode calcule les coûts incrémentaux, c'est-à-dire supplémentaires, engendrés par chaque type spécifique de service, augmentés d'une majoration pour tenir compte des coûts généraux et communs qui doivent être répartis sur l'ensemble des services prestés.

Il s'agit donc d'un calcul du type BU-LRIC+, c'est-à-dire un « *modèle ascendant des coûts différentiels à long terme plus une majoration pour la récupération des coûts communs* » (point 640).

Les coûts calculés de cette manière permettront à l'ILR de fixer les plafonds tarifaires des prestations des services de gros régulés. Les principes de la fixation des plafonds

tarifaires sont les mêmes que ceux appliqués dans la régulation des marchés 2, 3, 4 et 7/2007.¹¹

Le Conseil, comme il l'avait déjà expliqué dans ses avis relatifs aux projets de règlement régissant le départ d'appel, la terminaison d'appel sur réseaux fixes et mobiles et l'accès physique à l'infrastructure du réseau¹², soutient pleinement les efforts de l'ILR de fixer des plafonds tarifaires sur base d'un calcul des coûts moyennant un modèle de coût indépendant, objectif et neutre. Le Conseil trouve en effet que des décisions de régulation ne peuvent être basées sur les estimations invérifiables fournies par l'une des parties intéressées, comme cela a été le cas jusqu'à présent pour la plupart des tarifs de gros régulés.

Les méthodes BU-LRIC « pures » (excluant tous les coûts communs) et BU-LRIC+ (incluant une partie des coûts communs) sont préconisées toutes les deux par la Commission, selon les circonstances, qui restent toutefois largement inexpliquées. Le Conseil avait noté dans le cadre de ses avis précités que la méthode LRIC (« pure ») est celle préférée par la Direction Générale Concurrence de la Commission européenne ainsi que par les juridictions européennes. La méthode LRIC, à l'opposé de la méthode LRIC+, ne prend pas en compte les coûts communs, car les coûts communs ne font pas partie des coûts incrémentaux.

Mais il est vrai que ce modèle plus frugal est plus approprié dans des circonstances dans lesquelles il s'avère utile de calculer un niveau minimal des coûts, ce qui est par exemple le cas dans des litiges de prix prédateurs, mais que cette approche est plus discutable dans le cadre de la réglementation. Car le but de cette dernière n'est pas d'identifier des tarifs minima, mais de fixer des tarifs maxima.

Le projet de règlement prévoit ensuite que « *l'opérateur identifié comme puissant sur le marché porte à l'égard de l'Institut la charge de la preuve que les tarifs de ses prestations d'accès ne dépassent pas les plafonds tarifaires fixés par l'Institut.* » (pt. 643). Selon les explications de l'ILR, cette disposition est à interpréter de façon à ce que l'entreprise PSM puisse toujours implémenter sa propre structure tarifaire, mais elle devra être à même de prouver face au régulateur que, en moyenne, ces tarifs respectent les plafonds tarifaires arrêtés par ce dernier.

L'ILR impose également que « *les tarifs proposés par l'opérateur identifié comme puissant sur le marché pour les prestations d'accès figurant dans son projet d'offre de référence sont à justifier de manière détaillée à l'égard de l'Institut avec fourniture des*

¹¹ Avec la différence que le calcul repose, pour les marchés 3/2007 et 7/2007 sur la méthode dite « pure BU-LRIC » plutôt que sur la méthode dite « BU-LRIC+ ». La différence est que la première n'admet pas d'ajustement pour les coûts communs.

¹² 2013-AV-03, 2013-AV-04, 2013-AV-06 et 2014-AV-03.

pièces afférentes à l'appui. » (pt. 644) Dans la mesure où l'entreprise visée a le droit d'implémenter sa propre structure tarifaire à condition que ces tarifs respectent dans leur ensemble les plafonds tarifaires fixés par le régulateur, le Conseil ne comprend pas le sens ni le bien-fondé de cette obligation. Le Conseil renvoie alors à ses avis précités et continue à penser qu'exiger une preuve de l'orientation sur les coûts de la part d'une entreprise PSM est cohérent lorsque cet opérateur fixe ses tarifs lui-même, mais pas lorsqu'il se voit imposer un tarif, ne fût-ce qu'un tarif maximal, de la part du régulateur. En appliquant des tarifs maxima issus d'un modèle de coûts neutre et cohérent, l'ILR a déjà prouvé que ces tarifs sont orientés sur les coûts.

4.5. Les obligations de séparation comptable

L'ILR entend imposer la séparation comptable à l'EPT afin de garantir entre autres le respect des obligations de non-discrimination et de transparence et pour empêcher des subventions croisées abusives (pt. 666). Cette séparation devra fournir les résultats d'exploitation relatifs aux services d'accès aux lignes louées séparément de ceux relatifs à l'exploitation de ses autres activités (pt. 667) Elle doit ensuite permettre à l'ILR d'identifier les prix de gros et les prix de transferts internes appliqués par l'EPT (pt. 675). L'EPT doit fournir à l'ILR les données comptables relatives au marché de la fourniture en gros d'accès aux segments terminaux de lignes louées et aux marchés de détail associés au marché de gros précité (pt. 693).

Si l'orientation des tarifs sur les coûts est assurée grâce à un modèle de coûts neutre développé et appliqué par le régulateur, l'obligation d'une séparation comptable capable d'isoler les coûts sous-jacents à la fourniture des services concernés n'est a priori plus nécessaire. L'ILR dispose dans ce cas des éléments nécessaires pour pouvoir contrôler l'orientation des tarifs sur les coûts. Toutefois, selon les explications de l'ILR, certaines informations issues d'une telle séparation comptable seraient nécessaires afin de calibrer le modèle des coûts et d'en contrôler les résultats. Le Conseil note cependant que dans d'autres marchés de gros ayant déjà fait l'objet d'un règlement (marchés 3/2007 et 7/2007), l'ILR n'entend pas imposer d'obligation de séparation comptable à l'EPT et reste sceptique quant à la nécessité de cette obligation.

Selon l'ILR, la séparation comptable est également nécessaire afin de vérifier le respect de l'obligation de non-discrimination en matière de tarification des prestations de gros, car elle permettrait de vérifier si les tarifs demandés aux autres opérateurs sont les mêmes que les prix de transfert appliqués en interne. A l'avis du Conseil, une telle vérification n'est pas nécessaire. Du point de vue du droit de la concurrence, il suffit que le régulateur

ou l'autorité de concurrence soient en mesure de tester l'hypothèse d'un ciseau tarifaire¹³. Afin d'appliquer un test de ciseau tarifaire, il est suffisant de connaître les prix de gros et le prix de détail, les prix de transfert internes ne sont pas pertinents.

Toutefois, l'obligation de la séparation comptable a déjà été imposée depuis 2002, de sorte qu'elle ne constituerait pas un élément nouveau et ne devrait pas, selon l'ILR, constituer une charge importante pour l'EPT.

¹³ Pour rappel, une pratique de ciseau tarifaire consiste à appliquer des prix de détail et des prix de gros de telle manière que la marge entre les deux est insuffisante pour qu'un concurrent aussi efficace soit en mesure de développer, de façon rentable, une activité sur le marché de détail.

5. Conclusion

Le Conseil marque son accord avec le règlement projeté par l'ILR qui s'inscrit dans le cadre légal qui s'impose à l'ILR et dont les dispositions sont dans l'ensemble de nature à stimuler la concurrence sur les marchés de détail liés aux marchés de gros sous examen.

Le Conseil rappelle que la régulation ex-ante doit respecter le principe de l'intrusion minimale et réitère son avis que l'étendue et la complexité accrues de cette nouvelle réglementation demanderont des efforts administratifs importants et coûteux non seulement dans le chef de l'entreprise visée, mais également de la part du régulateur.

Ainsi délibéré et avisé en date du 1^{er} décembre 2014.



Pierre Rauchs
Président



Marc Feyereisen
Conseiller



Mattia Melloni
Conseiller



Jean-Claude Weidert
Conseiller