

Projet de règlement portant sur les conditions d'application et de mise en œuvre
de l'essai de reproductibilité économique

Avis du Conseil de la concurrence

N°2014-AV-04

(02.05.2014)

1. Contexte général

Par courrier du 4 avril 2014, l'Institut Luxembourgeois de Régulation (ci-après : ILR) a saisi le Conseil de la concurrence du « *Projet de règlement portant sur les conditions d'application et de mise en œuvre de l'essai de reproductibilité économique* » ainsi que d'un texte explicatif intitulé « *Principles and methodology of the margin squeeze testing approach (economic replicability test) in Luxembourg* » .

Selon l'article 76. (2) de la loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques (ci-après : la loi de 2011), 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.

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. 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 « cadre¹ » et le point 16 de la Recommandation 2007/879²).

Ni les mesures envisagées, 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 mesures sous avis.

Le règlement sous avis doit être compris dans le contexte des obligations que l'ILR entend imposer à l'Entreprise des Postes et Télécommunications (ci-après : l'EPT), qui a été identifiée comme entreprise puissante sur le marché suite aux analyses de marché concernant le « *marché de la fourniture en gros d'accès (physique) à l'infrastructure du réseau (y compris l'accès partagé ou totalement dégroupé) en position déterminée (4/2007)* » (ci-après : marché 4) et le « *marché de la fourniture en gros d'accès à large bande (5/2007)* » (ci-après : marché 5). Comme précisé, entre autre, dans l'article 14.2 de la directive « cadre », la notion de puissance sur le marché correspond à celle de position dominante au sens de l'article 102 TFUE.

Ces deux analyses de marché ont abouti à deux projets de règlement qui ont été avisés par le Conseil au sein de son avis 2014-AV-03 du 23 avril 2014.³⁴ Ces projets de règlement prévoient que « *l'opérateur identifié comme puissant sur le marché soumet les produits d'accès NGA à un essai de reproductibilité économique ex ante par rapport à ses propres produits de détail pertinents* »⁵. La même obligation de reproductibilité économique est envisagée pour les produits de gros d'accès à large bande⁶.

¹ 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 ») ;

² Recommandation 2007/879/CE de la Commission du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (recommandation concernant les marchés pertinents), JO L 344 du 28.12.2007

³ Projet de règlement portant sur la définition du marché pertinent de la fourniture en gros d'accès (physique) à l'infrastructure du réseau en position déterminée (Marché 4/2007), l'identification de l'opérateur puissant sur ce marché et les obligations lui imposées à ce titre ;

⁴ Projet de règlement portant sur la définition du marché pertinent de la fourniture en gros d'accès à large bande (Marché 5/2007), l'identification de l'opérateur puissant sur ce marché et les obligations lui imposées à ce titre ;

⁵ Projet de règlement portant sur le marché 4, précité, art. 8(4) ;

⁶ Projet de règlement portant sur le marché 5, précité, art. 8(2) ;

Par ailleurs, la mesure qui fait l'objet du règlement sous avis avait déjà été mis en consultation publique par l'ILR en juillet 2013⁷ et de l'avis 2013-AV-02 du 25 juillet 2013 de la part du Conseil.

C'est pourquoi le Conseil se référera par la suite pour l'essentiel à ses avis 2013-AV-02 et 2014-AV-03 précités, qui n'ont pas encore donné lieu à une prise de position de l'ILR.

2. Commentaires des articles

Dans la « *Description des principes et de la méthodologie utilisés* », L'ILR précise que l'essai de reproductibilité économique correspond à un test de ciseaux tarifaires ou de compression des marges en droit de la concurrence, mais qu'une différenciation terminologique avait été recherchée afin de mettre l'accent sur le caractère ex-ante de cet outil, par opposition au caractère ex-post des tests de ciseaux entrepris dans le cadre du droit de la concurrence. Le présent avis va utiliser le terme de « test ».

Les **articles 1 à 5** déterminent les définitions, (art. 1), l'objet du règlement (art. 2), l'obligation qu'a l'opérateur puissant sur le marché de conduire le test, la définition et la méthode d'identification des « produits phares », c'est-à-dire des types de produits auxquels le test sera appliqué (art. 4 et 5).

L'**article 6** précise que le test sera appliqué seulement à des « *produits de détail basés sur des produits de gros réglementés* ». Le Conseil comprend cet article dans le sens que le test ne sera pas appliqué à des services de détail pour lesquels il n'existe pas d'offre de gros. Mais il ne sera pas non plus appliqué aux produits de gros qui n'ont pas été imposés par le régulateur, mais qui ont néanmoins pu être mis sur le marché par l'entreprise en position dominante sur une base volontaire. Il incombera alors, le cas échéant, au Conseil de la concurrence de vérifier si une telle offre de gros doit être considérée comme une facilité essentielle et si, dans l'affirmative, il y a eu compression des marges.

Mais, plus fondamentalement, l'article 6 est au cœur d'un problème crucial concernant l'application de ce test du moment qu'il s'applique explicitement aux offres groupées, c'est-à-dire à des offres de services de détail qui regroupent plusieurs services de détail différents.

La réalité du marché est aujourd'hui telle que les produits phares seront presque toujours des offres groupées, puisque celles-ci ont quasiment supplanté les offres isolées d'accès à large bande, du moins en ce qui concerne le marché de détail résidentiel. Le Conseil se réfère ici à sa réponse à la question 4 de la demande d'avis précitée. L'article 6 signifie que dans le cas des offres groupées, le test est appliqué sur certains des services qui composent cette offre, mais pas à l'offre dans son intégralité. Le test suit une méthodologie produit-par-produit par opposition à une approche de portefeuille ou agrégée. Au sein de cette dernière, il se peut qu'une pratique de ciseaux tarifaires puisse

⁷ « Demande d'avis relative à la définition d'une méthode ex-ante pour la prévention de ciseaux tarifaires », juillet 2013.

être constatée pour certains produits de l'offre, mais pas pour le portefeuille entier des services de cette offre. Une telle configuration ne mène pas forcément à une restriction de la concurrence si deux conditions sont remplies :

- l'offre groupée est à considérer comme un produit à part, et n'est plus substituable par les services individuels qui la composent ;
- l'offre groupée en tant que produit à part entière peut être profitablement reproduite par les acteurs du marché.

La méthode produit-par-produit n'est pas l'approche privilégiée à présent par les autorités de concurrence. Par exemple, la Commission européenne considère que

« 61. Si les preuves donnent à penser que les concurrents de l'entreprise dominante vendent des groupes de produits identiques ou pourraient le faire rapidement sans en être dissuadés par d'éventuels coûts supplémentaires, la Commission considérera généralement qu'il s'agit d'une concurrence entre groupes de produits, auquel cas il conviendra de se demander, non pas si les recettes marginales couvrent les coûts marginaux de chaque produit groupé, mais bien si le prix du groupe de produits dans son ensemble constitue un prix prédateur. »⁸

La Commission ainsi que le Tribunal adoptent également une approche agrégée dans les affaires Telefonica⁹ et Deutsche Telekom¹⁰.

L'ILR, dans son analyse des marchés de la téléphonie fixe, écrit (en 2013):

« La commercialisation des services a beaucoup évolué depuis 2006. Alors que les offres cumulées genre « téléphonie fixe / large bande », « téléphonie fixe / large bande / téléphonie mobile » et « téléphonie fixe / large bande / téléphonie mobile / télévision » étaient plutôt l'exception, en 2013 elles sont devenues la règle. On ne discerne pratiquement plus les services téléphoniques comme service offert sur des marchés spécifiques, mais on doit considérer des offres qui regroupent en un seul produit des services de communications électroniques. »¹¹

Ce constat vaut bien entendu aussi pour les accès à Internet large bande du marché résidentiel et plaiderait plutôt pour l'approche agrégée.

Il s'avère qu'à cet égard, l'approche de l'ILR est plus contraignante que celle des autorités de concurrence.

⁸ Communication de la Commission — Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (2009/C 45/02), point 61 ; la citation est faite dans un contexte d'abus de prix prédateurs, mais elle est bien entendu transposable aux infractions de ciseaux tarifaires.

⁹ Voir la décision de la Commission du 4 juillet 2007, Wanadoo Espana/Telefonica (COMP/38.784) ;

¹⁰ Arrêt du Tribunal du 10 avril 2008 T-271/03 Deutsche Telekom AG/Commission ;

¹¹ Analyse concernant les marchés 3/2003, 4/2003, 5/2003 et 6/2003 : Marchés de détail de la téléphonie fixe en position déterminée, Consultation internationale du 6 janvier 2014 ;

Le règlement ne précise pas le traitement des divers rabais, cadeaux et forfaits en relation avec des services ne rentrant pas dans le test, mais offerts dans le cadre d'une offre groupée.

L'article 7 est un garde-fou permettant à l'ILR d'imposer un test même sur des produits qui ne sont pas des produits-phares. Les articles 8 et 9 précisent à quel moment le test doit être exécuté. L'article 10 précise que l'entreprise en position dominante doit appliquer le test dans sa version la plus récente. Le test pourra également être appliqué par un opérateur demandeur d'accès s'il souhaite montrer que les offres de gros disponibles ne lui permettent pas de répliquer profitablement les produits de détail de l'entreprise en position dominante (art.11). Certains paramètres de l'outil (informatique) servant à conduire le test seront fixés par le régulateur, d'autres par l'entreprise dominante (art.12).

Les articles 13 à 17 concernent la méthode de calcul des revenus pris en compte dans le test. Ces revenus incluent notamment les revenus nets de la terminaison d'appel (art.13(b) et art.17). Or, en ce qui concerne le champ d'application du test au niveau des marchés de gros (marché 5 et marché 4 pour les tronçons NGA), la terminaison d'appel nationale est perçue exclusivement par l'entreprise dominante à qui appartient le réseau d'accès. Les revenus nets de ce service seront positifs pour l'EPT, mais négatifs pour tous les autres. Selon les explications de l'ILR, cet article se comprend dans le contexte de la méthodologie SEO (Similarly Efficient Operator). L'EPT, lors de la conduite du test, doit se comporter comme un opérateur « similairement » efficient, mais qui contrôle seulement une petite part de marché et ne touchant pas de revenus de terminaison.¹²

L'article 18 traite des revenus en provenance d'offres groupées. Le Conseil comprend l'article 18(2) de la façon suivante : il peut y avoir des offres groupées qui offrent plusieurs services qui ne sont pas facturés de façon séparée. Dans un tel cas, il est nécessaire de soustraire des revenus de cette offre les revenus des services qui ne sont pas fournis sur base d'une offre réglementée. Ceci devra se faire soit sur base des prix de ces services lorsqu'ils sont fournis de façon isolée soit sur base de prix de marché. Le Conseil ne comprend pas cette distinction, car, si ces services ne sont pas offerts sous la forme d'offres isolées, il n'existe pas de prix de marché¹³.

Plus fondamentalement, cette méthode de calcul peut encore s'avérer très contraignante, car cet article est le corollaire de l'article 6. En retranchant les revenus générés par des produits qui ne doivent pas faire partie du test au prix « stand alone » (le prix auquel ils sont vendus en tant qu'offre isolée), le test exclut la possibilité d'un rabais de couplage,

¹² Les concurrents de l'EPT peuvent bien percevoir certains revenus de terminaison fixe sur les lignes dégroupées, mais ces lignes appartiennent à l'heure actuelle exclusivement au réseau d'accès classique, qui n'entre pas sous le champ d'application du test.

¹³ Pour l'instant, cette disposition est purement théorique, car, à la connaissance du Conseil, une telle offre groupée n'est pas sur le marché. Une offre groupée comme LuxFibre inclut bien l'accès à très large bande et l'accès aux services téléphoniques, mais ces deux services reposent sur des offres de gros réglementées.

c'est-à-dire d'une réduction de prix accordée à un client qui achète deux services plutôt qu'un seul. Un tel rabais de couplage peut engendrer une restriction de la concurrence, mais il peut aussi, selon le cas, réduire le bénéfice de l'opérateur au profit du consommateur.

Les articles 20 à 26 régissent le traitement des coûts qui doivent alimenter le test, à savoir :

- les coûts de gros des produits de gros sur base desquels les services de détail sont fournis ;
- les coûts en aval (downstream costs), et
- les coûts réglementaires qui concernent les frais relatifs à la numérotation. (art.26)

L'article 21 précise que les coûts de gros pertinents incluent les coûts récurrents et non-récurrents, ainsi que les frais de terminaison et de départ d'appel. Le Conseil renvoie à son commentaire de l'article 17 supra, à savoir que l'EPT, en raison de sa position dominante, ne subit que très peu de frais de terminaison et de départ d'appel.

L'article 22 précise que les coûts en aval incluent les coûts de détail et les coûts de réseau. Les coûts de détail (gestion de produit, gestion des clients, marketing, vente...) sont estimés à l'aide d'une majoration proportionnelle aux autres coûts, selon la méthode EPMU (Equi-Proportional Mark-Up). Les coûts de réseau incluent les coûts des éléments de réseau et des équipements qu'un opérateur doit installer afin de pouvoir utiliser une offre de gros (art.22 (3)).

Finalement, les coûts introduits par l'entreprise dominante sont majorés selon l'approche SEO (Similarly Efficient Operator). L'objectif est de tenir compte du fait qu'un opérateur en position dominante a plus d'opportunités de réaliser des économies d'échelle que des opérateurs avec une part de marché moindre.

L'article 23(2) mentionne que les coûts en aval sont répartis selon la méthode LRIC+. Le Conseil se réfère à son commentaire en réponse à la question 8 de la demande d'avis précitée. La méthode LRIC+ se distingue de la méthode LRIC, qui est la méthode privilégiée par les autorités de concurrence, en ce qu'elle retient une partie des coûts communs. En principe, les coûts communs ne devraient pas intervenir dans le test portant sur un produit spécifique, puisque ces coûts existent même avant qu'une entreprise ne se lance dans la production de ce produit spécifique.

Le règlement ne mentionne pas la rémunération du capital. La section 8 du document explicatif joint au règlement en consultation mentionne que l'ILR estime actuellement le coût du capital à 10%. Selon la compréhension du Conseil, ce coût constitue une composante des « downstream costs »¹⁴. Il est alors nécessaire d'évaluer les besoins en capitaux nécessaires pour pouvoir fournir les produits qui font l'objet du test.

¹⁴ Voir point 2.7 dans la « Description des principes et de la méthodologie utilisés » : *“Competitors should be able to earn a sufficient margin over and above wholesale costs to cover all downstream costs including a return on capital which covers the relevant cost of capital.”*

Finally, the Council refers to its opinion 2013-AV-02 in which it asked for which reason the ILR imposes on the EPT to conduct the test rather than to conduct it itself, which would allow for a better control of procedures and parameters and thus a considerable easing of the regulation under review.

Conclusion

The Council expresses its agreement with the regulation under review, while noting that the methodology applied is more restrictive than the one generally followed in the context of the application of competition law.

Thus decided and approved unanimously on 2 May 2014.



Pour le Président empêché
Marc Eyerisen
Conseiller



Mattia Melloni
Conseiller



Claude Bingen
Conseiller



Jean-Claude Weidert
Conseiller