

Luxembourg, le 11 juillet 2018

Institut Luxembourgeois de Régulation
Monsieur Luc Tapella
Directeur
L-2922 Luxembourg

		NR/164497	JUR	C
A/C			MAINT	
CPT			P	
E		13 JUIL. 2018	S.DIR	
F			STAT	
G			T	0
IT/PR				

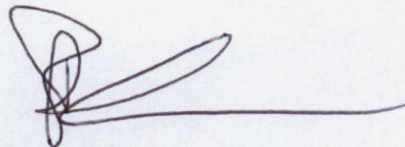
V. réf. : LT/tma/jb D70663
N. réf. : Avis n° 2018-AV-02

Concerne : Projet de règlement ILR/T18/XX portant sur les conditions d'application et de mise en œuvre de l'essai de reproductibilité économique.

Monsieur le Directeur,

Suite à votre demande du 11 juin 2018, je vous prie de bien vouloir trouver ci-joint l'avis n° 2018-AV-02 que le Conseil de la concurrence rend à propos du projet de règlement cité sous concerne.

Veuillez agréer, Monsieur le Directeur, l'expression de mes salutations distinguées.



Pierre Rauchs
Président



Projet de règlement ILR/T18/XX portant sur les conditions d'application et de mise en œuvre de l'essai de reproductibilité économique

Avis du Conseil de la concurrence

N°2018-AV-02

(11.07.2018)

1. Contexte général

Par courrier du 11 juin 2018, 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 document de consultation 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).

2. Contexte réglementaire

Le règlement en consultation est appelé à abroger et remplacer le règlement 14/179/ILR du 28 août 2014 portant sur les conditions d'application et de mise en œuvre de l'essai de reproductibilité économique. Ce dernier, tout comme le règlement sous avis, doivent spécifier l'application d'un « *essai de reproductibilité économique* », c'est-à-dire d'un test de ciseaux tarifaires, que l'ILR a imposé à l'Entreprise des Postes et Télécommunications (ci-après : « POST »)³.

En effet, POST, en tant qu'opérateur historique sur les marchés des communications électroniques au Luxembourg, avait 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 4/2007) et le « *marché de la fourniture en gros d'accès à large bande (5/2007)* » (ci-après : marché 5/2007). 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 avaient abouti aux règlements 14/175/ILR⁴ et 14/176/ILR⁵ du 28 août 2014 qui spécifient les obligations imposées à l'entreprise en position dominante et qui avaient été avisés par le Conseil au sein de son avis 2014-AV-03 du 23 avril 2014.

Pour rappel, le marché 4/2007 est le marché de l'accès en gros à l'infrastructure du réseau d'accès. L'infrastructure du réseau d'accès comprend l'ensemble des éléments de réseau qui se situent entre le réseau cœur (ou réseau dorsal) et les points de terminaison du réseau auprès des clients finals individuels. Le réseau d'accès peut être de type classique, c'est-à-dire en paires de fil de cuivre, ou de nouvelle génération (NGA - New Generation Access Network), c'est-à-dire partiellement ou entièrement constitué de fibres optiques et permettant aux

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 L'ILR précise dans le document explicatif de consultation 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 ».

⁴ Règlement 14/175/ILR du 28 août 2014 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.

⁵ Règlement 14/176/ILR du 28 août 2014 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.

utilisateurs des accès de très large bande, c'est-à-dire des débits supérieurs à au moins 50 mbps. La migration des anciens réseaux vers les nouveaux réseaux bat son plein et constitue un objectif de politique industrielle aussi bien au niveau de l'Union européenne (Digital Agenda) que du Gouvernement luxembourgeois.

Dans sa recommandation NGA de 2010⁶, la Commission européenne avait préconisé l'orientation sur les coûts des tarifs de gros – c'est-à-dire, en pratique, des plafonds tarifaires réglementés - également pour les nouveaux réseaux. Toutefois, la recommandation de non-discrimination de septembre 2013⁷ prévoit que, sous certaines conditions, une plus grande souplesse doit être accordée aux entreprises en position dominante dans la détermination de ses tarifs de gros sur les nouveaux réseaux. L'objectif de cette flexibilité accrue est d'encourager les investissements dans les nouveaux réseaux, tout en garantissant un accès à ces réseaux aux opérateurs qui ne disposent pas d'un réseau d'accès. Elle se traduit par l'application d'un test de ciseaux tarifaires en remplacement d'une orientation sur les coûts pour les tarifs des produits de gros qui permettent aux opérateurs un accès aux réseaux NGA.

C'est pourquoi le règlement 14/175/ILR prévoit 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* »⁸.

Mais l'accès aux nouveaux réseaux peut également être établi via le marché 5/2007, c'est-à-dire la « *fourniture en gros d'accès à large bande* ». Pour rappel, l'accès de gros à large bande au sein du marché 5/2007 est un accès à un service de gros qui ne requiert que, de la part d'un opérateur qui ne contrôle pas de réseau d'accès, un point de présence unique à proximité du réseau dorsal de l'opérateur qui contrôle le réseau d'accès.

C'est pourquoi le règlement 14/176/ILR prévoit que « *A cette fin, l'opérateur identifié comme puissant sur le marché est obligé de soumettre les produits d'accès à large bande à un essai de reproductibilité économique ex ante par rapport à ses propres produits de détail pertinents.* »⁹

1. Commentaires du projet

Comme mentionné supra, les modalités de ce test de ciseaux tarifaires sont arrêtées par le règlement en consultation. Comme ce dernier ne diffère que peu, en quatre points, du règlement existant 14/179/ILR, le Conseil peut, pour l'essentiel, se référer à son avis 2014-AV-04 qu'il avait rendu lors de la consultation publique en 2014.

L'objectif du test est d'assurer que les « produits » de gros, c'est-à-dire les « offres de référence » que POST est obligée de mettre à disposition de ses concurrents sont calculés de façon à permettre à ces derniers une activité rentable sur le marché de détail d'accès à large bande, dans l'hypothèse que ce marché opère sous des conditions de concurrence. Pour cela, il

⁶ Recommandation 2010/572/UE de la Commission du 20 septembre 2010 sur l'accès réglementé aux réseaux d'accès de nouvelle génération (NGA).

⁷ Recommandation 2013/466/UE de la Commission du 11 septembre 2013 sur des obligations de non-discrimination et des méthodes de calcul des coûts cohérentes pour promouvoir la concurrence et encourager l'investissement dans le haut débit.

⁸ Règlement 14/175/2014, art. 8(4).

⁹ Règlement 14/176/2014, art. 8(2).

est nécessaire d'estimer les coûts et les revenus d'un opérateur hypothétique voulant entrer au marché de détail d'accès à large bande en ayant recours aux offres de gros proposées par l'entreprise en position dominante.

L'estimation des coûts

Pour ce faire, l'ILR adopte l'approche du « Similarly Efficient Operateur » (SEO) qui vise une part de marché de 15%, ce qui est, selon l'ILR, proche de la part de marché du plus important concurrent de POST sur les marchés de détail. Un opérateur SEO a des coûts similaires à ceux de l'opérateur en position dominante, mais corrigés pour les économies d'échelle que ce dernier réalise grâce à sa maîtrise d'une part de marché beaucoup plus importante. Il s'agit, pour l'ILR, de ne pas pénaliser l'opérateur alternatif en le faisant bénéficier d'économies d'échelle théoriques qu'il ne saurait réaliser dans la réalité.

Les applications du test de ciseaux tarifaires dans la pratique des autorités de concurrence au sein des procédures du droit de la concurrence reposent en général plutôt sur le test de l'opérateur aussi efficace (EEO – Equally Efficient Operator), basé sur les coûts unitaires réels de l'entreprise en position dominante. En présence d'économies d'échelle, ce dernier peut être moins contraignant que le test SEO.

Toutefois, le nouveau règlement prévoit que POST conduit également un test selon la méthode EEO, afin de permettre à l'ILR d'entrevoir les réductions de coûts dues à des économies d'échelle, et de vérifier la cohérence générale du test.

Par ailleurs, le calcul des coûts en aval (marché de détail) est fait sur le modèle Long Run Incremental Costs (LRIC+), c'est-à-dire les coûts incrémentaux (ou encore différentiels ou marginaux) de long terme nécessaires pour le déploiement du service d'accès de gros pertinent, augmentés d'une allocation forfaitaire (6%) des coûts communs, qui ne peuvent être attribués à un service ou produit en particulier. Cette méthode est recommandée par la Commission, alors que les autorités de concurrence ont dans le passé privilégié la méthode des coûts incrémentaux purs (ou évitable), et peut être plus contraignante pour l'entreprise en position dominante.

Les coûts en amont des services de détail (regulated wholesale costs) se calculent sur base des tarifs des offres de référence de POST, qui, pour rappel, ne font pas l'objet d'une réglementation tarifaire sur les marchés soumis au test de ciseaux tarifaires.

Estimations des revenus

Du côté revenus, le test prend en compte les recettes générées par les produits phares (flagship products), c'est-à-dire les produits générant le chiffre d'affaire le plus important.

La réalité du marché est 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. Dans le cas des offres groupées, le test est appliqué uniquement sur les services qui reposent sur une offre de gros réglementée, même si des services accessibles via des marchés non-régulés font également partie de l'offre groupée. Ceci signifie que le test suit une méthodologie produit-par-produit par opposition à une approche de portefeuille ou agrégée, c'est-à-dire ne se limite pas à vérifier la répliquabilité d'une offre groupée dans son ensemble. Il se peut qu'une pratique de ciseaux tarifaires puisse être constatée pour certains produits de l'offre, même si le portefeuille entier des services de

cette offre reste économiquement répliquable. La méthode produit par produit retenue par l'ILR peut de ce fait être plus contraignante que la méthode portefeuille.

Les autorités de concurrence n'ont appliqué cette méthode que dans certaines situations de marché. Elle correspond toutefois à celle développée par le Conseil au sein de sa décision 2014-FO-07¹⁰.

Application du test

Une fois par an, POST doit fournir à l'ILR le résultat de l'application du test aux produits phares. De même elle doit appliquer le test à chaque fois qu'elle procède à une modification de ses offres de gros ou qu'un service de détail devient un produit phare. Si le test fait apparaître un ciseau tarifaire, l'ILR peut imposer à l'entreprise en position dominante de modifier la ou les offres de références en cause. Après avoir vérifié les résultats, l'ILR demande à Post de les rendre accessibles aux entreprises bénéficiaires d'un accès.

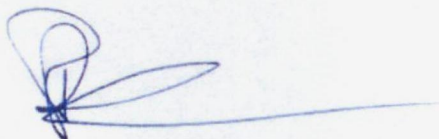
Toute entreprise notifiée peut demander un accès à l'outil de test, y-inclus les entreprises ayant l'intention de demander un accès large bande aux réseaux câblés.

Pour un commentaire détaillé de tous les articles, le Conseil renvoie à son avis 2014-AV-04.

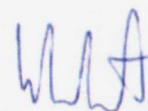
Conclusion

Le Conseil marque son accord avec le règlement sous avis, qui est en ligne avec les recommandations de la Commission et des usages des régulateurs nationaux des Etats membres.

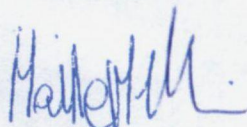
Ainsi délibéré et avisé le 11 juillet 2018 à Luxembourg.



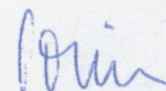
Pierre Rauchs
Président



Jean-Claude Weidert
Conseiller



Mattia Melloni
Conseiller



Grazyna Piesiewicz
Conseiller

¹⁰ Décision 2014-FO-07 du 13 novembre 2014 concernant une procédure au fond mettant en cause l'Entreprise des Postes et Telecommunications, points 147 ff., basés sur : Barry Nalebuff – Exclusionary Bundling, The Antitrust Bulletin Vol • 50, No • 3/Fall 2005, p.321.