

Projet de règlement ILR/T20/XX portant modification du règlement ILR/T19/2
du 13 mars 2019 portant sur les conditions d'application et de mise en œuvre de
l'essai de reproductibilité économique

Avis du Conseil de la concurrence

N°2020-AV-01

(14.05.2020)

1. Contexte général

Par courrier du 17 avril 2020, l'Institut Luxembourgeois de Régulation (ci-après : ILR) a saisi le Conseil de la concurrence du projet de règlement susmentionné.

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

2. Contexte réglementaire

Le projet de règlement en consultation est appelé à modifier le règlement ILR/T19/2 du 13 mars 2019 « *portant sur les conditions d'application et de mise en œuvre de l'essai de reproductibilité économique* » (ci-après : le règlement ERT – *Economic Replicability Test*). Ce dernier doit spécifier les modalités 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)¹.

En effet, POST, en tant qu'opérateur historique sur les marchés des communications électroniques au Luxembourg, avait été identifiée par l'ILR comme « *entreprise puissante sur le marché* » suite aux analyses de marché concernant le marché de la fourniture en gros d'accès local en position déterminée (Marché 3a/2014)² et le marché de la fourniture en gros d'accès central en position déterminée pour produits de grande consommation (Marché 3b/2014)³.

¹ L'ILR avait précisé dans le document de consultation du 11 juin 2018 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 mis en place en droit de la concurrence. Le présent avis va utiliser le terme de « test ». <https://assets.ilr.lu/telecom/Documents/ILRLU-1461723625-653.pdf>, point 1.2.

² Règlement ILR/T19/5 du 13 mars 2019 portant sur la définition du marché pertinent de la fourniture en gros d'accès local en position déterminée (marché 3a/2014), l'identification de l'opérateur puissant sur ce marché et les obligations lui imposées à ce titre - Secteur communications électroniques.

³ Règlement ILR/T19/4 du 13 mars 2019 portant sur la définition du marché pertinent de la fourniture en gros d'accès central en position déterminée pour produits de grande consommation (marché 3b/2014), l'identification de l'opérateur puissant sur ce marché et les obligations lui imposées à ce titre - Secteur communications électroniques.

Comme précisé, entre autres, dans l'article 14.2 de la Directive « *cadre* »⁴, la notion de « *puissance sur le marché* » correspond à celle de position dominante au sens de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 5 de la Loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.

Dans la recommandation de non-discrimination de septembre 2013⁵, la Commission européenne préconise d'accorder, sous certaines conditions, une certaine souplesse aux entreprises en position dominante dans la détermination des tarifs de gros, mais uniquement en ce qui concerne l'accès aux nouveaux réseaux. Ces derniers, appelés réseaux de nouvelle génération (NGA - *New Generation Access Network*) sont constitués partiellement ou entièrement de fibres optiques et permettent aux utilisateurs un accès Internet à très large bande, assurant des débits supérieurs à au moins 30 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.⁶

L'objectif de cette flexibilité accrue au niveau de la régulation sectorielle 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 eux-mêmes (opérateurs alternatifs). Elle se traduit par la mise en place d'un test de ciseaux tarifaires (ci-après : test ERT) plutôt que l'application de plafonds tarifaires réglementés pour les tarifs de gros d'accès à ces réseaux.^{7 8} Comme expliqué supra, les modalités de ce test de ciseaux tarifaires ont été arrêtées par le règlement ERT.

3. Commentaires du projet

Le projet de règlement en consultation procède à certaines modifications ponctuelles du règlement ERT existant. L'ILR précise que toutes les dispositions du règlement existant qui ne sont mentionnées ni dans le document de consultation, ni dans le règlement projeté restent en vigueur. Pour cette raison, le Conseil peut se référer à ses avis 2014-AV-04 et 2018-AV-02 qu'il avait rendus lors des consultations publiques antérieures en ce qui concerne les dispositions ne faisant pas l'objet de modifications.

Pour rappel, l'objectif du test est d'assurer que les offres de gros que POST est obligée de mettre à disposition de ses concurrents afin de leur accorder un accès au réseau sont calculées de façon à permettre à ces derniers une activité rentable sur le marché de détail d'accès à (très) large bande. Les modifications envisagées concernent les éléments suivants :

⁴ Directive 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (« directive cadre »).

⁵ 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.

⁶ Voir, par exemple, <https://gouvernement.lu/fr/dossiers/2014/digital-letzebuerger.html>

⁷ Règlement 14/175/2014, art. 8(4).

⁸ Règlement 14/176/2014, art. 8(2).

3.1. L'exclusion des produits phares qui ne sont plus commercialisés

Suivant le règlement ERT, la reproductibilité économique n'est à vérifier que pour les « *produits phares* »⁹. Dans le règlement ERT en vigueur, les produits phares qui ne sont plus commercialisés par l'opérateur PSM peuvent néanmoins faire partie du portefeuille de produits à considérer pour le test de reproductibilité économique. Désormais, l'ILR considère qu'il n'est plus approprié de soumettre ces produits à cette réglementation, pour les raisons suivantes :

- L'approche du régulateur doit être prospective plutôt que de réglementer les produits du passé ;
- Les opérateurs alternatifs ne commercialiseraient pas activement des offres destinées à concurrencer des offres qui ne sont plus commercialisées par POST ;
- La charge administrative imposée à POST serait disproportionnée étant donné que les anciens produits de détail reposent sur des anciennes offres de gros qui n'existent plus ou ne sont plus réglementées à l'heure actuelle.

L'ILR précise qu'en vertu de l'article 7 du Règlement ERT, l'ILR dispose du pouvoir discrétionnaire de demander à l'opérateur PSM d'effectuer le test ERT pour tout produit « *qu'il considère comme ayant une importance essentielle pour le marché* » et que ce pouvoir constituerait un « *filet de sécurité* » suffisant.

Le Conseil n'a pas d'objection à cette simplification des modalités du test et considère qu'elle n'a pas d'impact négatif sur les conditions de concurrence sur les marchés de détail. Il est à noter également que les offres de détail anciennes qui ne sont plus commercialisées activement étaient adaptées aux anciens réseaux, alors que le règlement ERT ne s'applique qu'aux réseaux nouveaux. Les opérateurs alternatifs peuvent les substituer facilement par des offres plus adaptées aux capacités des nouveaux réseaux et pour le même prix. En d'autres termes, le risque de ciseau tarifaire découlant d'une offre de détail ancienne de l'opérateur PSM et dont les opérateurs alternatifs seraient victimes est négligeable voire inexistant.

3.2. La prise en compte des offres promotionnelles de l'entreprise en position dominante

Selon l'ILR, les acteurs du marché font de plus en plus appel à des promotions pour attirer des nouveaux clients ou pour faire migrer leurs clients actuels vers de nouveaux produits. Ces promotions permettraient de dynamiser le marché. Selon l'ILR, ces offres promotionnelles temporaires mises en place par POST n'ont jusqu'à présent pas toujours été prises en compte correctement au niveau des données retenues par l'ILR en vue d'effectuer les calculs du test ERT.

Comme l'ILR estime que les concurrents de POST doivent être en mesure d'appliquer les mêmes promotions que l'entreprise en position dominante, ces dernières doivent être correctement prises en compte, au prorata de leur durée d'application. Le règlement

⁹ Les produits phares sont constitués par l'ensemble des produits générant au total au moins 70% des revenus ou individuellement au moins 10% des revenus sur le marché en cause. Règlement ERT, art. 4(1).

modifié précise pour cette raison le mode de calcul des prix de détail à l'aide d'une moyenne des prix réguliers et promotionnels, pondérée par la durée d'application de la promotion. L'ILR, par la modification du Règlement ERT, demandera à l'opérateur PSM de lui fournir un test ERT sur le produit phare promotionné deux mois avant le lancement de la promotion.

Le Conseil est d'accord avec les précisions proposées concernant la prise en compte de promotions temporaires en tant qu'élément constitutif des prix de détail aux fins d'application du test ERT. Les promotions ne reflètent que l'application temporaire d'un rabais et peuvent de ce fait avoir comme effet un ciseau tarifaire. Le Conseil avait quant à lui retenu déjà le caractère abusif de certains rabais accordés par POST à ses clients dans le cadre d'une offre groupée.¹⁰

3.3. Les services à prendre en compte au sein d'une offre groupée

La réalité du marché est telle que les produits phares seront presque toujours des offres groupées incluant plusieurs services distincts appartenant à des marchés séparés. Celles-ci ont largement supplanté les offres isolées d'accès à large bande, du moins en ce qui concerne le marché de détail résidentiel. Au sein de telles offres groupées, l'ILR ne considère pas les services de téléphonie fixe comme un service séparé qui doit être inclus dans le test ERT, dès lors que ce service est fourni en tant qu'application qui ne nécessite pas une offre de gros spécifique et que l'offre groupée prévoit une clause de retrait (*opt out option*). L'exclusion de ce service entraîne une baisse des revenus de l'opérateur en position dominante, ce qui rend le test ERT plus contraignant. Cette disposition existait déjà dans le règlement ERT existant, mais elle a dû, selon l'ILR, être reformulée pour plus de clarté.

Le Conseil n'a pas de commentaire à faire sur la nouvelle formulation relative à la prise en compte des services de téléphonie.

3.4. Conséquences de la détection d'une marge négative

Selon la réglementation existante, lorsque les résultats définitifs de l'essai de reproductibilité économique, tels que transmis par l'entreprise en position dominante à l'ILR, indiquent que la marge entre les revenus sur le marché de détail et les coûts d'un opérateur demandeur d'accès est négative, l'opérateur PSM a le choix de redresser la situation par une augmentation de son prix de détail et/ou une réduction de son prix de gros.

Désormais, l'entreprise en position dominante sera obligée de remédier à un test ERT aboutissant à une marge négative par une baisse de ses prix de gros et n'aura plus le choix d'augmenter les prix de détail. Selon l'ILR, bien que cette précision ne figure pas explicitement dans le document de consultation, cette obligation n'entrerait en jeu que

¹⁰ Décision 2014-FO-07 du 13 novembre 2014 concernant une procédure au fond mettant en cause l'Entreprise des Postes et Télécommunications, points 147 ff., basés sur : Barry Nalebuff – Exclusionary Bundling, *The Antitrust Bulletin* Vol • 50, No • 3/Fall 2005, p.321. Toutefois, il s'agissait en l'occurrence de rabais de portefeuille non-temporaires.

dans le cas où un tel résultat négatif aurait été transmis à l'ILR – ce qui semble de prime abord un scénario peu probable. Si l'entreprise en position dominante constate elle-même l'existence d'une marge négative avant le dépôt définitif de son test ERT, elle conserve la souplesse d'y remédier par les moyens de son choix (diminution des tarifs de gros ou augmentation des prix de détail). Toutefois, l'ILR considère que, pour des raisons commerciales, il est peu probable qu'elle puisse choisir de procéder à une hausse des prix de détail plutôt qu'à une baisse des prix de gros.

En conséquence, malgré l'importance probablement limitée qu'elle aura en pratique, le Conseil est d'avis que la précision proposée est utile. Le Conseil n'a pas d'autre commentaire à faire sur cette disposition.

4. Conclusion

Le Conseil marque son accord avec le projet de règlement sous consultation, qui, à son avis, est susceptible d'impacter favorablement les conditions de concurrence sur les marchés de détail en cause.

Ainsi délibéré et avisé le 14 mai 2020 à Luxembourg.



Pierre Barthélemy
Président



Jean-Claude Weidert
Conseiller



Mattia Melloni
Conseiller



Agnès Germain
Conseillère