



ILR

INSTITUT LUXEMBOURGEOIS
DE REGULATION

2014

PRISE DE POSITION AUX AVIS RECUS

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

Consultation internationale

Luxembourg, le 4 juillet 2014

[Version non-confidentielle](#)



1	Propositions d'adaptation.....	3
2	Prise de position de l'Entreprise des Postes et Télécommunications	4
2.1	Remarques générales.....	4
2.2	Approche « produit par produit ».....	5
2.3	Détection d'une non-reproductibilité économique.....	6
2.4	Modification de paramètres et application exceptionnelle de l'essai.....	7
2.5	Outil.....	7
2.6	Conformité avec les principes de régulation tarifaire	8
2.7	Points spécifiques	9
3	Prise de position de OPAL.....	12
3.1	Détermination de produits phares - Art. 4 (1)	12
3.2	Offre groupée – Art. 6.....	12
3.3	Durée de vie client - Art. 15	12
3.4	Détermination du prix d'un produit non-réglementé dans une offre groupée – Art. 18 b..	12
3.5	Délais.....	12
4	Prise de position du Conseil de la concurrence	13

1 Propositions d'adaptation

(1) L'Institut propose d'adapter l'article 8 c) comme suit :

c) un nouveau produit phare ~~ainsi que toute modification de l'offre, même temporaire, d'un produit phare existant.~~

(2) L'Institut propose d'adapter l'article 28(2) comme suit :

(2) En ce qui concerne les essais de reproductibilité effectués en application de l'article 8 a) et b), l'opérateur PSM est, suite à la notification de la décision visée au paragraphe (1), libre d'introduire un nouveau projet d'offre de référence ou un projet d'offre de référence modifié conformément à l'article 8.

(3) L'Institut propose d'adapter l'article 28(3) comme suit :

En ce qui concerne les essais de reproductibilité effectués en application des articles 8 c) et 9, l'Institut peut, dans sa décision visée au paragraphe (1) et dans le cas où l'opérateur PSM maintient les prix de détail, obliger l'opérateur PSM d'introduire une offre de référence modifiée pour le ou les intrants à la base du produit de détail concerné. L'opérateur PSM doit ensuite effectuer un nouvel essai de reproductibilité économique prenant la modification exigée en considération.

(4) L'Institut propose d'adapter la formule du WACC mensuel utilisé dans le modèle comme suit :

$$WACC_{mensuel} = (1 + WACC_{annuel})^{\frac{1}{12}} - 1$$

2 Prise de position de l'Entreprise des Postes et Télécommunications

2.1 Remarques générales

EPT 2, 3, 41 -47

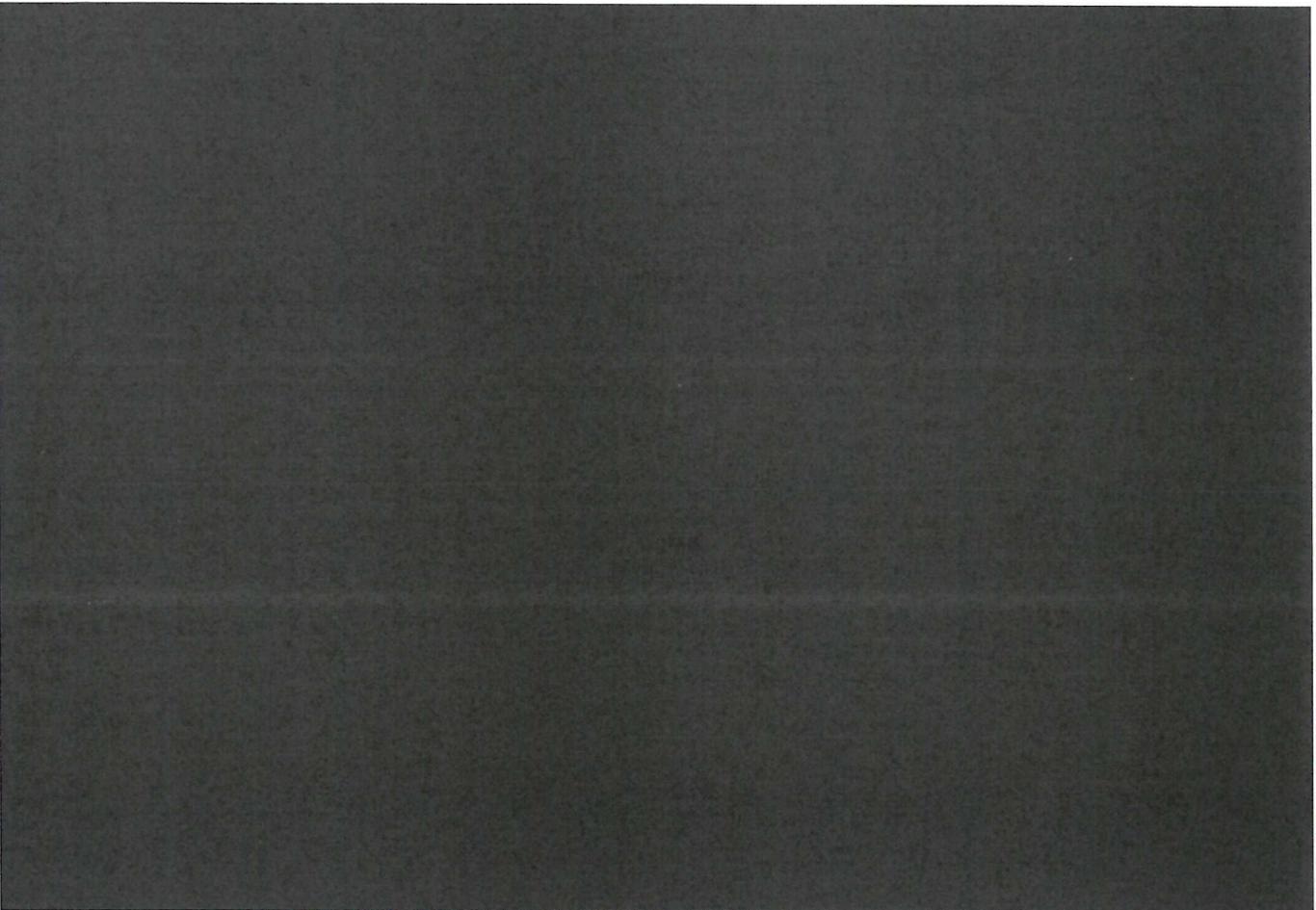
- (5) En guise d'introduction, l'Institut rappelle que le projet de règlement portant sur les conditions d'application et de mise en œuvre de l'essai de reproductibilité économique se borne à définir une procédure à respecter par un opérateur identifié comme puissant à la suite d'une analyse de marché dans le cadre d'une obligation de démontrer la reproductibilité économique. Ainsi, le présent règlement est à voir comme élément complémentaire aux obligations réglementaires issues des analyses de marché.
- (6) Par conséquent, le périmètre de l'application de ce règlement se limite aux dispositions des obligations réglementaires. Ainsi et plus précisément pour le marché 4, l'Institut souhaite éclaircir que l'obligation de l'orientation des prix en fonction des coûts s'applique uniquement aux tarifs de gros de l'accès classique et non pas aux tarifs de l'accès NGA. Ces derniers sont soumis uniquement à l'essai de reproductibilité économique tel que spécifié par ce règlement.
- (7) Un des principes à la base d'un essai de reproductibilité économique est que l'opérateur PSM est libre de fixer le prix du produit de gros à condition que le produit de détail pertinent soit économiquement reproductible sur la base de ce produit de gros. L'opérateur PSM peut donc fixer le prix de son produit de gros à un niveau qui lui permette de récupérer ses coûts de manière efficace.

¹ Loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques.

2.2 Approche « produit par produit »

EPT 59 – 80, 92

- (9) Tout d'abord il convient de noter que l'Institut intervient sur les marchés de manière *ex-ante* afin de promouvoir la concurrence en rendant possible aux acteurs du marché de concurrencer les produits de l'opérateur PSM. Il n'appartient pas à l'Institut d'évaluer de manière *ex-post* un éventuel abus de position dominante au sens du droit de la concurrence qui pourrait justifier l'application d'une approche « portefeuille ».



- (13) L'Institut relève que le document référencé par EPT dans (65) ne traite pas de la question si une approche [redacted] serait plus adaptée ou non, mais analyse l'application d'un test de ciseau tarifaire aux offres groupées. Dans ce contexte, l'ORECE préconise notamment que dans le cas où l'offre groupée concerne plusieurs produits régulés provenant de marchés distincts, il importe de considérer la marge jointe de l'ensemble des services inclus dans l'offre groupée - approche qui est suivie par l'Institut. L'Institut relève aussi le risque de confusion entre une offre groupée et l'approche « portefeuille » qui peut comporter plusieurs offres groupées. Il s'agit notamment de deux niveaux d'agrégation différents. (71)
- (14) L'Institut relève que la référence mentionnée (66) ne correspond qu'à une recommandation de la part de l'ORECE à la Commission. L'ORECE a en effet souhaité que la Commission change dans sa

³ Recommandation 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 (2013/466/UE).

version finale de la recommandation sur la non-discrimination certaines de ses orientations données relatives aux paramètres à appliquer dans le cadre de l'essai de reproductibilité économique. Cependant, la Commission n'a pas suivi ces propositions de l'ORECE. L'Institut considère donc erroné de conclure que la Commission ait recommandé une approche [REDACTED] dans le cadre de sa recommandation sur la non-discrimination (cf. EPT (67): « *Le régulateur allemand approuve la méthodologie recommandée par la Commission lorsqu'elle prévoit la possibilité d'agréger les revenus et coûts de services faisant partie de marchés distincts* »).

- (15) Concernant l'exemple de l'EPT (70) [REDACTED]
- (16) En ce qui concerne les offres groupées, l'Institut réfère de nouveau à son document de référence. Le caractère non-régulé de certaines composantes des offres groupées implique que celles-ci sont disponibles sur le marché à des tarifs concurrentiels. Un client a donc la possibilité de les acheter en plus d'une offre groupée qu'il peut acheter auprès d'un bénéficiaire d'accès. Selon l'avis de l'Institut, il s'agit surtout de voir si les offres de détail, pour lesquelles un ou plusieurs produits de gros régulés servent comme intrant, sont économiquement reproductibles.
- (17) Au vu des explications fournies, l'Institut reste d'avis que l'approche « produit-par-produit » répond au mieux aux besoins de la réglementation ex-ante et à la situation luxembourgeoise.

2.3 Détection d'une non-reproductibilité économique

EPT 9, 21, 24, 33, 37, 51, 52 – 58, 113

- (18) En ce qui concerne les conséquences en cas de détection d'une non-reproductibilité économique, l'Institut propose une adaptation de l'article 28 de son projet de règlement.
- (19) L'Institut relève qu'en cas de marge négative éventuellement résultant d'un essai de reproductibilité économique, l'opérateur PSM est libre de changer soit le prix du produit de gros régulé soit le prix du produit de détail pertinent (voir en ce sens notamment (113)). D'un point de vue réglementaire et sous condition de la reproductibilité économique, la fixation des tarifs de gros et de détail peut s'effectuer librement par l'opérateur PSM, ce qui ne veut pas dire que les niveaux des tarifs acceptables ne sont pas soumis à d'autres contraintes ou pressions.
- (20) L'Institut tient aussi à souligner qu'un seul type d'essai de reproductibilité économique est requis conformément à l'article 3 du projet de règlement.

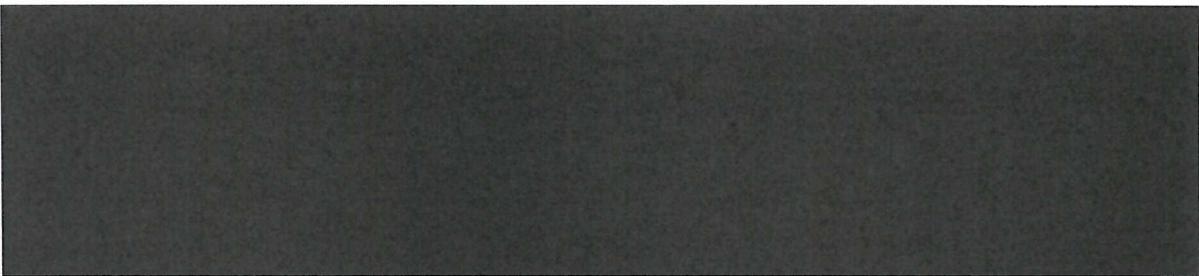
2.4 Modification de paramètres et application exceptionnelle de l'essai

EPT 22, 23, 144

- (21) Avec les articles 27(3) et 27(4) du projet de règlement, l'Institut se réserve le droit de modifier certains paramètres qui ne sont pas représentatifs pour le marché luxembourgeois et qui pourraient avoir un impact négatif sur la capacité des bénéficiaires d'accès de reproduire économiquement les offres de détail pertinentes de l'opérateur PSM. L'Institut se réfère au point 13.9 de la note explicative.
- (22) L'Institut se réserve aussi le droit d'appliquer l'essai à « *un produit ayant une importance essentielle pour le marché* », en vue de pouvoir répondre aux futurs développements du marché et de pouvoir intervenir dans le cas où une situation de non-reproductibilité économique entraverait le développement de la concurrence sur le marché luxembourgeois.
- (23) Dans ces cas, il est justifié d'analyser la reproductibilité économique de produits qui ne se classifient pas comme produits phares mais qui sont importants sur le marché tel qu'énoncé dans 4.7 de la note explicative. Dans ce contexte, l'Institut renvoie au point iv) de l'annexe II de la Recommandation sur les obligations de non-discrimination.

2.5 Outil

EPT 28, 81-97, 103

- (24) Tout d'abord, l'Institut tient à préciser que l'accès à l'outil par les opérateurs alternatifs sera limité à la version vierge de l'outil structuré afin qu'ils puissent réaliser par eux-mêmes des essais de reproductibilité des produits phares. Les données fournies à l'Institut par l'opérateur PSM ou par un opérateur alternatif moyennant l'outil structuré seront traitées de manière confidentielle et permettront à l'Institut une comparaison directe.
- (25) 
- (26) L'essai de reproductibilité économique, tel que proposé par l'Institut, prévoit d'accorder à l'opérateur PSM qui souhaite lancer de nouvelles offres de détail, une certaine flexibilité en ce qui concerne la tarification de ces dernières. En effet, en ne considérant que les produits phares, et donc les produits bénéficiant d'une certaine part de revenu, l'Institut ne prendra pas en compte ces nouvelles offres quant à leur reproductibilité économique. En limitant l'essai aux seuls produits phares, l'opérateur PSM dispose d'une flexibilité adéquate en ce qui concerne la tarification de ses produits de détail qui ne correspondent pas à ces critères.

2.6 Conformité avec les principes de régulation tarifaire

EPT 99 - 135

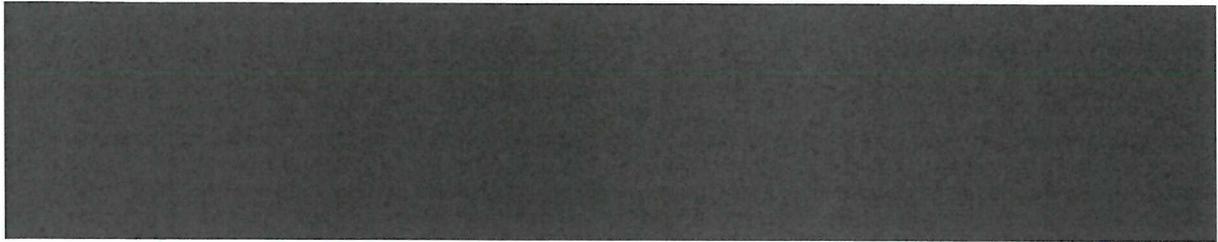
- (27) L'Institut rappelle que l'essai de reproductibilité économique est destiné à encourager le développement de la concurrence. En ce sens, son champ d'application diffère de celui test de ciseau tarifaire employé par une autorité chargée de l'application du droit de la concurrence. L'intervention de l'Institut en tant qu'autorité réglementaire nationale peut être décrite comme suit : « *La régulation sectorielle est temporaire et préventive : elle est censée s'effacer progressivement au profit du droit commun de la concurrence et ce, à mesure de normalisation du marché régulé, c'est-à-dire de la disparition des « avantages » dont bénéficie l'opérateur historique du fait de son ancien monopole. Elle vise, en outre à prévenir les abus avant qu'ils ne se produisent, grâce à des mesures de contrôle préalable (contrôle tarifaire, encadrement des offres, ...) et intervient donc principalement ex ante [...]* » (Soulignement ajouté)⁴.
- (28) Ainsi, si des parallèles peuvent exister entre l'essai de reproductibilité économique de l'Institut et des tests de ciseau tarifaires qui seraient menés par des autorités chargées de l'application du droit de la concurrence, notamment au regard des concepts employés, le champ d'application des deux essais est foncièrement différent.
- (29) Cette différence a encore été récemment soulignée par le Conseil de la concurrence dans son avis 2014-AV-03 dans le cadre de l'analyse des marchés 4/2007 et 5/2007 lorsqu'il retenait ce qui suit :
- « 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) ».*
- (30) Toujours est-il que l'essai de reproductibilité économique porte, à l'instar des test de ciseau tarifaires, sur la marge qui doit exister entre les prix de gros et les prix de détail correspondants. A titre de rappel, le projet de règlement définit cet essai comme « *exercice visant à déterminer si la marge entre le prix d'un produit de détail pertinent et le prix d'un ou plusieurs produit(s) de gros réglementé(s) lié(s) au prédit produit de détail pertinent couvre les coûts différentiels en aval et une proportion raisonnable des coûts communs* »⁵.
- (31) L'Institut souligne dès lors qu'il est inexact de conclure (113 – 114) que l'essai de reproductibilité économique ne permettrait pas à l'opérateur PSM de recouvrir ses coûts. Ainsi qu'il a été vu au point (19) ci-dessus, au cas où l'essai de reproductibilité économique démontrerait une marge

⁴ S. Naugès, L'articulation entre droit commun de la concurrence et droit de la régulation sectorielle, AJDA 2007, p. 672 et s..

⁵ Art 1(7) du projet de règlement portant sur les conditions d'application et de mise en œuvre de l'essai de reproductibilité économique.

négative, l'opérateur PSM est libre de changer soit le prix du produit de gros régulé soit le prix du produit de détail pertinent. Ce choix relève en effet de la liberté commerciale de l'opérateur (112).

(32)



(33) L'essai de reproductibilité économique ne conduira ainsi également pas à limiter la concurrence sur le marché de détail concerné (104). Dans la mesure où les opérateurs alternatifs sont obligés de recourir aux intrants de gros NGA réglementés pour développer leurs produits de détail NGA, ces derniers ne sont pas en mesure de pratiquer des prix de détail tellement bas qu'ils obligeraient l'opérateur PSM de commercialiser ses produits de gros correspondants à un tarif qui serait inférieur à ses coûts pour pouvoir concurrencer les opérateurs alternatifs. Si tel était le cas, les prix de détail pratiqués par les opérateurs alternatifs – pour être inférieurs aux coûts de gros qu'ils sont obligés de supporter – pourraient en effet être qualifiés de « prix prédateurs » [redacted], et en tant que tels, seraient sanctionnables par les autorités chargées de l'application du droit de la concurrence.

2.7 Points spécifiques

2.7.1 Coûts des opérations de détail

EPT 14

(34) En ce qui concerne la majoration des coûts des opérations de détail, l'Institut renvoie au document de référence décrivant l'essai de reproductibilité économique faisant partie intégrante de la consultation sur le projet de règlement. L'Institut relève aussi que l'exemple à la note de bas de page n°7 essaie de démontrer que dans le cas où l'opérateur PSM souhaiterait lancer un produit de détail à un prix nettement supérieur à celui des autres produits existants, la majoration impliquerait que des coûts des opérations de détail supérieurs en résultent, ce qui ne correspond cependant pas nécessairement à la réalité. Dans ce cadre, l'Institut souhaite attirer l'attention sur le fait que les nouveaux produits de détail ne seront pas considérés vu l'approche des produits phares. Par ailleurs, la majoration sera calculée par rapport aux coûts des intrants de gros et les autres coûts de réseau, ce qui implique que le niveau de prix de détail n'a pas d'impact sur le niveau des coûts des opérations de détail.



2.7.2 WACC

EPT 16

- (35) L'Institut relève que le niveau du WACC a été déterminé en prenant en compte les réponses reçues par l'Institut dans le cadre de la demande d'informations auprès des opérateurs en septembre 2013. La formule en relation avec le WACC mensuel telle que proposée par EPT est incorrecte. La formule suivante sera utilisée dans une version modifiée de l'outil :

$$WACC_{\text{mensuel}} = (1 + WACC_{\text{annuel}})^{\frac{1}{12}} - 1$$

2.7.3 « Notes on margin squeezes » de la Bundesnetzagentur

EPT 56

- (36) Selon la compréhension de l'Institut, le régulateur allemand fait valoir dans le document référencé qu'un opérateur PSM ne peut être privé de son droit de réagir aux attaques concurrentielles de ses concurrents à moins qu'un tel comportement ne puisse lui servir à renforcer sa position dominante. Dans ce même contexte, le régulateur allemand se réfère à une décision de la Commission européenne prise dans le cadre du cas "Wanadoo" : « *Whilst the fact that an undertaking is in a dominant position cannot deprive it of its entitlement to protect its own commercial interests when they are attacked, such behaviour cannot be countenanced if its actual purpose is to strengthen that dominant position and abuse it.* »

2.7.4 Application simultanée du droit de la concurrence

EPT 133 – 134

- (37) Il a été vu ci-dessus que l'essai de reproductibilité économique diffère des tests de ciseaux tarifaires menés par les autorités chargés de l'application du droit de la concurrence en ce qui concerne leur champ d'application et les objectifs poursuivis.
- (38) Dès lors, d'éventuelles investigations par une autorité chargée de l'application du droit de la concurrence ne sauraient influencer sur la pertinence de l'essai de reproductibilité économique projeté. Cette analyse est d'ailleurs entièrement partagée par le Conseil de la concurrence, lorsque celui-ci retient dans le cadre de son avis relatif à l'analyse des marchés 4/2007 et 5/2007 ce qui suit :

« 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 » (Soulignement ajouté)⁷.

(39)



⁷ Avis du Conseil de la concurrence 2014-AV-03 du 23 avril 2014, p. 2.

3 Prise de position de OPAL

3.1 Détermination de produits phares - Art. 4 (1)

- (40) L'Institut relève que, bien que les nouveaux produits de détails n'entrent pas directement dans le champs des critères d'un produit phare et par conséquent ne seront pas soumis dans un premier temps à un essai de reproductibilité économique, les opérateurs alternatifs peuvent demander l'accès au modèle vierge de l'essai et faire part à l'Institut de leur crainte qu'il y ait une marge insuffisante. Le cas échéant, l'Institut peut, dans des circonstances qu'il juge exceptionnelles, demander à l'opérateur identifié comme puissant sur le marché d'effectuer un essai de reproductibilité économique (Art. 7).

3.2 Offre groupée – Art. 6

- (41) L'ORECE préconise notamment que dans le cas où une offre groupée concerne plusieurs produits régulés provenant de marchés distincts, il importe de considérer la marge jointe de l'ensemble des services inclus dans l'offre groupée – cette approche est également suivie par l'Institut.
- (42) A ce propos, l'Institut se réfère de nouveau à son document de référence. Le caractère non-régulé de certaines composantes des offres groupées implique que celles-ci sont disponibles sur le marché à des tarifs concurrentiels. Un client a donc la possibilité de les acheter en plus d'une offre groupée qu'il peut acheter auprès d'un bénéficiaire d'accès. Pour l'Institut il s'agit surtout de voir si les offres de détail, pour lesquelles un ou plusieurs produits de gros régulés servent comme intrant, sont économiquement reproductibles.

3.3 Durée de vie client - Art. 15

- (43) L'Institut se réfère de nouveau à son document de référence. La durée de vie client est un paramètre variable du modèle et pourra le cas échéant être fixé par l'Institut.

3.4 Détermination du prix d'un produit non-réglementé dans une offre groupée – Art. 18 b

- (44) L'Institut renvoie à son commentaire ci-dessus.

3.5 Délais

- (45) Au sujet des délais et contrôles par l'Institut, ce dernier tient à renvoyer à son projet de règlement concernant les procédures à suivre par un opérateur identifié comme puissant sur le marché dans le cadre de l'obligation de publication d'une offre de référence mis en consultation publique en janvier 2014.

4 Prise de position du Conseil de la concurrence

- (46) Concernant les remarques formulées au sujet de l'article 6 du projet de règlement, l'Institut renvoie au chapitre 2.2 du présent document. Pour le traitement des divers rabais, cadeaux et forfaits l'Institut renvoie à l'art. 16 de son projet de règlement qui indique que les remises doivent être prises en compte dans le modèle.
- (47) En ce qui concerne des revenus en provenance d'offres groupées et la prise en compte de produits non régulés l'Institut renvoie à ses commentaires ci-dessus.
- (48) L'Institut relève que la rémunération du capital fait partie intégrante des paramètres du modèle (WACC).
- (49) En ce qui concerne les modalités suivant lesquelles l'essai de reproductibilité économique est effectué, l'Institut relève que l'opérateur PSM est obligé de fournir un essai de reproductibilité économique pour démontrer que la marge entre les produits de gros réglementés et les tarifs de détail correspondants est suffisante et que l'Institut vérifiera l'exactitude de l'essai par rapport aux critères prévus dans son règlement.