



INSTITUT LUXEMBOURGEOIS
DE REGULATION

Résultat de la consultation publique nationale portant sur les conditions d'application et de mise en œuvre de l'essai de reproductibilité économique

Version non-confidentielle

Le présent document clôture le processus de consultation relative à la consultation publique nationale portant sur les conditions d'application et de mise en œuvre de l'essai de reproductibilité économique.

Ce document reprend textuellement les contributions des acteurs du marché luxembourgeois transmises durant la période prévue à cet effet. Une prise de position de l'Institut par rapport aux commentaires qu'il juge pertinents est publiée dans un document séparé.

En application de l'article 4(3) du règlement 13/168/ILR du 21 août 2013 relatif à la procédure de consultation instituée par l'article 78 de la loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques, l'Institut tient à rappeler qu'il tient exclusivement compte des commentaires qu'il a reçus **durant la période de la consultation et qui se rapportent directement et uniquement au projet en question.**

Ainsi, tout commentaire reçu après ce délai, ou qui ne se rapporte pas strictement au projet soumis à une consultation publique ne saurait être pris en compte et ne fera donc **l'objet d'aucune publication** de la part de l'Institut.

L'Institut a reçu des contributions de la part de :

1. Cegecom S.A.
2. Entreprise des postes et télécommunications
3. OPAL a.s.b.l.
4. Orange S.A.

Le fait d'inclure ces commentaires dans ce document ne signifie nullement que l'Institut approuve ou désapprouve les opinions exprimées. L'Institut n'a pris en compte que les commentaires qui se rapportaient à l'étude en question. Les passages confidentiels et les parties ne se rapportant pas au sujet spécifique qui étaient inclus dans les contributions n'ont pas été publiés.

Luxembourg, le 4 juillet 2014



Copies	Et. économiques
Direction	Energie
Juridique	Télécom
Fréquences	Postal
Comptabilité	Informatique
06 MAI 2014 No 185307	
Original	Et. économiques
Secr. de Direction	Energie
Juridique	Télécom <input checked="" type="checkbox"/>
Fréquences	Postal
Comptabilité	Informatique

Institut Luxembourgeois de Régulation
à l'attention de Monsieur Paul SCHUH,
Directeur
17, rue du Fossé
L-2922 LUXEMBOURG

Luxembourg, le 5 mai 2014

Affaire suivie par: Didier WASILEWSKI

tél.: +352 26 499-401
fax: +352 26 499-699

Concerne: Consultation publique nationale du 4 avril 2014 au 5 mai 2014 portant sur les conditions d'application et de mise en œuvre de l'essai de reproductibilité économique
Votre référence: votre Communiqué du 4 avril 2014
Notre référence: 16157/DW

Monsieur le Directeur,

Nous faisons suite à votre Communiqué du 4 avril portant sur les « conditions d'application et de mise en œuvre de l'essai de reproductibilité économique ».

Nous vous informons par la présente que notre société Cegecom se rallie à la position commune de l'OPAL.

En restant à votre entière disposition pour toutes informations complémentaires, nous vous prions de croire, Monsieur le Directeur, en l'expression de nos sentiments les meilleurs.

Stefan VON ARX
Sales Support / Regulation

Didier WASILEWSKI
Sales Manager / Fondé de Pouvoir



Institut Luxembourgeois de Régulation
M. le Directeur Paul Schuh
17, rue du Fossé
L-2922 LUXEMBOURG

Par courrier et par

FAX : 28 28 229

N. réf. D/1262/R11

Copies	✓ ✓ ✓	Et. économiques	
Direction		Energie	
Juridique		Télécom	
Fréquences		Postal	
Comptabilité		Informatique	
07 MAI 2014			
No L85306			
Original		Et. économiques	
Secr. de Direction		Energie	
Juridique		Télécom	✓
Fréquences		Postal	
Comptabilité		Informatique	

Luxembourg, le 5 mai 2014

Objet: Réponse de l'EPT à la consultation publique du 4 avril 2014 relative au projet de règlement de l'ILR portant sur les conditions d'application et de mise en œuvre de l'essai de reproductibilité économique

Monsieur le Directeur,

L'EPT a l'honneur de vous faire parvenir ci-joint ses observations dans le cadre de la consultation publique relative au projet de règlement portant sur les conditions d'application et de mise en œuvre de l'essai de reproductibilité économique (en version confidentielle et non-confidentielle).

La présente note constitue un complément à la réponse de l'EPT du 1er août 2013 à la consultation publique sur la future méthodologie de prévention de ciseau tarifaire sur le marché large bande. A cet égard, l'EPT constate que l'ILR n'a pour ainsi dire pas tenu compte de certaines remarques formulées par l'EPT dans sa réponse du 1^{er} août 2013, notamment ses observations relatives à l'approche à adopter en matière d'offre groupée. Cet élément avait également été soulevé par le Conseil de la concurrence dans son avis n° 2013-AV-02 du 1^{er} août 2013 et par l'OPAL dans son commentaire du 2 août 2013.

Le fil rouge de la contribution de l'EPT est le caractère manifestement disproportionné des mesures proposées par le régulateur, qui constituent une régulation excessive des tarifs de gros et, indirectement, de détail de l'EPT l'empêchant de répliquer les offres de ses concurrents et la contraignant à fixer ses tarifs par rapport à ceux des concurrents. Cette disproportion étonne d'autant plus que la régulation préconisée par l'ILR pour le marché 4 est en incohérence avec les mesures en voie d'adoption sur le marché 5 ainsi qu'avec la logique sous-jacente à la régulation des charges de terminaison fixe et mobile.

Les points saillants du Projet de Règlement qui nécessitent aux yeux de l'EPT une révision sont les suivants :

- (i) Dans l'hypothèse du constat d'un ciseau tarifaire, nous sommes d'avis que l'EPT devrait avoir la liberté de remédier à cette situation soit en intervenant au niveau de détail (révision des prix de détail), soit en intervenant au niveau de gros ;
- (ii) Le délai de trois mois pour réaliser les tests de ciseau tarifaire est trop court et nécessite d'être étendu à un minimum de six mois. En effet, la méthode du test de ciseau tarifaire proposée par l'ILR est inédite et implique potentiellement la totalité des offres de gros et de détail de l'EPT, de sorte que celle-ci se voit obligée de procéder à de nouveaux calculs pour la quasi-totalité de ses plans tarifaires, qui ne peuvent matériellement pas être réalisés dans un délai de trois mois. De même, le concept de produit « phare » et en particulier le critère d'éligibilité visant à tester les combinaisons de produits dont l'ensemble des revenus examinés par ordre décroissant forme 70% du revenu total généré par les produits de détail haut débit de l'opérateur établi, devrait être relativisé. En effet, dans un marché de taille limitée comme le Luxembourg, un tel critère conduirait à tester plus de 100 combinaisons en relation avec les produits d'accès large bande, ce qui est démesuré et n'est pas en ligne avec le principe de proportionnalité ;
- (iii) Il ressort des « best practices » des régulateurs européens ainsi que des réponses (notamment l'avis du Conseil de la concurrence) rendues dans le cadre de la première consultation publique qu'une approche « portefeuille » devrait être mise en œuvre et non pas une approche « produit par produit » telle que prévue par l'ILR. De même, l'essai de reproductibilité économique devrait également inclure les produits non-régulés à côté des produits régulés ;
- (iv) Des mesures de précaution devront être prises au niveau de l'accès aux informations confidentielles intégrées dans l'outil de test de ciseau tarifaire par les opérateurs alternatifs.

Mes services restent à la disposition des vôtres pour tout renseignement complémentaire.

Veuillez agréer, Monsieur le Directeur, l'expression de ma haute considération.

Jos GLOD

Directeur Général adjoint





Institut Luxembourgeois de Régulation
M. le Directeur Paul Schuh
17, rue du Fossé
L-2922 LUXEMBOURG

Par courrier et par

FAX : 28 28 229

Luxembourg, le 5 mai 2014

N. réf. D/1262/R11

VERSION NON-CONFIDENTIELLE

Objet: Réponse de l'EPT à la consultation publique du 4 avril 2014 relative au projet de règlement de l'ILR portant sur les conditions d'application et de mise en œuvre de l'essai de reproductibilité économique

Monsieur le Directeur,

L'EPT a l'honneur de vous faire parvenir ci-joint ses observations dans le cadre de la consultation publique relative au projet de règlement portant sur les conditions d'application et de mise en œuvre de l'essai de reproductibilité économique (en version confidentielle et non-confidentielle).

La présente note constitue un complément à la réponse de l'EPT du 1er août 2013 à la consultation publique sur la future méthodologie de prévention de ciseau tarifaire sur le marché large bande. A cet égard, l'EPT constate que l'ILR [REDACTED]

[REDACTED] Cet élément avait également été soulevé par le Conseil de la concurrence dans son avis n° 2013-AV-02 du 1^{er} août 2013 et par l' [REDACTED] dans son commentaire du 2 août 2013.

Le fil rouge de la contribution de l'EPT est le caractère [REDACTED]

[REDACTED] Cette disproportion étonne d'autant plus que la régulation préconisée par l'ILR pour le marché 4 est en incohérence avec les mesures en voie d'adoption sur le marché 5 ainsi qu'avec la logique sous-jacente à la régulation des [REDACTED]

Les points saillants du Projet de Règlement

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Mes services restent à la disposition des vôtres pour tout renseignement complémentaire.

Veillez agréer, Monsieur le Directeur, l'expression de ma haute considération.

Jos GLOD

Directeur Général adjoint

TABLE DES MATIERES (VERSION NON-CONFIDENTIELLE)

	<u>54</u>
	<u>786</u>
	<u>796</u>
	<u>796</u>
<u>8127</u>	
	<u>10188</u>
	<u>10188</u>
	<u>112210</u>
<u>122510</u>	
	<u>142913</u>
<u>143013</u>	
	<u>174116</u>
	<u>194817</u>
	<u>215520</u>
	<u>225921</u>
	<u>236222</u>
	<u>266924</u>
	<u>328330</u>
	<u>328430</u>
	<u>338831</u>
	<u>359333</u>
	<u>3810035</u>
	<u>3810035</u>
	<u>4010637</u>
	<u>4211539</u>
<u>4211639</u>	
	<u>4412141</u>
	<u>4612843</u>
<u>5114248</u>	

A. SOMMAIRE

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

B. ANALYSE DU PROJET DE REGLEMENT

4. En date du 4 avril 2014, l'ILR a publié sur son site internet le document intitulé « *Projet de Règlement portant sur les conditions d'application et de mise en œuvre de l'essai de reproductibilité économique* » (ci-après le « *Projet de Règlement* ») par lequel l'ILR entend appliquer *ex-ante* un test de type ciseau tarifaire par rapport aux produits de détail phares d'un opérateur PSM¹ à titre de remède imposé sur les marchés 4 et 5/2007. Ce *Projet* est accompagné du document intitulé « *Principles and methodology of the margin squeeze testing approach (economic replicability test) in Luxembourg* » qui explique les choix méthodologiques posés par l'ILR dans son *Projet de Règlement*.
5. Le *Projet de Règlement* et la note explicative l'accompagnant font suite à la consultation publique organisée par l'ILR durant l'été 2013 (20 juin 2013-2 août 2013, « *The future margin squeeze approach for Luxembourg* ») au cours de laquelle le Conseil de la concurrence et les opérateurs luxembourgeois ont soumis leurs avis.
6. La prise de position ci-après résume les éléments saillants du *Projet de Règlement*, explicité dans la note explicative l'accompagnant.

(1). Le concept de ciseau tarifaire

i. Le principe d'un amenuisement des marges

7. L'ILR reprend la définition du ciseau tarifaire de l'ERG selon laquelle « *a margin squeeze (also known as price squeeze) is a situation where a vertically integrated firm with market power in a key upstream market, supplies rival firms in associated downstream markets and sets prices for the input and the downstream service in a way that renders unprofitable the activities of its competitors in the retail market* »².
8. Le principe de l'approche suivie est donc celui d'une vérification de la marge entre la partie supérieure et inférieure du ciseau tarifaire (correspondant à la reproductibilité économique), sans analyse du niveau inférieur (tarification excessive des services de gros) ou supérieure (tarification prédatrice pour les services de détail): « *the key focus of margin squeeze in this sense is on the difference between the upstream and the downstream price ; it is not on whether prices are excessive, discriminatory or predatory per se* »³.
9. L'EPT constate, cependant, que l'objet poursuivi par l'ILR est celui d'une fixation de prix plafonds pour les tarifs de gros de l'EPT par rapport à ses tarifs de détail. L'ILR

¹ *Pouvoir Significatif de Marché*.

² Note explicative, « *Principles and methodology of the margin squeeze testing approach (economic replicability test) in Luxembourg* », §2.1.

³ *Ibid.*, §2.3.

craint en effet que l'opérateur PSM puisse utiliser, par un effet de levier, sa position sur le marché de gros pour fortifier sa position sur le marché de détail⁴. Le test de ciseau tarifaire de l'ILR vise donc à réguler les tarifs de gros de l'opérateur PSM. Ainsi, l'article 28 du Projet de Règlement, détaillé au chapitre 14 de la note explicative, indique que si le résultat du test est positif, ce sont les tarifs de gros qui doivent être modifiés, à l'exclusion de toute augmentation des tarifs de détail.

ii. La comparaison entre les tarifs de détail et les coûts de commercialisation

10. Le test de reproductibilité économique qu'entend mener l'ILR vise à vérifier si les opérateurs alternatifs sont en mesure de reproduire de manière rentable les produits de détail de l'opérateur PSM sur la base de ses offres de gros, selon le test suivant :

$$P_2 - P_1 \geq C_1 (+ WACC)$$

Où P_2 correspond aux tarifs de détail, P_1 correspond aux tarifs des offres de gros nécessaires pour la fourniture des produits de détail et C_1 correspond aux coûts encourus pour la commercialisation des services de détail, majorés d'un taux WACC représentant la rémunération des capitaux investis.

L'application d'un test de ciseau tarifaire postule donc la comparaison entre les tarifs de détail (partie supérieure du test de ciseau tarifaire) et les coûts de production (partie inférieure du test de ciseau tarifaire), selon une méthodologie prédéfinie.

❖ **Partie supérieure du test de ciseau tarifaire – les tarifs de détail**

11. La méthodologie retenue dans le Projet de Règlement postule la liberté complète de l'opérateur PSM de fixer ses prix de détail. C'est ce qui explique la présomption que l'ILR propose à la section 14.1 de sa note explicative selon laquelle il ne devrait pas y avoir de ciseau tarifaire dès lors que l'opérateur PSM fixe ses tarifs de détail librement⁵.

❖ **Partie inférieure du test – les coûts de production**

12. En ce qui concerne les coûts encourus pour la commercialisation du produit de détail, le Projet de Règlement propose de prendre en compte : (i) les coûts des intrants de gros (y inclus notamment les charges de départ et terminaison d'appel), (ii) les coûts en aval et (iii) les coûts réglementaires correspondant aux frais relatifs à la numérotation (articles 20 et 25).

⁴ *Ibid.*, §2.10.

⁵ « Because the SMP operator will be under the obligation to set himself retail prices on the basis of the regulated wholesale prices such that no margin squeeze occurs, the ILR assumes that the margin squeeze test conducted and provided by the SMP operator will not exhibit a margin squeeze ».

13. Les coûts en aval couvrent les coûts relatifs aux opérations de détail et aux opérations de réseau (article 22). Ils sont calculés suivant un modèle SEO (*similar efficient operator*) disposant d'une part de marché de 15%), c'est-à-dire en prenant pour base de calcul les coûts de détail de l'opérateur PSM ensuite adaptés afin de tenir compte des économies d'échelle et de gamme de l'opérateur PSM dont ne disposent pas les opérateurs alternatifs et augmentés des coûts spécifiques supportés par ces derniers.
14. Le modèle de coûts retenu par l'ILR est le LRAIC+ (article 23). La note explicative accompagnant le Projet de Règlement précise que les coûts de détail sont calculés en pourcentage des autres coûts (coûts de gros, coûts de réseau, coûts liés à la régulation) sur la base d'une majoration globale ("*global mark up*") plutôt qu'en additionnant chaque poste de coûts de détail pris individuellement⁶. Le Projet de Règlement et la note explicative l'accompagnant ne contiennent aucune analyse du niveau de ce « *global mark up* ». Comme signalé dans sa réponse du 1^{er} août à la première Consultation publique de l'ILR « *The future margin squeeze approach for Luxembourg* », l'EPT insiste sur l'importance d'appréhender de manière prudente les résultats d'un test de ciseau tarifaire en cas d'application d'un « *global mark up* » à un produit de détail dont les tarifs sont plus élevés que les tarifs en vigueur. En effet, si l'opérateur PSM lance un nouveau produit de détail à un prix nettement supérieur à un autre produit existant, cette approche va générer un niveau élevé de coûts de détail pour le nouveau produit, alors même que les deux produits pourraient en réalité encourir des coûts de détail équivalents⁷. L'utilisation d'un *mark up* apparaît cependant justifiée en cas d'utilisation de l'approche portefeuille (voir *infra*, aux points 59 et suivants).
15. Les coûts d'investissement et les coûts non-récurrents sont également pris en compte. Les coûts d'investissement sont affectés selon leur durée de vie économique tandis que les coûts non-récurrents sont affectés suivant la durée de vie du client (article 24).
16. Le modèle prévoit également l'application d'un WACC reflétant la rémunération des capitaux investis, à fixer par l'ILR (article 20 et 24(4)). Le Projet de Règlement ne contient pas d'analyse ni de consultation précisant le niveau adéquat de celui-ci. La note explicative l'accompagnant précise qu'un WACC basé sur les coûts de l'opérateur PSM n'est pas approprié et sera dès lors fixé sur base d'une analyse de

⁶ Note explicative, « *Principles and methodology of the margin squeeze testing approach (economic replicability test) in Luxembourg* », pp.18-19.

⁷ Par exemple, [REDACTED]

marché. Ce document indique déjà, sans toutefois avancer les raisons économiques justifiant ce choix, que l'ILR entend appliquer provisoirement un WACC de 10%⁸.

(2). Méthodologie préconisée par l'ILR dans le Projet de Règlement

i. Produits soumis au test de reproductibilité économique

17. L'ILR entend appliquer le test de reproductibilité économique aux « produits phares » relatifs aux produits de détail offrant un service à haut débit, commercialisés isolément ou en tant qu'offre multi-produits, en suivant une approche « produit par produit » (article 3)⁹.
18. Le Projet de Règlement définit les produits phares par référence aux revenus générés. Un produit est considéré comme « phare » dans deux cas de figure (article 4):
 - Lorsque son revenu individuel représente au minimum 10% du revenu total généré par les produits de détail haut débit de l'opérateur PSM ; ou
 - Lorsqu'il est inclus dans les produits de détail haut débit dont l'ensemble des revenus examinés par ordre décroissant forme 70% du revenu total généré par les produits de détail haut débit de l'opérateur PSM.
19. Pour chaque produit phare commercialisé de manière isolée, le test de reproductibilité économique est appliqué par rapport à chacune des offres d'accès de gros permettant d'offrir ce produit phare (article 3).
20. Lorsque le produit phare fait partie d'une offre multi-produits, seuls les composantes de l'offre groupée produites sur la base d'offres d'accès régulées sont pris en compte. Ainsi, les composantes des offres multi-produits fournies sur la base d'offres de gros commerciales (article 6) sont exclues du test. Toutefois, dans l'hypothèse d'une offre groupée mixte où le service de détail est également disponible sous forme d'offre individuelle et est proposé à un prix supérieur à celui auquel il est commercialisé dans l'offre groupée, cette différence de prix est considérée comme une réduction à inclure dans le test de ciseau tarifaire et ladite réduction est allouée en totalité à l'offre multi-produits reposant sur un ou des services de gros régulé(s)¹⁰.

⁸ Note explicative, « *Principles and methodology of the margin squeeze testing approach (economic replicability test) in Luxembourg* », p.14.

⁹ La notion de « produit phare » fait écho au concept de « *flagship product* », introduit par la Commission européenne en 2013 dans sa Recommandation du 11 septembre 2013 sur les obligations de non-discrimination et les méthodes de calcul des coûts cohérentes pour promouvoir la concurrence et encourager l'investissement dans le haut débit, qui laisse aux ARN le soin de définir le concept.

¹⁰ Note explicative, « *Principles and methodology of the margin squeeze testing approach (economic replicability test) in Luxembourg* », §4.5.

21. Le Projet de Règlement envisage deux type de tests de reproductibilité économique. Premièrement, il prévoit un test mené par rapport aux produits de gros réglementés pouvant servir d'intrant à un produit phare, lors de leur lancement ou en cas de modification substantielle des tarifs (article 8(a) et (b)). Deuxièmement, il prévoit un test par rapport aux services de détail, à l'égard des produits phares déjà existants lors de l'entrée en vigueur du Règlement ainsi qu'en cas de lancement ou modification de l'offre d'un produit phare (article 8(c) et 9).
22. Enfin, l'ILR se réserve exceptionnellement le droit d'exiger de l'opérateur PSM qu'il mène un test de reproductibilité économique également par rapport à des produits de détail n'atteignant pas les seuils de 70%/10% de revenus, lorsque ces produits sont considérés comme ayant une « *importance essentielle pour le marché* » (article 7). Le Projet de Règlement ne spécifie cependant pas ces circonstances exceptionnelles ni les critères suivant lesquels un produit est considéré comme ayant une « *importance essentielle pour le marché* ».
- ii. *Conséquences en cas de résultat positif du test de reproductibilité économique et aspects de procédure*
23. Le Projet de Règlement indique que le test de reproductibilité économique doit être mené par l'opérateur PSM conformément au modèle arrêté par l'ILR, en utilisant ses propres données de coûts et revenus. L'ILR se réserve le droit de substituer aux valeurs utilisées par l'opérateur PSM les valeurs qu'il détermine en fonction des données reçues de la part des opérateurs alternatifs (article 27(3) et article 27(4) et point 13.9 de la note explicative). Le Projet de Règlement ne précise pas quels sont les paramètres qui pourraient être ainsi modifiés ni les ordres de grandeur justifiant de remplacer les valeurs de l'opérateur PSM par celles des opérateurs alternatifs.
24. En cas de test positif, l'ILR oblige l'opérateur PSM à modifier le tarif de gros (article 28(1)). Si le test a été appliqué au niveau du produit de gros (article 8(a) et (b)), l'offre de référence ne peut entrer en vigueur et l'opérateur PSM doit modifier à la baisse son projet d'offre de gros. Si le test a par contre été appliqué au niveau de l'offre de détail, l'ILR peut obliger l'opérateur PSM à diminuer le tarif de l'offre de référence du produit de gros utilisé comme intrant pour la commercialisation du produit phare concerné (article 8(c) et article 9).
25. Le test de reproductibilité économique doit être mené à chaque fois qu'une offre de gros pouvant être utilisée comme intrant pour la fourniture d'un produit phare est introduite ou modifiée. L'opérateur PSM doit également mener un tel test à chaque fois qu'un produit de détail devient une offre phare. Enfin, l'opérateur PSM est tenu de fournir annuellement les résultats des tests de ciseau tarifaire pour chaque produit phare et chaque offre de gros permettant leur commercialisation¹¹.

¹¹ « *Principles and methodology of the margin squeeze testing approach (economic replicability test) in Luxembourg* », pp. 20-21.

26. L'ILR peut également exiger d'initiative que l'opérateur PSM mène un nouveau test de ciseau tarifaire, notamment en cas de plainte.

(3). Remarques de l'EPT relatives à l'outil de l'essai de reproductibilité économique

L'EPT comprend que la consultation publique relative au Projet de Règlement porte sur la méthodologie générale suivie par l'ILR pour mener le test de ciseau tarifaire et ne [REDACTED]

Malgré le caractère très limité du délai de réponse d'un mois octroyé, qui n'a pas permis à l'EPT d'effectuer l'ensemble des analyses nécessaires, [REDACTED]

[REDACTED] 188,90,00 (non divulgué)
1128
(1) - (1) 188,90,00 (non divulgué) 1128

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

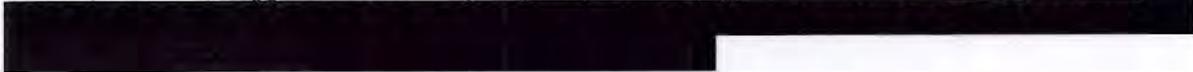
¹² Voir également *supra*, le point 14.



29. L'exemple numérique suivant présente les effets négatifs potentiels d'une tel « global mark up » sur le développement de la concurrence. En supposant que les coûts avals soient estimés au global à ■% des coûts de gros et de réseau et que l'EPT vende 2 produits de gros et 2 produits de détail correspondants avec les tarifs suivants :

€ HT	Tarif de gros + coûts de réseau	Tarif de détail	Proportions sur le marché
Luxfibre S	42	48	■
Luxfibre L	45	65	■

Pour Luxfibre S, le test de ciseau tarifaire conclura que l'EPT réalise une marge négative de - 2,4€ HT alors même qu'au global, l'ensemble des deux offres génère une marge moyenne de 0,3 € HT. Or, il pourrait tout à fait être montré à l'aide d'une analyse plus fine des coûts de détail (et non une approche de « majoration globale ») que les « vrais » coûts s'élèvent ■



ABSENCE DE LIEN AVEC LES

Parmi l'ensemble des travaux des régulateurs européens, les analyses les plus abouties en matière de ciseau tarifaire sont celles réalisées par les régulateurs allemand, irlandais et hollandais. Ces trois précédents constituent donc le meilleur état d'analyse des « best practices » réglementaires européennes

31. Par ailleurs, il convient d'ajouter aux travaux des régulateurs européens ceux de la Commission européenne, qui, dans deux recommandations récentes¹³, introduit pour la première fois le remède du test de reproductibilité économique lorsque les tarifs de gros des réseaux de nouvelle génération ne sont pas soumis à l'obligation d'orientation sur les coûts.

(1). L'adaptation automatique des tarifs de gros dénature le test de ciseau tarifaire

32. L'article 28 du Projet de Règlement indique que la conséquence d'un ciseau tarifaire est nécessairement que le « *tarif du produit de gros offert ou appliqué par l'opérateur PSM ne permet pas aux bénéficiaires d'accès de reproduire économiquement le produit de détail pertinent de l'opérateur PSM* ». Le Projet de Règlement ne prévoit aucune autre mesure possible.
33. Ce mécanisme dénature le principe même du ciseau tarifaire. Comme le souligne le BEREC, « *a margin squeeze test does not constrain the level of wholesale prices, merely the margin* »¹⁴. Or, le régime retenu par l'article 28 du Projet de Règlement revient de manière indirecte à un mode de fixation du tarif de gros pertinent, qui plus est par référence au niveau des tarifs de détail.
34. Dès l'entame de la note explicative du Projet de Règlement,
- « *[i]n practice, however, wholesale rates may not be properly cost oriented such that excessive wholesale profits may exist despite regulation* »¹⁵.

¹³ À savoir, la Recommandation 2010/572/UE du 20 septembre 2010 sur l'accès réglementé aux réseaux d'accès de nouvelle génération (ci-après la « Recommandation NGA ») et la Recommandation 2013/466/UE 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 (ci-après la « Recommandation sur la non-discrimination »).

¹⁴ BEREC Opinion, Commission draft Recommendation on non-discrimination and costing methodologies, 26 March 2013, BoR (13) 41, p. 32.

¹⁵ « *Principles and methodology of the margin squeeze testing approach (economic replicability test) in Luxembourg* », §2.2.

■ Cette dénaturation du ciseau tarifaire est d'autant plus évidente que le test de ciseau tarifaire est appliqué afin de valider le niveau de chaque offre de gros (cf. article 8 (a) et (b) du Projet de Règlement), peu importe la manière dont ces offres de gros sont utilisées pour la fourniture des services en aval. Cela démontre donc que ■

■

■

38. En définitive, une bonne pratique consisterait à utiliser le test de répliquabilité économique afin de valider ou confirmer certains choix ou orientations réglementaires ou de donner au régulateur et à l'opérateur PSM une indication quant à l'impact sur le marché des tarifs de gros et de détail. Le BEREC écrivait ainsi en 2005 que « *[n]ormally where an ex ante margin squeeze procedure is applied, and a negative finding is discovered, the SMP operator is asked to rectify the situation. The decision as to how this should be rectified is usually left to the operator. Formally, the retail offer is suspended until wholesale and retail prices are aligned. Where*

¹⁶ Avis du Conseil de la concurrence n° 2014-AV-03 du 23 avril 2014 sur le 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 et sur le Projet de règlement portant sur la définition du marché pertinent de la fourniture en gros d'accès large bande (marché 5/2007), l'identification de l'opérateur puissant sur ce marché et les obligations lui imposées à ce titre, point 3.3.4 pp. 12-13

¹⁷ « *Principles and methodology of the margin squeeze testing approach (economic replicability test) in Luxembourg* », §4.5.

there is little flexibility in wholesale prices, then the obligation implies that the retail conditions of the offer will need to be modified by the operator »¹⁸.

39. De même, l'OPTA énonce dans ses lignes directrices sur les ciseaux tarifaires que: « *squeeze solutions could possibly be found in reducing the sourcing rates (interconnection rates) or increasing the end user rates »¹⁹.*
40. Récemment, en ce qui concerne le test de reproductibilité économique préconisé par la Commission européenne dans sa Recommandation sur la non-discrimination, le BEREC a encore rappelé que: « *[i]n any case, the SMP Operator has the obligation to remove the margin squeeze by an appropriate adjustment of either the wholesale or the retail price »²⁰.*
41. En l'espèce, cette neutralité quant à la composante amont ou aval à modifier s'impose d'autant plus que les tarifs de gros sont régulés et que le niveau de régulation sera davantage renforcé dans le cadre du deuxième cycle d'analyse des marchés large bande



Lorsque les tarifs de gros sont régulés, un prix ciseau n'est en effet susceptible d'intervenir qu'en pratiquant des tarifs de détail très bas, de sorte que la seule solution économiquement viable laissée à l'opérateur PSM pour remédier à un tel amenuisement des marges est d'augmenter ses tarifs de détail²¹.

42. Dans ses observations relatives aux remèdes imposés par le régulateur belge (IBPT) sur les marchés 1 et 2, où l'IBPT entendait imposer un test de ciseau tarifaire, la Commission a ainsi insisté sur le « *fait qu'en présence d'une réglementation efficace*

¹⁸ ERG (09) 07, Report on the Discussion on the application of margin squeeze tests to bundles, March 2009, §45.

¹⁹ OPTA and NMA Price Squeeze Guidelines, 28 February 2011, p. 12.

²⁰ BEREC Opinion on Commission draft Recommendation on non-discrimination and costing methodologies, 26 March 2013, BoR (13) 41, point 173, p. 35.

²¹ Bundesnetzagentur, Notes on margin squeezes as defined by section 28(2) para 2 TKG, 14 November 2007, p. 22.

des éléments de gros, tout éventuel effet de ciseaux tarifaires résulterait de la tarification pratiquée au détail »²².

43. Dans sa récente Recommandation du 22 novembre 2013, dans l'affaire AT/2013/1475-1476, la Commission exprimait ses plus vives critiques à l'égard de la fixation des tarifs de gros à un niveau extrêmement bas à la suite de l'application d'un ciseau tarifaire²³. La Commission lui préfère l'application d'un modèle de coûts robuste. La Commission conclut en ces termes: « *la réglementation des prix proposée pour les marchés 4 et 5, qui ne permettrait pas à l'opérateur PSM de générer une rémunération suffisante pour pouvoir remplacer ses actifs, ne serait pas conforme à l'article 13, paragraphe 1, de la directive «accès», qui enjoint aux ARN de tenir compte des investissements réalisés par l'opérateur et de lui permettre de générer une rémunération raisonnable du capital adéquat engagé »²⁴.*

(2). Caractère [REDACTED] reposant sur un renforcement du modèle de coûts combiné à l'application d'un test de reproductibilité économique

44. La mise en place d'un test de reproductibilité économique en tant que remède *ex ante* n'est envisagée par la Commission européenne qu'en l'absence de régulation des tarifs de gros, comme alternative à l'imposition de l'obligation d'orientation sur les coûts en matière de réseaux de nouvelle génération : « *in order to establish whether alternative access seekers can economically replicate a downstream offer provided by the SMP operator with the regulated wholesale input available, in cases where wholesale price regulation should not be imposed, a NRA should undertake an economic replicability test »²⁵. Elle n'a, par contre, pas envisagée comme mode alternatif de régulation des tarifs de gros.*
45. Il s'agit en effet de permettre à l'opérateur PSM de conserver une certaine souplesse pour la fixation de ses tarifs de gros, nécessaire à l'innovation et à la promotion de l'investissement, tout en s'assurant de la possibilité pour les opérateurs alternatifs d'accéder au réseau et de reproduire économiquement les offres de détail.

²² SG-Greffe (2007) D/203669, Observations de la Commission du 20 juin 2007 conformément à l'article 7, paragraphe 3, de la directive 2002/21/EC, Cas BE/2007/0640: Détails de remèdes relatifs aux cas BE/2006/0400, BE/2006/0401, BE/2006/0435, BE/2006/0437 et BE/2006/0551, p. 3.

²³ Recommandation de la Commission du 22.11.2013 conformément à l'article 7 bis 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») dans les affaires AT/2013/1475-1476: marchés de la fourniture en gros d'accès à large bande et d'accès (physique) à l'infrastructure du réseau en Autriche : « *La Commission fait remarquer que, même si des tarifs d'accès assez bas peuvent doper la concurrence et l'adoption du haut débit à court terme, des tarifs d'accès par le réseau cuivre peu élevés résultant d'une analyse de l'effet de ciseau tarifaire ont le grand inconvénient de ne pas envoyer de signaux «construire ou acheter» appropriés.» (point 18).*

²⁴ *Ibid.*, point 48.

²⁵ Recommandation sur la non-discrimination, considérant 61. Voir également l'article 56 et les articles 48(c) et 49(c).

46. S'il est vrai que l'approche retenue par la Commission concerne les réseaux de nouvelle génération et non les réseaux classiques, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit, dans la conception du test préconisée par la Commission européenne, d'appliquer l'essai de reproductibilité économique en tant qu'alternative à l'obligation d'orientation sur les coûts. Si une ARN choisit par contre de réguler les tarifs d'accès des réseaux de nouvelle génération, alors l'application d'un test de ciseau tarifaire ne se justifie plus.
47. Cette approche consistant soit à réguler les tarifs de gros au moyen d'une obligation d'orientation vers les coûts, soit à appliquer un test de reproductibilité économique, est celle actuellement suivie [REDACTED] choisit en effet de ne pas soumettre les tarifs de gros de l'opérateur PSM à l'obligation d'orientation sur les coûts et préfère appliquer le seul test de reproductibilité économique. L'ILR explique ce choix dans son document de consultation publique d'avril dernier relatif à l'analyse des marchés 4 et 5. Dans ce document, l'ILR compare les méthodes du benchmarking, de l'essai de reproductibilité économique et de l'orientation des prix en fonction des coûts en tant que méthodologies de tarification alternatives et conclut en faveur de l'application exclusive d'un test de ciseau tarifaire. L'ILR explique ce choix au motif que le test de ciseau tarifaire est un mode d'encadrement plus souple que l'imposition de tarifs orientés vers les coûts et qu'un tel test incite également l'opérateur PSM à investir dans les réseaux²⁶.

[REDACTED]

[REDACTED]

²⁶ Consultation publique nationale du 24 mars 2014 au 24 avril 2014 sur l'analyse du marché de la fourniture en gros d'accès (physique) à l'infrastructure de réseau (y compris l'accès partagé ou totalement dégroupé) en position déterminée (4/2007) et du marché de la fourniture en gros d'accès à large bande (5/2007), p. 242, § 1702.

²⁷ Avis du Conseil de la concurrence n° 2014-AV-03 précité, p. 15.

²⁸ *Ibidem*.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

51. Le Projet de Règlement et la note explicative l'accompagnant postulent qu'un opérateur qualifié de PSM au Luxembourg fixe en toute liberté le niveau de ses tarifs de détail. C'est également la raison pour laquelle la note explicative présuppose que l'opérateur PSM fixera ses tarifs de détail de manière telle qu'ils ne soient pas constitutifs d'un ciseau tarifaire²⁹.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

²⁹ Note explicative, « *Principles and methodology of the margin squeeze testing approach (economic replicability test) in Luxembourg* », §14.1.

³⁰ Il s'agit de [REDACTED]

³¹ Arrêt de la Cour de justice du 24 avril 2008, *Arcor*, aff. C-55/06, Rec., 2008, p. I-02931. Voir également *infra*.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

55. En [REDACTED] et qu'il faut lui laisser la faculté d'accomplir les actes qu'elle juge appropriés en vue de protéger ses intérêts commerciaux³². Ainsi, une entreprise ne peut être privée de la possibilité d'aligner ses prix sur ceux de ses concurrents³³.

56. Sur le plan de la régulation sectorielle, la problématique de l'alignement par l'opérateur PSM de ses tarifs sur ceux de ses concurrents dans le cadre de l'application *ex ante* d'un test de ciseau tarifaire a été spécifiquement étudiée par le régulateur allemand, qui souligne que le test de ciseau tarifaire ne peut aboutir à priver l'opérateur concerné de la possibilité de répliquer les offres de ses concurrents et considère dès lors que cet alignement constitue une justification objective au ciseau tarifaire³⁴.

57. De plus, le fait de limiter la liberté tarifaire de l'opérateur PSM sur le marché de détail revient à imposer la [REDACTED]

³² Arrêt de la Cour du 14 février 1978, *United Brands/Commission*, aff. 22/76, Rec. 1978, p. 207, point 101 ; arrêts du Tribunal du 1er avril 1993, *BPB Industries et British Gypsum/Commission*, aff. T-65/89, Rec. p. II-389, point 117 ; arrêt de la Cour du 16 mars 2000, *Compagnie maritime belge des transports/Commission*, aff. jointes C-395/96 P et C-396/96 P, Rec. p. I-1442, point 104 et arrêt du Tribunal du 30 janvier 2007, *France Télécom c/Commission*, T-340/03, Rec. 2007, p. II-107, point 185.

³³ Voy. notamment les conclusions de l'Avocat Général Mazak présentées le 25 septembre 2008 dans l'affaire C-202/07 P, *France Télécom SA c/ Commission*, points 42 à 44.

³⁴ Bundesnetzagentur, Notes on margin squeezes as defined by section 28(2) para 2 TKG, 14 November 2007, p. 31.

[REDACTED]

La Commission a tout récemment souligné dans les affaires BG/2013/1420, 1421 et 1422 que « *the Commission urges CRC to reconsider in its final measure whether wholesale remedies alone suffice to achieve the objectives set out in Article 8 of the Framework Directive, and to withdraw remedies imposed at retail level* »³⁶. De même, dans les affaires ES/2013/1432 et 1433, la Commission « *expressed concern that the prohibition of retail offers in case the replicability test would indicate a margin squeeze could result in de facto regulation of retail products* »³⁷.

[REDACTED]

(4). Prise en compte de l'approche [REDACTED] et nécessité d'appliquer celle-ci en présence d'une offre groupée, en incluant également [REDACTED]

59. L'un des choix méthodologiques à effectuer par le régulateur lors de l'élaboration d'un test de reproductibilité économique porte sur le niveau [REDACTED]

[REDACTED]

Les développements relatifs à l'approche agrégée ou « [REDACTED] » présentés ci-dessous incluent pour les besoins du calcul du test de ciseau tarifaire l'ensemble des éléments de coûts et revenus de tous les produits compris dans l'offre groupée ([REDACTED]).

³⁵ Voir les conclusions de l'avocat général Poiares Maduro présentées le 1er octobre 2009 dans l'affaire C-58/08, Vodafone, Telefónica, T-Mobile, Orange contre Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform, point 38: « *les contrôle de prix sont l'une des formes les plus intrusives d'intervention sur le marché et représentent une limitation particulièrement forte des droits de propriété et de la liberté de prendre des initiatives économiques. Le législateur ne saurait donc prendre à la légère la décision d'adopter de tels remèdes* ».

³⁶ Décision de la Commission du 25 février 2013, Commentaires pursuant to Article 7(3) of Directive 2002/21/EC concerning: Case BG/2013/1420: Market for access to the public telephone network at a fixed location for residential and non-residential customers in Bulgaria; Case BG/2013/1421: Market for publicly available national telephone services provided at a fixed location for residential and nonresidential customers in Bulgaria; Case BG/2013/1422: Market for publicly available international telephone services provided at a fixed location for residential and non-residential customers in Bulgaria, p. 6.

³⁷ Commission Decision concerning Case ES/2013/1432: Market for access to the public Telephone network at fixed location (market 1) in Spain – modification of remedies and Case ES/2013/1433: Wholesale broadband access market (market 5) in Spain – modification of remedies – Comments pursuant to Article 7(3) of Directive 2002/21/EC, p. 2.

■ L'approche agrégée, ou « portefeuille » correspond davantage à la promotion de l'efficacité économique puisqu'elle confère à l'opérateur concerné une plus grande flexibilité pour répartir ses coûts communs sur les différents produits de détail (qu'ils se basent sur des offres de gros régulées ou non)³⁸. Cette approche présente aussi l'avantage de la simplicité en ce qu'elle ne nécessite pas, de la part du régulateur

61. Le choix d'opter pour une approche « portefeuille » s'impose d'autant plus en présence d'une offre groupée. Deux approches sont en effet théoriquement possibles pour appliquer un test de ciseau tarifaire à une offre groupée :

i. Application de ■ en droit de la concurrence

63. Dans ses décisions *Telefónica*³⁹ et *Deutsche Telekom*⁴⁰ notamment, la Commission européenne a appliqué l'approche ■. Dans *Telefónica*, la Commission indique que l'approche « portefeuille » permet à l'opérateur dominant de conserver une

³⁸ Nous nous permettons d'attirer l'attention que les mesures tarifaires imposées par l'ILR doivent promouvoir l'efficacité économique, conformément à l'article 33(1) de la loi du 27 février 2011 sur les réseaux et services de Communications électroniques.

³⁹ Décision de la Commission du 4 juillet 2007, *Wanadoo España c. Telefónica*, COMP/38.784, J.O.U.E., 2 avril 2008, C 83, p.6.

⁴⁰ Décision de la Commission du 21 mai 2003, *Deutsche Telekom AG*, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, J.O.U.E., 14 octobre 2003, L 263, p. 9 (en particulier point 111).

flexibilité en termes de répartition des coûts tout en permettant à un opérateur alternatif désireux d'investir dans les offres groupées d'évaluer la rentabilité d'un tel investissement⁴¹. Dans sa Communication sur les pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, la Commission européenne indique aussi que l'approche agrégée doit être retenue lorsque les concurrents sont à même de concurrencer le groupe de produits⁴².

64. L'approche [REDACTED] Ainsi, l'Autorité de la concurrence française utilise l'approche agrégée lorsqu'il s'agit d'examiner une éventuelle compression des marges en présence d'une offre groupée, en raison des possibilités de subventions croisées: « Pour des raisons de précision, les calculs doivent parfois être menés sur des segments fins de marché ; néanmoins, lorsque l'équilibre économique des contrats permet des compensations entre les différents segments, le résultat du test doit être évalué au niveau agrégé, sur la base de l'ensemble de la clientèle de l'opérateur dominant »⁴³. De même, l'Ofcom a récemment appliqué, dans sa décision du 20 juin 2013 mettant en cause British Telecom, le test de compression des marges de manière agrégée et a conclu à l'absence de ciseau tarifaire⁴⁴.

[REDACTED]

⁴¹ Décision de la Commission du 4 juillet 2007, *Wanadoo España c. Telefónica*, précitée, point 388 : « In the case at hand, the margin squeeze test has been conducted on the basis of an aggregated approach, i.e. on the basis of the mix of services marketed by Telefónica on the relevant retail market. This approach (referred as to the "aggregated approach") is based on the principle that competitors must at least be able to profitably replicate Telefónica's product pattern. This is the approach most favourable to Telefónica, since it gives it maximal flexibility to spread the costs which are common to its retail products (provided that the margin squeeze test yields a positive result with the aggregated approach). The aggregated approach is consistent with a new entrant's internal decision making process in that it assesses the profitability of its investment in a network by considering the complete range of products that it is able to offer in the relevant downstream market ».

⁴² Communication de la Commission européenne – 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, précitée, §§59-61.

⁴³ Autorité de la concurrence, « Les pratiques de ciseau tarifaire », Rapport annuel 2008, pp. 152-154.

⁴⁴ Décision du 20 juin 2013 dans l'affaire CW/988/06/08 concernant une plainte de THUS plc et Gamma Telecom Ltd contre BT pour prétendu ciseau tarifaire en matière de téléphonie fixe : « notre principale préoccupation dans cette affaire est de savoir si le portefeuille de contrats d'appels de gros de BT est répliquable dans son intégralité par un opérateur aussi efficace (c'est-à-dire qu'il passe le test dénommé "test du produit global" »). (...) Le portefeuille restant de contrats (à savoir tous les contrats sauf le [Contrat 1]) pour la période examinée (...) semble être largement répliquable par les opérateurs aussi efficaces que BT » (paragraphe 7.240 et 7.277; traduction libre de : « our principal concern in this case is whether BT's portfolio of Wholesale Calls contracts as a whole is contestable by an equally efficient operator (i.e. that it passes the so-called "total product test"). (...) The remaining portfolio of contracts (i.e. all contracts excluding [Contract 1]) for the period under consideration (...) appears to be broadly contestable for operators who are as equally efficient as BT »).

65. Même dans une perspective d'analyse *ex ante*, l'approche [REDACTED] par les régulateurs européens. Ainsi, dans son rapport sur l'application du test de ciseau tarifaire aux offres groupées, le BEREC écrit que :

« Lorsqu'une offre groupée (pure ou mixte) inclut plusieurs produits régulés sur plusieurs marchés, les opérateurs alternatifs sont certainement en mesure de commercialiser l'ensemble des produits offerts dans le bundle. Dans ces circonstances, il doit être considéré comme suffisant de prendre en compte la marge résultant de l'ensemble des services inclus dans le bundle. De plus, l'opérateur PSM doit être en mesure de montrer qu'il peut recouvrer l'ensemble de ses coûts au niveau des marchés de détail après le lancement de son offre multi-produits. Cette approche présente l'avantage de simplifier l'analyse en raison du fait qu'aucune appréciation ne doit être effectuée quant à la façon dont l'opérateur répartit les coûts et revenus entre les différentes composantes du bundle.

Au cas où les concurrents ont déjà commercialisé des offres groupées en utilisant les mêmes services que ceux composant l'offre groupée de l'opérateur PSM (indépendamment de la question de savoir si ces composantes sont régulées ou non), un test agrégé est en mesure d'évaluer si ces concurrents ne sont pas victimes d'un prix ciseau »⁴⁵.

66. Dans son récent avis sur la Recommandation de la Commission sur la non-discrimination, le BEREC indique encore que le test de reproductibilité économique peut être appliqué [REDACTED]. Le BEREC précise à cet égard que si les conditions de concurrence sont telles que l'objectif de la régulation est de laisser à l'opérateur PSM une certaine flexibilité, alors un plus grand niveau d'agrégation est approprié⁴⁶.

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 distincts⁴⁷. Il en va de même du régulateur néerlandais OPTA, qui

⁴⁵ ERG (09) 07, *Report on the Discussion on the application of margin squeeze tests to bundles*, March 2009, p. 17. Traduction libre de: « *Where a bundle (pure or mixed) involves several regulated products from different markets, alternative operators would likely be able to market all the services in the bundle. Under these circumstances, it should be sufficient to consider the « joint » margin of all the included services in the bundle. Further, the SMP operator should be able to prove that full cost recovery at the individual market level would be maintained after introducing the bundle. This has the benefit of simplifying the analysis as no decisions need to be made about how to allocate revenues and costs among the bundle parts [...]*

In the case where competitors are already marketing bundles using the same components as the SMP operator (regardless of whether they are all regulated or not), then a « joint margin » test should suffice to check that those competitors are not being squeezed ». Le même document précise que le régulateur espagnol applique l'approche portefeuille lorsque les concurrents sont en mesure d'offrir les mêmes offres groupées que l'opérateur PSM (p. 10).

⁴⁶ BEREC Opinion on Commission draft Recommendation on non-discrimination and costing methodologies, 26 March 2013, BoR (13) 41, point 173, p. 33, note de bas de page 45.

⁴⁷ Bundesnetzagentur, Notes on margin squeezes as defined by section 28(2) para 2 TKG, 14 November 2007, p. 44 : « *The considerations presented here generally favour an analysis of individual rates, but also allow an*

envisage trois scénarios d'imputation des coûts et revenus en matière d'offres groupées. L'OPTA considère que l'approche agrégée doit être appliquée sur une offre groupée dont les composantes appartiennent au même marché, mais également en cas d'offre groupée pour laquelle la définition de marché est plus large que les seuls marchés couverts par les composantes de l'offre groupée. L'OPTA précise qu'une telle approche est justifiée en raison des efficacités engendrées par les offres groupées⁴⁸. En Belgique, l'IBPT remarque également que plusieurs niveaux d'agrégation du test de ciseau tarifaire sont envisageables, et considère que « *le choix du niveau d'application du test de ciseaux tarifaires doit s'effectuer en tenant compte des conditions particulière du cas étudié* »⁴⁹. En Irlande, le régulateur ComReg, après avoir dans un premier temps suivi une méthode d'imputation composante par composante, est revenu sur sa décision et suit maintenant l'approche « portefeuille ». ComReg explique ce choix en raison des nombreux gains d'efficacité qui résultent de l'application du test de ciseau tarifaire sur l'offre groupée dans son ensemble :

« As noted in ComReg 11/72a, from an economic perspective, there are efficiency gains that could be achieved through the portfolio assessment approach:

A welfare-maximising pricing structure of a multi-product firm with market power is one where common costs are recovered such that there is an inverse relationship between prices and elasticities of demand. This would suggest that, as long as the overall portfolio passes the net revenue test, the portfolio approach would be beneficial for consumer welfare.

As an entrant gains market shares, its decision-making process entails an assessment of the profitability of its investment across its entire product range offering in the market, which suggests that the portfolio test should be applied. There is evidence to suggest that the OAO's current offerings include comparable products and bundles with those sold by Eircom »⁵⁰.

68. Une approche par [REDACTED]

[REDACTED] dans la mesure où elle autorise l'ensemble des acteurs du marché à fixer leurs tarifs, au sein d'un portefeuille, de manière à satisfaire le plus grand nombre de clients possible. Dans une approche produit par produit, en revanche, l'opérateur PSM (contrairement aux opérateurs alternatifs) ne peut pas proposer une

(suite)

opening for combined rates if, on the one hand, the operationability of margin squeeze tests is not called into question and, on the other hand, the charges to be taken as a reference can also be offered by all efficient competitors in combination ».

⁴⁸ OPTA, Economic Policy Note, Bundling, The economic theory and a framework for regulatory ex-ante assessment, September 2004, p. 15.

⁴⁹ Décision du Conseil de l'IBPT du 11 juillet 2007 établissant des lignes directrices relatives à l'évaluation des effets de ciseaux tarifaires, point 41.

⁵⁰ ComReg Document 13/14, 8 February 2013, Price Regulation of Bundled Offers – Further specification of certain price control obligations in Market 1 and Market 4, p. 46.

segmentation tarifaire maximisant le bien-être collectif puisque ses produits sont soumis individuellement à des contraintes réglementaires.

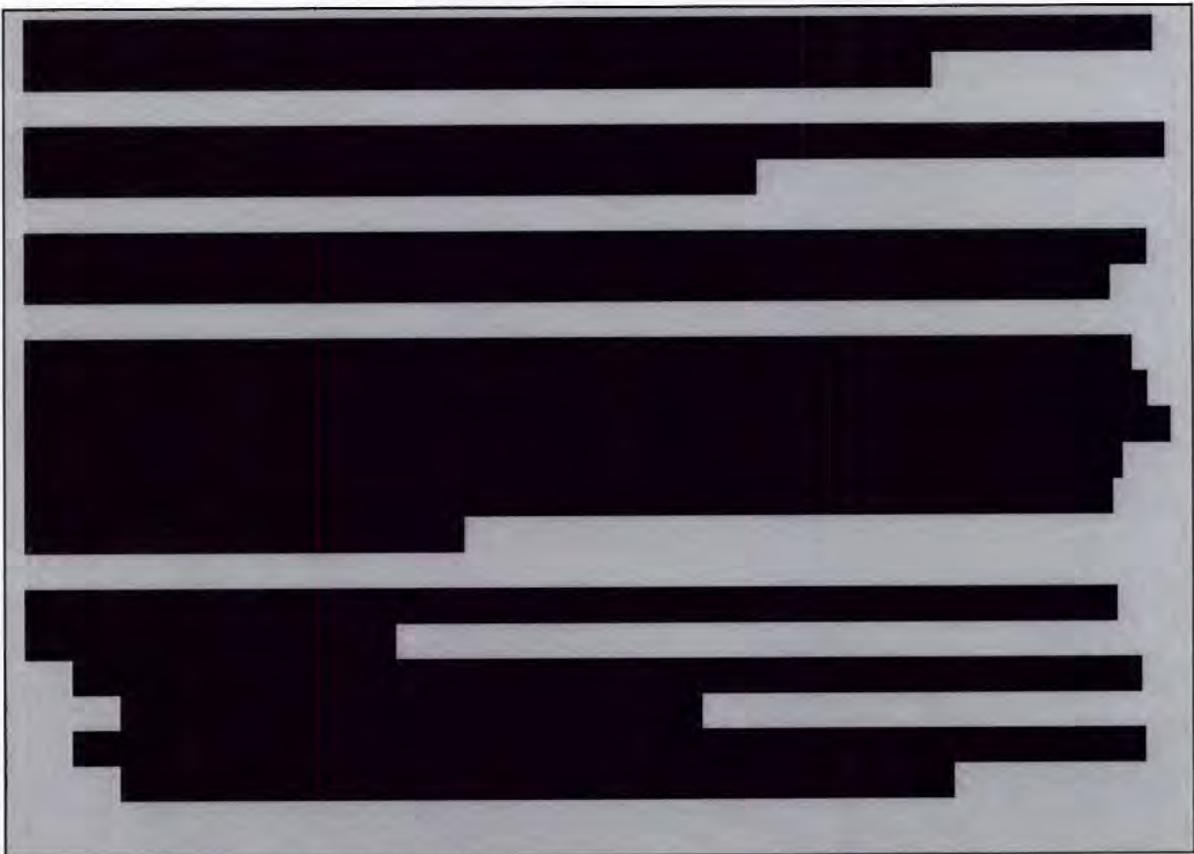
69. Enfin, conceptuellement, dans la mesure où l'objectif du ciseau tarifaire est d'assurer une équité concurrentielle entre opérateurs (ce qui conduit notamment

[REDACTED]

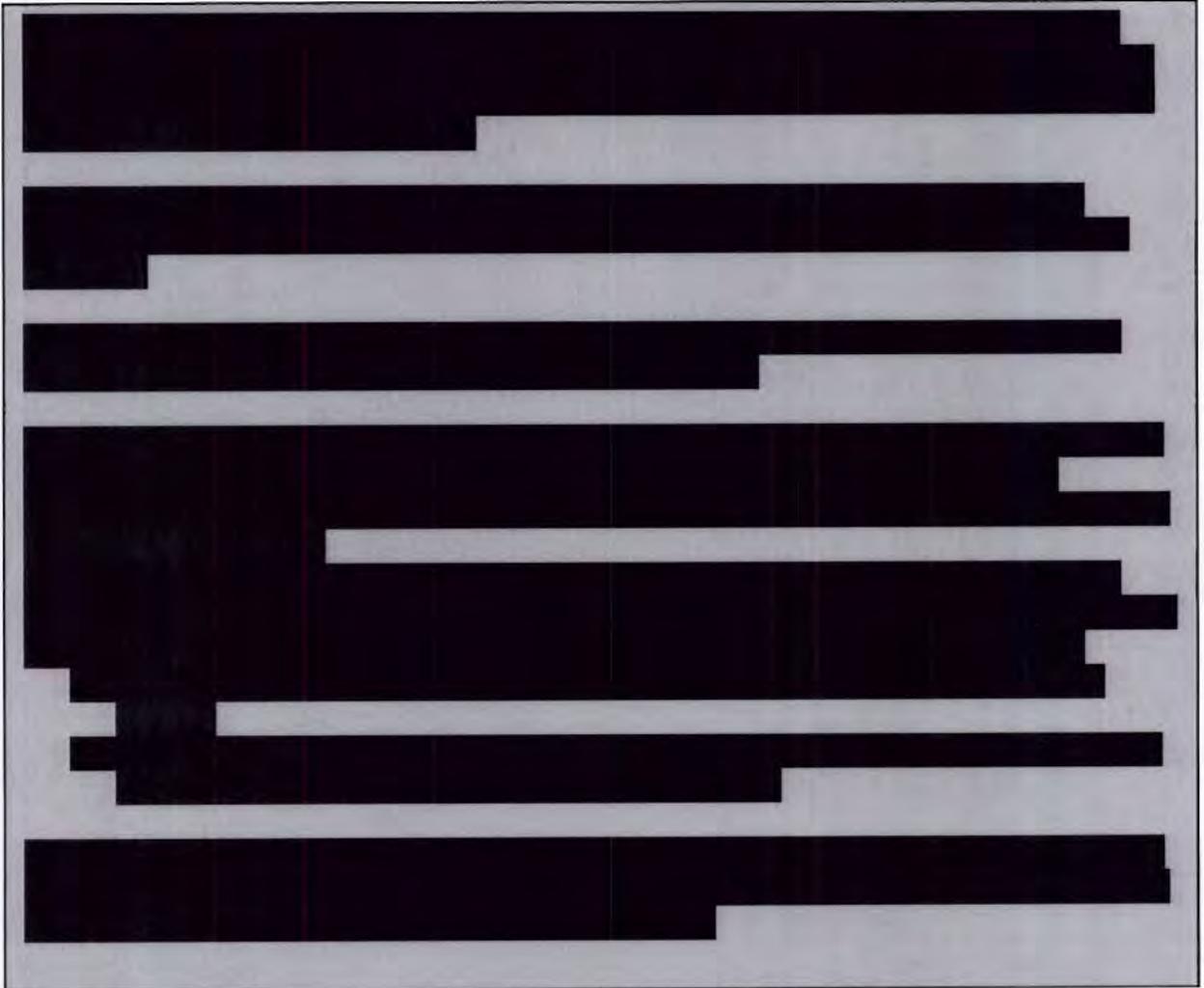
[REDACTED]. Si, par hypothèse dans le cadre d'une offre groupée, un opérateur concurrence l'EPT sur la base d'une offre groupée incluant une multiplicité de composantes, la seule option méthodologique possible est de comparer cette offre par rapport à une offre similaire de l'EPT intégrant les mêmes composantes. Dans la négative, toute comparaison serait biaisée.

iii. Application de l'approche portefeuille dans le Projet de Règlement et inclusion des produits régulés et non-régulés dans le test de ciseau ex-ante

[REDACTED] L'approche portefeuille est donc l'approche la plus appropriée. Cette méthode permet en effet de tenir compte des gains d'efficacité, comme le souligne notamment le régulateur irlandais. En effet, une approche produit par produit entraîne des effets négatifs pour le développement de la concurrence, comme le montre l'exemple chiffré ci-dessus, qui est un exemple classique de configuration du marché [REDACTED]



71. La nécessité d'adopter une approche par portefeuille semble également être reconnue par le Projet de Règlement puisqu'il préconise, lorsque l'essai de reproductibilité concerne une offre groupée, de calculer la marge commerciale à un niveau agrégé, à savoir sur l'ensemble des services de détail inclus dans cette offre, à condition que ceux-ci soient basés sur des produits de gros réglementés (article 6). Lorsqu'un service compris dans l'offre groupée ne se base pas sur une offre d'accès régulée, les revenus de celui-ci ne sont pas pris en compte pour le calcul de la marge tandis que l'éventuelle réduction accordée est répartie en tant que coût sur l'ensemble des revenus produits par les seuls produits régulés de l'offre (article 18 du Projet de Règlement). Une telle approche est également néfaste au développement de la concurrence :



Le caractère régulé des offres d'accès de gros

La seule approche raisonnable possible consisterait à estimer le coût incrémental du produit non régulé au sein de l'offre groupée. En effet, dans un marché concurrentiel, le prix du produit vendu séparément ou le prix de marché d'un produit non régulé incluent généralement un certain niveau de marge. Lorsque ce produit non régulé est proposé au sein d'une offre groupée, l'opérateur peut décider de diminuer, voire de supprimer ce niveau de profit relatif au produit non régulé dans le tarif global de l'offre packagée

73. Or, le seul critère pertinent pour inclure ou non une offre d'accès dans le test de ciseau tarifaire est celui de savoir si l'offre de détail considérée comme « produit phare » est techniquement répliquable, indépendamment de la question de savoir si l'offre d'accès de gros sur laquelle se base l'offre de détail est régulée ou non. En effet, la régulation des offres de gros a pour objectif d'en favoriser l'accès. Lorsque

les opérateurs alternatifs commercialisent effectivement des offres groupées au moyen d'un accès de gros offert sur base commerciale, la question de l'accès – et donc du caractère régulé de l'offre de gros – devient obsolète.

De même, dans une telle hypothèse, le risque de limiter la flexibilité commerciale des opérateurs alternatifs en les obligeant à utiliser un modèle commercial identique à celui de l'opérateur PSM (c'est-à-dire en les obligeant à commercialiser l'ensemble des services composant le bundle de l'opérateur PSM) ne se pose plus. C'est pourquoi l'ensemble des coûts et revenus produits par l'offre groupée elle-même, indépendamment du caractère régulé ou non des offres de gros, doit être considéré. C'est ce que confirme le BEREC : « *[i]n the case where competitors are already marketing bundles using the same components as the SMP operator (regardless of whether they all are regulated or not), then a "joint margin" test should suffice to check that those competitors are not being squeezed. This is, up to a point, the procedure chosen should be contingent on the business models chosen by the SMP competitors* »⁵¹.

74. D'ailleurs, lorsque les ANR appliquent de manière *ex ante* un test de ciseau tarifaire aux offres groupées, les produits non-régulés inclus dans ces offres sont systématiquement pris en compte dans le calcul de la marge. C'est par exemple le cas en Irlande⁵², en Allemagne⁵³, aux Pays-Bas⁵⁴ et en Espagne⁵⁵. Le régulateur

⁵¹ ERG (09) 07, *Report on the Discussion on the application of margin squeeze tests to bundles*, March 2009, p. 17. Le BEREC poursuit en précisant que « *Where the bundle involves services from different markets some of which are regulated and some of which are not unregulated and not available to competitors, then, revenue and cost information about the non-available services may need to be removed from the margin calculation to ensure that the "regulated products costs" are recovered. Focusing solely on the regulated product set can ensure that the regulated product costs are recovered and the SMP firm is abiding by the regulatory obligation concerning such parts.*

One insight from the previous paragraphs is that the type of test on bundles depends on the existing limits of competitors' business models. For example, in the case of triple play offers, if there is no possibility for rivals to offer a TV service, then the test should remove from the triple play margin, the margin for the TV service. However, if such a service was available to competitors, then a joint margin test would suffice. The above suggests therefore that a regulatory assessment of which retail services can be reasonably marketed by an efficient or reasonably efficient competitor is needed».

⁵² ComReg Document 13/14, 8 February 2013, *Price Regulation of Bundled Offers – Further specification of certain price control obligations in Market 1 and Market 4*, p. 70.

⁵³ L'article 28(2) paragraphe 3 de la loi du 22 avril 2004 sur les télécommunications, qui interdit le couplage pratiqué de manière objectivement déraisonnable s'applique aux offres groupées mixtes incluant des produits régulés et non régulés. Voy. Bundesnetzagentur, *Notes on margin squeezes as defined by section 28(2) para 2 TKG*, 14 November 2007, pp. 45-47: « *It is obvious here that no margin squeeze test in the narrower sense of section 28(2) para 2 TKG has to be applied to bundle offers that consist of regulated and non-regulated services, but that the reproductibility of corresponding package offers must be reviewed by efficient competitors, including the terms and conditions of the offer, according to section 28(2) para 3 TKG, i.e. particularly in view of pricing.*

[...]

Care must be taken, however, to ensure that regulation of the regulated product component is not underlined by bundling and market power is not transferred or consolidated. This can be done by making sure that the product bundle of the dominant company can be reproduced by efficient competitors as a whole. It is not necessary and also not reasonable to subject the non-regulated product components to regulation separately. The

allemand reconnaît même la possibilité d'appliquer le test du ciseau tarifaire sur plusieurs marchés. Les marchés à prendre en compte sont alors déterminés en fonction des différents *business models* identifiés⁵⁶.

[REDACTED]

Dans sa réponse à la demande d'avis relative à la définition d'une méthode *ex ante* pour la prévention de ciseaux tarifaires, le Conseil de la concurrence a vivement critiqué l'approche de l'ILR tendant à appliquer le test de reproductibilité économique aux seules offres régulées et à appliquer intégralement les remises accordées par l'offre groupée sur les seuls éléments régulés, méconnaissant ainsi l'approche « portefeuille ». Le Conseil de la concurrence souligne l'absence de toute rationalité économique qu'il y a d'exclure certains services de détail du test de ciseau tarifaire et préconise d'appliquer celui-ci à l'ensemble des produits offerts dans l'offre groupée, indépendamment du marché auquel il appartient et de leur caractère régulé ou non.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

(suite)

company should be responsible for the price calculation of the non-regulated components – including individual non-regulated components in the product bundle – and for unbundling any retail offers in terms of the non-regulated components as long as the prices can be reproduced as a whole”.

⁵⁴ Commission Decision concerning Case NL/2012/1407: Unbundled access to business fibre networks in the Netherlands and Commission Decision concerning Case NL/2012/1408: High-quality wholesale broadband access and leased lines in the Netherlands, 21 December 2012, pp. 6-7.

⁵⁵ Commission Decision concerning: Case ES/2013/1432: Market for access to the public telephone network at a fixed location (market 1) in Spain – modification of remedies and Case ES/2013/1433: Wholesale broadband access market (market 5) in Spain – modification of remedies, 15 April 2013, p. 3.

⁵⁶ Bundesnetzagentur, Notes on margin squeezes as defined by section 28(2) para 2 TKG, 14 November 2007, pp. 41-43.

77.

Elle y avait notamment précisé qu'en présence d'une offre groupée mixte où tous les opérateurs alternatifs sont en mesure de répliquer l'ensemble des services offerts, l'application d'une approche par composante pourrait révéler de manière incorrecte un effet de ciseau, alors que l'offre groupée n'est en réalité pas constitutive d'un amenuisement des marges. Un telle analyse augmente le risque d'erreurs de type II, c'est-à-dire d'interdire des comportements qui ne sont pas anticoncurrentiels et présente au contraire des gains d'efficacité pour les opérateurs et consommateurs, d'où l'importance de tenir compte de l'impact sur la concurrence effective d'un éventuel ciseau tarifaire lors du choix de la portée du test⁵⁸.

⁵⁷ Réponses et remarques du Conseil de la concurrence dans le cadre de la mise en consultation par l'ILR du document « Projet de la méthode ex-ante pour la prévention de ciseaux tarifaires », 28 août 2013, question 4. Traduction libre de :

« The application of the [margin squeeze] test to those offers or services that have the biggest impact on the market is certainly appropriate.

However, the council does not understand section 4.4. Applying a test to mixed bundles, which might include services that are not related to markets 4 and 5, while also restricting the test to markets 4 and 5 seems problematic.

We look at the biggest retail flagship product in Luxembourg : a mixed bundle (not a pure bundle) called « Integral » spanning fixed telephony, mobile telephony and broadband services. Would ILR apply the test only to services involving markets 4 and 5, i.e. broadband access, and, in some cases, fixed telephony ? Fixed telephony might be based on market 4, or on a Line Rental Offering.

This would mean that the test is applied to part of the flagship product only, but not to the whole product. Since this approach would not account for the possibility of cross-subsidies between the services in the bundle, a margin squeeze might be revealed for some services, but not for the bundle as a whole. This, to our knowledge, is not the standard approach among European regulators or competition authorities ».

⁵⁸ Conseil belge de la concurrence, avis du 7 avril 2007 relatif au projet de décision de l'IBPT établissant des lignes directrices relatives à l'évaluation des effets de ciseaux tarifaires, p. 11,

Une approche produit par produit en présence d'une offre groupée entièrement répliquable présente également le risque de gonfler artificiellement les coûts de l'opérateur PSM en appliquant des ristournes qui sont en réalité compensées par des revenus en provenance de produits non-régulés (voir *supra* [redacted], dans ses [redacted]

80. Les développements ci-dessus permettent de comprendre l'incohérence de l'utilisation du test de reproductibilité économique afin de valider les tarifs d'interconnexion de chaque offre de gros (nouvelle ou modifiée) prévue à l'article 8 a et b du Projet de Règlement. En effet, l'application du test dans cette hypothèse conduira nécessairement à ignorer la pertinence et le poids relatif du produit de gros pour la fourniture d'offres groupées prises dans leur ensemble.

(5). Rigidité du modèle préconisé [redacted]

81. Le modèle de ciseau tarifaire présenté par [redacted], en ce qu'il s'applique de manière large à chaque offre de détail qualifiée de produit phare et, pour chacun des produits phares identifiés, par rapport à chaque intrant de gros régulé permettant de produire ce produit phare, indépendamment du degré d'utilisation effective de l'offre de gros et donc de sa représentativité.

82. Ce renforcement de la régulation contraste avec l'approche suivie par les autres régulateurs européens qui, conformément au principe de proportionnalité, ont élaboré leur test de ciseau tarifaire de manière telle que leur portée est strictement limitée aux produits susceptibles de poser de véritables problèmes concurrentiels.

i. Tout effet de ciseau n'est pas nécessairement anticoncurrentiel

83. De l'aveu-même du régulateur sectoriel, tout effet de ciseau tarifaire n'est pas en soi anticoncurrentiel. Il existe en effet des hypothèses où la présence d'un ciseau tarifaire n'est pas susceptible de porter atteinte à la concurrence. Ainsi, [redacted]

⁵⁹ « Principles and methodology of the margin squeeze testing approach (economic replicability test) in Luxembourg », §4.4: « The ILR is aware that there may be competitive problems associated with products which are not flagship products. According to the definition proposed they are, however, not representative for the retail market and may not cause significant harm to competition ».

C'est notamment le cas lorsque la pratique d'amenuisement des marges est faible, soit parce que le niveau de celle-ci est insignifiant, soit parce que l'opérateur alternatif a la capacité de compenser cet amenuisement en répercutant les bénéfices réalisés pour d'autres services sur ceux soumis au ciseau tarifaire.

84. Le Conseil belge de la concurrence, dans son avis relatif aux lignes directrices relatives à l'évaluation des effets de ciseaux tarifaires de l'IBPT, avait ainsi exprimé de vives critiques à l'égard du modèle proposé par le régulateur, qui entendait appliquer le test de ciseau tarifaire sans analyser son impact sur le niveau de concurrence effective: « [p]résumer que toute offre tarifaire – niveau privilégié par l'Institut au point 38 de son projet – ou toute offre sur mesure qui ne pourrait être répliquée par les concurrents exerce un effet de réduction significative sur la concurrence effective sur le marché en aval augmente le risque d'erreur de type II, c'est-à-dire d'interdire des comportements qui ne sont pas anti-concurrentiels (« false negative »). Le risque d'erreur de type II est d'autant plus élevé que la démarche adoptée par l'IBPT ne requiert pas la pratique d'un prix d'éviction sur le marché en aval pour établir l'existence d'un effet de ciseau »⁶⁰.
85. Il convient dès lors, en présence d'un ciseau tarifaire, d'adopter une approche au cas par cas et d'évaluer, concrètement, l'impact concurrentiel de l'amenuisement des marges constaté avant de condamner les tarifs (de gros) de l'opérateur PSM.
86. A titre d'exemple, ComReg prévoit la possibilité que dans certains cas, les coûts pris en compte pour apprécier la matérialité d'un ciseau sur un service en particulier soient les coûts incrémentaux pour la fourniture de ce service en particulier. Il ne peut, en effet, être exclu qu'un opérateur dont tous les coûts fixes sont déjà couverts par d'autres services, décide de fournir un service supplémentaire en ne considérant que les coûts incrémentaux propres à la fourniture de ce service⁶¹. Une telle flexibilité n'est pas du tout prévue dans le cadre du Projet de Règlement.
- ii. L'application du test de ciseau tarifaire au niveau non seulement de chaque produit phare, mais aussi par rapport à chaque produit d'accès, ne confère pas à l'opérateur PSM la possibilité de répartir ses coûts sur l'ensemble de ses services

⁶⁰ Conseil belge de la concurrence, avis du 7 avril 2007 relatif au projet de décision de l'IBPT établissant des lignes directrices relatives à l'évaluation des effets de ciseaux tarifaires, pp. 10-11,

⁶¹ ComReg Document 13/14, 8 February 2013, Price Regulation of Bundled Offers – Further specification of certain price control obligations in Market 1 and Market 4, p. 49, §4.59. ComReg cite également d'autres hypothèses dans lesquelles une marge négative n'est pas reprehensible (par exemple, lorsque la marge est inférieure à 1%, lorsque la durée de vie du consommateur augmente, lorsque l'offre de détail est retirée du marché peu de temps plus tard, lorsque l'effet de ciseau résulte de la réaction de l'opérateur PSM à une offre de la part d'un concurrent,...).

87. Le Projet de Règlement applique le test de ciseau tarifaire par référence aux produits « phares », sans prendre en compte les éventuels revenus en provenance de produits de détail n'atteignant pas les seuils requis pour la qualification de « produit phare ». Ce faisant, l'opérateur PSM est systématiquement placé dans une situation concurrentielle difficile par rapport aux nouveaux entrants et à ses autres concurrents. En effet, ceux-ci sont en mesure d'élaborer leurs offres de détail en déterminant librement la répartition de leurs revenus. Les opérateurs alternatifs peuvent ainsi commercialiser des offres groupées intégrant la totalité de leurs revenus, alors que le modèle de ciseau tarifaire proposé par l'ILR se limite artificiellement aux revenus des produits phares, à l'exclusion des revenus engendrés par les autres produits.

88. Or, la prise en compte de produits [REDACTED] dans le périmètre du test de ciseau peut avoir une importance significative sur les résultats du test, en particulier lorsque ces produits génèrent des profits, comme l'illustre le tableau ci-dessous.

PRODUIT	PART DU CA	MARGE PRODUIT	DU	APPROCHE PORTEFEUILLE SUR LES PRODUITS PHARES	APPROCHE PORTEFEUILLE SUR TOUS LES PRODUITS
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]



89. De même, la segmentation du test à l'ensemble des produits d'accès régulés permettant de commercialiser un produit phare limite la flexibilité de l'opérateur PSM de décider de répercuter tel ou tel revenu de gros sur tel ou tel service de détail.

90. Cette rigidité du modèle qui segmente la répartition des coûts et revenus de l'opérateur PSM en fonction de l'identification de « produits phares » et,

subséquemment, entre les différents produits de gros permettant de produire ces « produits phares » est contraire à toute logique économique et revient à condamner un opérateur ayant développé un modèle de répartition de coûts efficace en l'empêchant de pratiquer des offres avec des tarifications innovatrices. A cet égard, le régulateur irlandais ComReg souligne qu'il est parfois opportun, d'un point de vue concurrentiel, qu'un opérateur PSM puisse, pour un service donné, pratiquer une politique de coûts marginaux, dès lors que le service en question s'ajoute à d'autres services⁶².

91. De plus, comme énoncé précédemment, il importe que les remèdes imposés par le régulateur soient conçus de manière telle qu'ils ne limitent pas le droit pour tout opérateur, même disposant d'une puissance de marché significative, de s'aligner sur les prix de ses concurrents. Or, en présence d'un modèle de ciseau tarifaire artificiellement limité aux revenus et coûts générés par les seuls produits phares, l'opérateur PSM n'est pas en mesure de répliquer les offres de ses concurrents qui sont basées sur des compensations entre groupes de produits.

iii. Nécessité d'appliquer une approche pondérée au regard de l'importance relative des différents produits d'accès

92. L'application du test de ciseau tarifaire au niveau de chaque produit de gros permettant de fournir un produit phare donné apparaît également trop rigide. Cette méthode ne prend pas en considération les réalités du marché et les différents *business models* qui y sont utilisés.

93. En effet, une même offre de détail peut généralement être offerte sur base de plusieurs offres d'accès. Le modèle de ciseau tarifaire préconisé par l'ILR impose de mener le test sur l'ensemble de ces offres d'accès, indépendamment de la manière dont ces offres de gros sont effectivement utilisées pour la fourniture des services en aval. Or, les tendances observées sur le marché indiquent que les opérateurs alternatifs ont généralement recours à un nombre restreint d'intrants de gros, de sorte que l'application du test de ciseau tarifaire à l'ensemble des offres de gros méconnaît les modèles commerciaux observés sur le marché.



⁶² *Ibidem.*

⁶³ *Wholesale Line Rental.*

[REDACTED]

95. [REDACTED]

Le constat de la présence d'un ciseau tarifaire sur de telles offres de gros ne devrait dès lors pas être considéré comme problématique.

96. A cet égard, le régulateur irlandais indique qu'il est plus approprié que le test de ciseau tarifaire *ex ante* soit mené par référence aux offres de gros effectivement utilisées par les opérateurs alternatifs⁶⁵. Dans le même ordre d'idées, le régulateur prend en compte les profils de consommation moyens pour déterminer la portée de son test de ciseau tarifaire⁶⁶. Enfin, la Commission européenne précise aussi que les ANR doivent pondérer leur application du ciseau tarifaire par référence aux seuls intrants de gros considérés comme pertinents⁶⁷.

[REDACTED]

⁶⁴ « Principles and methodology of the margin squeeze testing approach (economic replicability test) in Luxembourg », p. 12.

⁶⁵ ComReg Document 13/14, 8 February 2013, Price Regulation of Bundled Offers – Further specification of certain price control obligations in Market 1 and Market 4, p. 51, §4.64.

⁶⁶ Bundesnetzagentur, Notes on margin squeezes as defined by section 28(2) para 2 TKG, 14 November 2007, pp. 41: “[d]espite the associated forecast instabilities, it is still useful to estimate the average usage of the customer (group) addressed. For it must be generally assumed that, given the same rate structure, usage of (potential) customers of competitors does not differ substantially on average from the usage of customers of the established provider, meaning that the reproductibility of a specific rates measure is ensured by taking an average analysis as a basis. This means that the test, irrespective of any practical problems involved, mainly refers to expected usage characteristic of an average customers”.

⁶⁷ Recommandation de la Commission sur la non-discrimination, précitée, considérant 67.

98. [REDACTED] du modèle de ciseau tarifaire est inacceptable dès lors que l'un des principes fondamentaux de la régulation tarifaire est le principe de proportionnalité, étudié ci-dessous (aux points 122 et suivants).

D. ABSENCE DE LIENS AVEC LES PRINCIPES DE REGULATION TARIFAIRE

(1). Promotion de la concurrence (article 8 de la Directive cadre)

99. L'article 8 de la Directive cadre⁶⁸ assigne au régulateur l'impératif de promouvoir la concurrence lorsqu'il entend exercer les compétences offertes en vertu du cadre réglementaire et notamment lors de l'imposition de remèdes. Il est vrai que cet impératif de concurrence est l'un des objectifs de la régulation, parmi la pluralité d'objectifs assignés aux régulateurs nationaux par la réglementation communautaire. Il n'en constitue pas moins l'objectif principal puisqu'il fait l'objet de l'article 8 de la Directive intitulé « *Objectifs généraux et principes réglementaires* » et que c'est par rapport à l'objectif de promotion de la concurrence que les trois objectifs particuliers inscrits à l'article 8(2) sont libellés (protection des consommateurs, retrait des barrières à la concurrence et utilisation efficace du spectre). L'article 13(2) de la directive accès rappelle également, eu égard à la régulation des tarifs d'accès de gros, que les obligations de contrôle des prix et les méthodes de comptabilisation des coûts doivent « favoriser une concurrence durable ».

Le fait de placer l'objectif de promotion de la concurrence à l'article 8 de la Directive cadre (qui constitue la pièce matrice du cadre réglementaire applicable aux communications électroniques) n'est évidemment pas anodin. Ceci s'explique par la raison d'être de la réglementation sectorielle, qui est conçue comme un levier en l'absence de concurrence effective sur le marché et avec pour objectif d'assurer celle-ci. Comme le soulignait encore récemment

101. Or, le modèle de ciseau tarifaire préconisé par l'ILR aboutit à limiter la concurrence sur le marché de détail des services à large bande à double titre.

102. En premier lieu, tel que l'a précédemment expliqué

⁶⁸ Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de Communications électroniques.

⁶⁹ Avis du Conseil de la concurrence n° 2014-AV-03 précité, p. 16.

[REDACTED]
récupération des coûts également consacré par la jurisprudence de la Cour de justice) alors que la marge commerciale de ses concurrents s'accroît.

[REDACTED] En second lieu, la possibilité qu'un tiers puisse avoir accès au modèle de ciseau tarifaire conformément à l'article 10(2) et 11 du Projet de Règlement permettra aux concurrents de [REDACTED]

- D'une part, cette information est de nature à faciliter une coordination entre les différents opérateurs; interdite au titre de l'article 101 TFUE et de l'article 3 de la loi relative à la concurrence;

[REDACTED] D'autre part, l'opérateur nouvel entrant (ou un concurrent existant) pourrait être tenté de se lancer dans une politique de prix bas (voire prédateurs) alors que l'opérateur PSM dispose d'une capacité de riposte commerciale extrêmement réduite, voire inexistante. [REDACTED]

[REDACTED] Dans son document de référence sur les pratiques de ciseaux tarifaires, le régulateur allemand souligne que les opérateurs alternatifs sont maintenant en mesure de concurrencer sur un pied d'égalité l'opérateur historique et qu'en tant que filiales de grands groupes internationaux, ceux-ci ont accès à des capacités financières et des coûts d'achat pour les produits non-régulés comparables à celles de leur maison-mère⁷⁰. Le fait que les [REDACTED]

104. Partant, l'imposition du remède de ciseau tarifaire tel que proposé par le Projet de Règlement est susceptible de limiter la concurrence sur les marchés de détail de la large bande et contredit les principes du cadre réglementaire des communications électroniques.

⁷⁰ Bundesnetzagentur, Notes on margin squeezes as defined by section 28(2) para 2 TKG, 14 November 2007, pp. 16 et 17: "For almost 10 years after the total opening of the markets, it is very likely that the calculatory disadvantages for efficient undertakings have become more relative compared to the former monopolistic undertaking and should generally be compensated by the extensive implementation of efficiency potentials" et "In terms of return on external capital, it can be noted that competitors frequently have a comparable credit rating to the former monopolistic undertaking, which result in a similar interest rate on borrowed funds".

⁷¹ Dans sa décision du 26 mai 2009, le Conseil de la concurrence belge a souligné que les opérateurs alternatifs BASE et Mobistar « font partie de groupes internationaux et disposent de ce chef de ressources importantes, voire équivalentes » à l'opérateur historique Belgacom (Décision n°2009-P/K-10 du 26 mai 2009 dans l'affaire CONC-P/K-050065: BASE/BMB, point 159).

(2). Promotion de la concurrence par les infrastructures

105. La concurrence par les infrastructures est le modèle de concurrence actuellement privilégié par la Commission européenne conformément aux priorités retenues dans la stratégie Europe 2020. Le déploiement des infrastructures et l'encouragement des investissements y afférents se traduisent notamment dans le concept [REDACTED]

[REDACTED] La promotion de la concurrence par les infrastructures est également reprise dans les dispositions du cadre réglementaire national applicable aux communications électroniques, à l'article 33(2) de la loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques : « *L'Institut tient compte des investissements réalisés par l'entreprise concernée et lui permet une rémunération raisonnable du capital adéquat engagé, compte tenu des risques encourus* ».

[REDACTED] En l'occurrence, le modèle de ciseau tarifaire présenté [REDACTED]

[REDACTED] En premier lieu, dès lors que le test de ciseau tarifaire aboutit à une diminution supplémentaire des tarifs de gros (déjà orientés sur les coûts), le remède qu'entend [REDACTED] pour intégrer dans son tarif un élément de participation des opérateurs alternatifs au financement, au développement, et à la modernisation du réseau. Ce point est fondamental. C'est la raison pour laquelle la Recommandation de la Commission européenne sur la non-discrimination invite les ANR à ne pas réguler les tarifs de gros et à appliquer, à la place, un test de reproductibilité économique. C'est également l'une des raisons invoquées [REDACTED]

108. La nécessité de respecter la promotion de la concurrence par les infrastructures lors de l'élaboration du test de ciseau tarifaire a récemment fait l'objet d'une implémentation sans équivoque par la Commission européenne. [REDACTED]

⁷² [REDACTED]

⁷³ Arrêt de la Cour du 24 avril 2008, *Arcor*, aff. C-55/06, Rec., 2008, p. I-02931, point 69. Voir également les points 103 à 105.

[redacted] ont le grand inconvénient de ne pas envoyer de signaux « construire ou acheter » appropriés. De l'avis de la Commission, l'acquisition d'infrastructures de gros ou l'accès à haut débit à des prix bien inférieurs au coût du déploiement de ces infrastructures compromet la viabilité économique des investissements dans des infrastructures parallèles. La Commission craint que des tarifs d'accès très bas risquent de décourager l'opérateur PSM d'investir et d'innover efficacement dans des infrastructures nouvelles et renforcées. Les avantages à plus long terme pour les consommateurs proviendront probablement de services nouveaux et innovants fournis via des infrastructures d'accès de nouvelle génération (NGA) qui nécessitent toutefois une rentabilité suffisante sur le réseau historique ainsi que des prix stables et prévisibles»⁷⁴. La Commission a aussi, eu égard à la régulation des marchés 4 et 5 actuellement envisagée par le régulateur estonien (ECA), encore répété que des tarifs d'accès trop bas sont néfastes à l'investissement et à la concurrence par les infrastructures. La Commission a dès lors émis une recommandation en phase 2 à l'encontre de l'ECA⁷⁵.

En second lieu, l'application [redacted]

[redacted] [...] Le fait que les autorités réglementaires nationales imposent un octroi de l'accès aux infrastructures qui se traduit par une intensification de la concurrence à court terme ne devrait pas compromettre l'efficacité des mesures qui incitent les concurrents à investir dans des ressources de substitution, garanties d'une concurrence accrue à long terme [...]»⁷⁶. En l'espèce, la méthode préconisée par l'ILR favorise le *statu quo* et empêche l'opérateur PSM de promouvoir, par exemple, l'accès dégroupé qui se situe au-dessus de l'échelle des investissements par rapport à un accès CS/CPS, qui est une technologie du passé [redacted]

⁷⁴ Recommandation de la Commission du 22.11.2013 conformément à l'article 7 bis 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») dans les affaires AT/2013/1475-1476: marchés de la fourniture en gros d'accès à large bande et d'accès (physique) à l'infrastructure du réseau en Autriche, points 18 et 19.

⁷⁵ Commission recommendation of 14 October 2013 in accordance with Article 7a of Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic Communications networks and services ("Framework Directive") in Case EE/2013/1453: Wholesale (physical) network infrastructures access (including shared or fully unbundled access) at a fixed location in Estonia, and case EE/2013/1454: Wholesale broadband access market in Estonia.

⁷⁶ Voir Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive «accès»), J.O.C.E. du 24 avril 2002, L 108, pp.7-20, considérant 19.

[REDACTED]

(3). Violation du droit pour tout opérateur de fixer ses tarifs de gros à un niveau lui permettant de couvrir ses coûts

[REDACTED] L'article 1(7) du Projet de Règlement définit l'essai de reproductibilité économique comme l'« *exercice visant à déterminer si la marge entre le prix d'un produit de détail pertinent et le prix d'un ou de plusieurs produits 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* ».

[REDACTED]

i. Le ciseau tarifaire en tant qu'abus consacré en droit de la concurrence

[REDACTED]

⁷⁷ C'est ce que confirme l'ILR dans sa note explicative accompagnant le Projet de Règlement (p. 3): « *The terms « margin squeeze test » and « economic replicability test » are considered to be synonyms in the present context. The term « margin squeeze test » is commonly used by NRAs and competition authorities. In the recommendation on consistent non-discrimination obligations, the European Commission introduced the concept of « economic replicability test », which is, with regards to content, the same as a margin squeeze test. However, this new concept should differentiate the margin squeeze tests done by the NRAs from the ex post test carried out by the competition authorities* »

⁷⁸ Notons que la Commission ne s'est prononcée que récemment sur l'opportunité d'appliquer un test de reproductibilité économique, en tant que remède imposé en l'absence de régulation des offres de gros en matière de réseaux de nouvelle génération, dans sa recommandation du 11 septembre 2013 sur les obligations de non-discrimination et les méthodes de calcul des coûts cohérentes pour promouvoir la concurrence et encourager l'investissement dans le haut débit.

⁷⁹ Il y a quatre décisions de la Commission condamnant une entreprise en position dominante pour des prix ciseaux : Décision de la Commission du 29 octobre 1975, *National Carbonising*, J.O. du 10 février 1976, L 35, p.6; Décision de la Commission du 18 juillet 1988, *Napier Brown / British Sugar*, IV/30.178, J.O. du 19 octobre 1988, L 284 ; Décision de la Commission du 21 mai 2003, *Deutsche Telekom AG*, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, J.O. du 14 octobre 2003, L 263 ; Décision de la Commission du 4 juillet 2007, *Wanadoo España c/ Telefónica*, COMP/38.784, J.O. du 2 avril 2008, C 83.

⁸⁰ Le Tribunal a rendu trois arrêts sur les prix ciseaux. T.P.I.U.E., 30 novembre 2000, *Industrie des Poudres Sphériques*, T-5/97, Rec. p. II-3755; T.P.I.U.E., 10 avril 2008, *Deutsche Telekom c/ Commission*, T-271/03, Rec. p. II-477 ; et T.P.I.U.E., 29 mars 2012, *Telefónica SA et Telefónica de España c/ Commission*, T-336/07, non encore publié.

- 
- Dans l'arrêt TeliaSonera, la Cour de justice explique que le caractère abusif de la pratique de TeliaSonera dépend de ce qu'elle « comprime effectivement les marges des concurrents de [TeliaSonera] sur le marché de détail des prestations de connexion à haut débit aux clients finals [...] c'est la compression des marges qui, eu égard à l'effet d'éviction qu'elle est susceptible d'engendrer pour les concurrents au moins aussi efficaces que l'entreprise dominante, serait, en l'absence de toute justification objective, susceptible, en elle-même, de constituer un abus au sens de l'article 102 TFUE »⁸². La Cour précise également que « le caractère non équitable, au sens de l'article 102 TFUE, d'une telle pratique tarifaire étant lié à l'existence même de la compression des marges et non à son écart précis, il n'est nullement nécessaire d'établir que les prix de gros pour les prestations RNA intermédiaires aux opérateurs ou les prix de détail pour les prestations de connexion à haut débit aux clients finals sont en eux-mêmes abusifs en raison, selon le cas, de leur caractère excessif ou prédateur »⁸³.
 - Dans l'arrêt Deutsche Telekom, la Cour précise encore que c'est « non pas le niveau des prix de gros pour les services intermédiaires d'accès à la boucle locale, lesquels, ainsi qu'il a déjà été indiqué aux points 48 et 49 du présent arrêt, ne peuvent être mis en cause dans le cadre du présent pourvoi, ni celui des prix de détail pour les services d'accès aux abonnés, qui est contraire à l'article 82 CE, mais l'écart entre ceux-ci »⁸⁴. De plus, la Cour rejette l'argument de Deutsche Telekom soutenant qu'en raison de la régulation des offres de gros, la seule solution afin d'éviter l'abus de ciseau tarifaire serait d'augmenter les prix de détail⁸⁵ et conclut que « le niveau des

⁸¹ Il y a deux arrêts de la Cour sur les prix ciseaux : *Deutsche Telekom AG*, C- 280/08 P, Rec. P. I-09555 ; et C.J.U.E., 17 février 2011, *TeliaSonera*, C-52/09, Rec. P. I-00527

⁸² Points 30 et 31 (nous soulignons). L'Avocat Général Mazak, dans ses conclusions présentées le 2 septembre 2010 sous l'affaire *TeliaSonera* (C-52/09), explique également qu'il y a pratique de compression des marges « lorsqu'une entreprise dominante sur le marché en amont est également présente sur le marché en aval et qu'elle applique à ces marchés des prix tels que la différence entre les prix sur le marché en aval et les prix sur le marché en amont ne suffit pas pour couvrir les coûts marginaux supportés par l'entreprise dominante pour fournir les produits sur le marché en aval » (point 10).

⁸³ Point 34 (nous soulignons).

⁸⁴ Point 159 (nous soulignons).

⁸⁵ Point 166. L'avocat général Mazak, dans ses conclusions du 22 avril 2010 sous l'affaire *Deutsche Telekom* (C-280/08) précise d'ailleurs que « la question n'était pas, en effet, que ses tarifs [de Deutsche Telekom] pour les prestations intermédiaires étaient trop élevés, mais plutôt que ses tarifs de détail étaient trop bas, si bien que l'écart entre ceux-ci et les tarifs de prestation intermédiaires – et par conséquent, les marges des concurrents – était soit négatif, soit insuffisant, selon la période concernée » (point 49).

prix de gros pour les services intermédiaires d'accès à la boucle locale est, en lui-même, sans pertinence pour mettre en cause le bien-fondé des constatations opérées par le Tribunal »⁸⁶.

- Enfin, dans l'arrêt *Telefónica*, le Tribunal énonce que « la compression des marges résulte de l'écart entre les prix pour les prestations de gros et ceux pour les prestations de détail et non du niveau de ces prix en tant que tels. En particulier, cette compression peut résulter non seulement d'un prix anormalement bas sur le marché de détail, mais également d'un prix anormalement élevé sur le marché de gros »⁸⁷.

112. Il ressort de la jurisprudence susmentionnée que trois principes fondamentaux caractérisent un ciseau tarifaire. En premier lieu, l'abus de ciseau tarifaire est une forme d'abus « autonome », distincte de l'abus de prix excessif ou de prix prédateur. En effet et en second lieu, ce n'est pas le niveau des prix en amont ou en aval en tant que tel qui importe, mais bien l'ampleur de la marge formée par l'écart entre ces prix. Il s'agit de comparer les prix de détail avec les prix de gros et de voir si l'espace économique laissé aux opérateurs alternatifs pour offrir un même service de détail sur la base des offres de gros est suffisant. Enfin, en raison-même de la nature de l'abus de ciseau tarifaire qui consiste à apprécier la marge entre les tarifs en amont et les tarifs en aval, il est indifférent, afin de remédier à une compression des marges, d'agir sur le niveau des prix de gros (en les diminuant) ou sur les tarifs de détail (en les augmentant). Ainsi, la troisième caractéristique fondamentale de l'abus de ciseau tarifaire est que la jurisprudence ne préjuge pas de la composante tarifaire (amont ou aval) à modifier pour remédier à une compression des marges. Ce choix relève de la liberté commerciale de l'opérateur en cause. Pour rappel, dans l'affaire *Deutsche Telekom*, c'est justement parce que Deutsche Telekom n'a pas utilisé la marge de manœuvre qui lui était laissée pour augmenter ses tarifs de détail nonobstant la régulation contraignante des offres de gros, que la Commission, le Tribunal et à la Cour ont conclu à l'existence de ciseaux tarifaires.

ii. Nécessité de permettre à l'opérateur PSM de recouvrir ses coûts.

113. L'article 28 du Projet de Règlement prévoit la modification à la baisse des tarifs de gros en cas de test de ciseau tarifaire positif. Ce faisant, la rédaction actuelle du Projet de Règlement, en ce qu'elle ne permet pas à l'opérateur PSM de répondre au constat d'un amenuisement des marges par une augmentation de ses tarifs de détail, présente le risque d'obliger celui-ci à pratiquer des tarifs de gros inférieurs à ses coûts, ce qui ne peut être admis.

114. En effet, même si les ARN disposent d'un pouvoir étendu pour réguler les tarifs de gros des opérateurs PSM, ce pouvoir ne va pas jusqu'à obliger ceux-ci à proposer

⁸⁶ Point 168.

⁸⁷ Point 187 (nous soulignons).

des offres d'accès qui ne leur permettent pas de recouvrir leurs coûts. Ce principe est reconnu à la fois par la réglementation sectorielle et par le droit de la concurrence.

❖ *Consécration du droit pour un opérateur PSM de recouvrir ses coûts sous l'empire de la réglementation sectorielle*

115. La directive cadre énonce, dans son article 13(1) relatif aux obligations de contrôle des prix et d'orientation sur les coûts, que les remèdes imposés à cet égard doivent « tenir compte des investissements réalisés par l'opérateur et lui permettre une rémunération raisonnable du capital adéquat engagé, compte tenu des risques encourus ».

116. Cette règle de base obligeant le régulateur à veiller, lors de la fixation des tarifs de gros, à permettre à l'opérateur PSM de recouvrir au minimum ses coûts, a été entérinée par la Cour de justice et est fréquemment rappelée par la Commission européenne.

117. Il résulte en effet d'une jurisprudence constante que la réglementation tarifaire imposée à un opérateur dominant doit à tout le moins lui permettre couvrir ses coûts. Dans l'arrêt *Arcor*, la Cour de justice a ainsi jugé que « [...] les règles de tarification doivent permettre au fournisseur de la boucle locale [...] de pouvoir couvrir les coûts y afférents déjà supportés »⁸⁸. La Cour précise même qu'en sus de ces coûts, le prix de gros pratiqué par l'opérateur PSM doit également permettre de couvrir une « rémunération raisonnable afin d'assurer le développement à long terme et la modernisation de l'infrastructure locale d'accès »⁸⁹ (voir ci-dessus).

118. Il résulte donc de l'arrêt *Arcor* de la Cour de justice que le principe d'orientation sur les coûts, et *a fortiori* un remède de ciseau tarifaire, doit à tout le moins permettre à un opérateur PSM de retirer de la fixation de ses tarifs d'accès une rémunération raisonnable lui permettant de couvrir ses propres coûts.

119. La Commission européenne rappelle, dans sa Recommandation sur la non-discrimination, l'importance qu'il y a de s'assurer que les remèdes imposés par les ARN conformément au cadre réglementaire sectoriel applicable aux communications électroniques permettent à l'opérateur PSM de recouvrir ses coûts : « *Cost recovery is a key principle in a costing methodology. It ensures that operators can cover costs that are efficiently incurred and receive an appropriate return on invested capital* »⁹⁰.

⁸⁸ Arrêt de la Cour du 24 avril 2008, *Arcor*, aff. C-55/06, Rec., 2008, p. I-02931, point 65.

⁸⁹ *Ibidem*, point 67.

⁹⁰ Considérant 26 de la Recommandation de la Commission du 11 septembre 2013 on consistent non-discrimination obligations and costing methodologies to promote competition and enhance the broadband investment environment (C(2013) 5761 final).

120. Dans l'affaire autrichienne, la Commission a examiné la possibilité pour Telekom Austria de récupérer ses coûts suite à l'application du test de ciseau tarifaire envisagé par la TKK. Elle souligne que « *un calcul de l'effet de ciseau tarifaire basé sur les réseaux mobiles aboutira, dans le contexte autrichien, à un prix d'accès du dégroupage de la boucle locale qui ne couvre pas les coûts d'un réseau NGA moderne et efficace, où tous les actifs reproductibles sont évalués au coût du remplacement. A cet égard, la Commission maintient que la réglementation des prix proposée pour les marchés 4 et 5, qui ne permettrait pas à l'opérateur PSM de générer une rémunération suffisante pour pouvoir remplacer ses actifs, ne serait pas conforme à l'article 13, paragraphe 1 de la directive « accès », qui enjoint aux ARN de tenir compte des investissements réalisés par l'opérateur et de lui permettre de générer une rémunération raisonnable du capital adéquat engagé* »⁹¹. Pour rappel, la Commission a bloqué le projet de mesures notifié par le régulateur autrichien, qui doit le retirer ou le modifier en tenant compte des recommandations de la Commission.

❖ **Confirmation en droit de la concurrence**

121. Le droit pour tout opérateur de pratiquer des tarifs qui lui permettent au minimum de couvrir ses coûts est également reconnu en matière d'abus de ciseau tarifaire. Ainsi, dans son premier arrêt relatif à une pratique d'amenuisement des marges, le Tribunal a rejeté les allégations de la requérante et souligné qu'« *à défaut pour PEM soit de pratiquer des prix abusifs pour la matière première, à savoir le calcium-métal primaire à basse teneur en oxygène, soit de pratiquer des prix prédateurs pour le produit dérivé, à savoir le calcium-métal divisé, le fait que la requérante ne puisse pas, vraisemblablement du fait de ses coûts de transformation plus élevés, rester concurrentielle dans la vente du produit dérivé ne saurait justifier la qualification des pratiques de prix de PEM d'abusives. À cet égard, il convient de souligner qu'un producteur, même en position dominante, n'est pas obligé de vendre ses produits au-dessous de ses coûts de production* »⁹².

(4). Absence de prise en considération du principe de proportionnalité.

❖ **Les remèdes imposés par les ARN doivent se limiter au strict nécessaire et former un tout cohérent**

122. 

⁹¹ Recommandation de la Commission du 22.11.2013 conformément à l'article 7 bis 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») dans les affaires AT/2013/1475-1476: marchés de la fourniture en gros d'accès à large bande et d'accès (physique) à l'infrastructure du réseau en Autriche, points 47 et 48.

⁹² Arrêt du Tribunal du 30 novembre 2000, *Industrie des Poudres sphériques*, aff. T-5/97, Rec., 2000, p. II-03755, point 179.

[REDACTED] la pléthore de mesures que l'ILR entend actuellement imposer à titre de remèdes sur les marchés 4 et 5 avec le principe de proportionnalité⁹⁴.

123. Le respect du principe de proportionnalité signifie que le remède visé doit être adéquat pour atteindre l'objectif poursuivi et doit de plus être limité au strict nécessaire pour la réalisation de cet objectif. Par conséquent, les ARN doivent également s'assurer de la cohérence générale de la réglementation et vérifier que les nouveaux remèdes qu'elles entendent imposer soient compatibles avec ceux déjà en vigueur. Même les opérateurs alternatifs attirent l'attention de l'ILR sur « l'importance de coordonner tous les remèdes de l'ILR et de veiller à leur compatibilité technique et juridique »⁹⁵.

124. Par ailleurs, l'EPT remarque que l'application d'un test de reproductibilité économique ne fait pas partie de la liste des remèdes des directives « accès » et « service universel » mais constitue au contraire une alternative à l'obligation d'orientation sur les coûts envisagée par la Commission dans sa Recommandation sur la non-discrimination.

Un test de ciseau tarifaire protégé par [REDACTED]

⁹³ Voir notamment le considérant 15 de la Directive Accès (Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, *J.O.C.E.* du 24 avril 2002, L108, pp.7-20): « *Le fait d'imposer une obligation spécifique à une entreprise puissante sur le marché ne requiert pas une analyse additionnelle du marché, mais une preuve que l'obligation en question est appropriée et proportionnée par rapport à la nature du problème en cause* ». Voir également l'article 8(4) de la Directive Accès: « *Les obligations imposées conformément au présent article sont fondées sur la nature du problème constaté, proportionnées et justifiées au regard des objectifs énoncés à l'article 8 de la directive 2002/21/CE (directive «cadre»)* ». Voir aussi les considérants 9 et 14 de la Recommandation de la Commission du 11 septembre 2013 on consistent non-discrimination obligations and costing methodologies to promote competition and enhance the broadband investment environment (C(2013) 5761 final).

⁹⁴ Avis n°2014-AV-03 précité, p. 8.

⁹⁵ Réponse de [REDACTED] à la Consultation publique sur la future méthodologie de prévention de ciseau tarifaire sur le marché large bande clôturée le 2 août 2013.

⁹⁶ A cet égard, le Discussion Paper de la Commission sur l'Article 82 prévoyait, en matière de prédation (mais la logique demeure la même en matière de prix ciseau) que « *the concern is to prevent exclusionary conduct of the dominant firm which is likely to limit the remaining competitive constraints on the dominant company, including entry of newcomers, so as to avoid that consumers are harmed. This means that it is competition, and not competitors as such, that is to be protected* » (p. 29).

❖ *Durcissement excessif de la réglementation des tarifs d'accès de gros*

126. Le test de reproductibilité économique vise à pallier au fait que, selon l'ILR, les tarifs de gros [redacted] est déjà soumise à l'obligation d'orientation sur les coûts et que la nouvelle réglementation des [redacted] notamment suite à la mise en place d'un modèle de coûts, renforce encore le contrôle tarifaire exercé sur l'EPT.

127. Le contrôle des prix est l'une des formes les plus intrusives de réglementation. Comme souligné par l'avocat général Poiares Maduro dans l'affaire Vodafone, « *les contrôle de prix sont l'une des formes les plus intrusives d'intervention sur le marché et représentent une limitation particulièrement forte des droits de propriété et de la liberté de prendre des initiatives économiques. Le législateur ne saurait donc prendre à la légère la décision d'adopter de tels remèdes* »⁹⁹. L'ILR doit donc être particulièrement vigilant lorsqu'il impose des mesures tarifaires, *a fortiori* lorsqu'il entend imposer un test de ciseau durcissant la régulation déjà en place.

- [redacted]
- [redacted]
- (i) La Commission européenne souligne, en ce qui concerne spécifiquement le remède de reproductibilité économique, que:

⁹⁷ Avis n°2014-AV-03 précité, pp. 15-16.

⁹⁸ « *Principles and methodology of the margin squeeze testing approach (economic replicability test) in Luxembourg* », §2.2.

⁹⁹ Conclusions de M. Poiares Maduro présentées le 1er octobre 2009 dans l'affaire C-58/08, Vodafone, Telefónica, T-Mobile, Orange contre Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform, point 38.

¹⁰⁰ Voir *supra*, le point 49.

« Where an NRA considers that competitive and regulatory conditions are such that the SMP operator is sufficiently constrained in its price setting, the NRA may refrain, in application of the Regulatory framework, from imposing price regulation. The implementation of functional or voluntary separation in accordance with Articles 13a or 13b of Directive 19/2002/EC (Access Directive) respectively should be duly taken into account in the assessment of the appropriateness of not imposing price regulation on next generation network »¹⁰¹.

De même, au point 36 de la Recommandation NGA, la Commission précise que: «NRAs should analyse whether an obligation of cost orientation on mandated wholesale broadband access is necessary to achieve effective competition in case functional separation or other forms of separation have proved effectively to guarantee equivalence of access. In the absence of cost orientation, NRAs should monitor the SMP operator's pricing behaviour by applying a properly specified margin-squeeze test ».

- (ii)

Et pour cause : le test de ciseau tarifaire porte sur l'espace économique laissé entre les tarifs amont et aval, alors qu'une obligation d'orientation sur les coûts vise directement à diminuer les tarifs amont. Ainsi, il est possible que les tarifs des offres d'accès de gros soient élevés (voire excessifs), même en l'absence de tout risque de ciseau tarifaire, ce que la Commission a déjà souligné¹⁰³.

(iii) En ce qui concerne le marché 5

129. L'application simultanée d'un test de ciseau tarifaire avec l'obligation d'orientation sur les coûts sur le marché 4 aboutit donc à une régulation excessive et à l'imposition de remèdes incompatibles entre eux, en contradiction avec le principe de proportionnalité. Ce caractère disproportionné est d'autant plus évident que le test de ciseau tarifaire fait double emploi avec l'obligation de non-discrimination et la séparation fonctionnelle mise en place par l'EPT.

❖ ***Le ciseau tarifaire fait double emploi avec les remèdes déjà en place***

¹⁰¹ Considérant 68 de la Recommandation sur la non-discrimination.

¹⁰²

¹⁰³ Voir, par exemple, Commission decision concerning Case CZ/2012/1322: Wholesale Broadband access in the Czech Republic – Opening of Phase II investigation pursuant to Article 7 and pursuant to Article 7a of Directive 2002/21/EC as amended by Directive 2009/140/EC (« in certain circumstances excessive prices can be charged even in the absence of a risk of margin squeeze », p. 13).

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 19. Voir également *supra*, au point 47.

130. L'imposition d'un test de reproductibilité économique fait double emploi avec la séparation fonctionnelle entre les activités de détail et les activités de gros de l'EPT, qui constitue déjà un remède visant à éliminer tout risque de ciseau tarifaire¹⁰⁵.

[REDACTED]

[REDACTED] Dans son avis 2014-AV-03 précité, le [REDACTED]

❖ *Application simultanée du droit de la concurrence*

133. Une ARN ne peut imposer des remèdes en vertu de prérogatives qui lui sont conférées par la réglementation communautaire que dans la mesure où l'application du droit de la concurrence apparaît insuffisante. Partant, lorsque des mesures prises en vertu du droit de la concurrence sont susceptibles de remédier aux problèmes identifiés, aucun remède ne peut être imposé. Ceci vaut *a fortiori* lorsque le remède préconisé constitue une forme d'abus autonome en droit de la concurrence, comme c'est le cas en matière de ciseau tarifaire. Ainsi, la Commission a souligné « *the importance of measures taken under competition law to avoid restrictions of competition at retail level. In this respect, the Commission takes note that the Slovenian Competition Protection Office has initiated proceedings concerning the Slovenian retail mobile market* »¹⁰⁷.

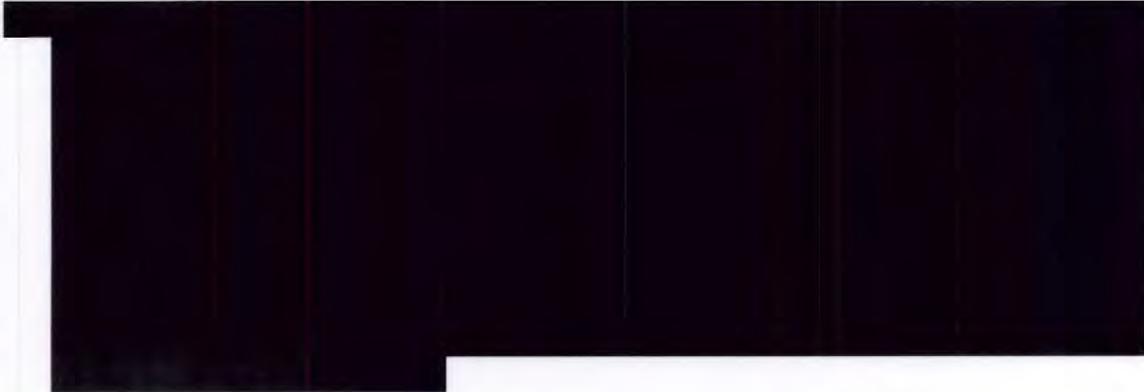
[REDACTED]

¹⁰⁵ Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications, J.O.C.E. du 22 août 1998, C-265, pp.2-28, § 117.

¹⁰⁶ [REDACTED]

¹⁰⁷ SG Greffe (2005) D/204664, Case SI/2005/0230: access and call origination on public mobile Telephone networks in Slovenia, Comments pursuant to Article 7(3) of Directive 2002/21/EC, p. 4.

❖ *Conclusion*



Incohérence du Projet de Règlement avec la réglementation

136. La méthode préconisée par l'ILR s'inscrit en contradiction avec la logique de la réglementation relative aux [redacted] et avec l'approche que l'ILR entend suivre pour la nouvelle réglementation du marché 5.



138. La Commission a émis de vives critiques à l'égard d'une telle approche. Dans une procédure en phase 2 mettant en cause le régulateur italien, la Commission insiste sur l'importance pour les ARN de suivre une approche cohérente pour l'ensemble des

¹⁰⁸ Voir *supra*, points 51 et suivants et points 110 et suivants.

¹⁰⁹ Voir *supra*, le point 97.

marchés et sur le fait que les ARN ne peuvent modifier la réglementation en vigueur de manière arbitraire¹¹⁰: « *While the Commission recognised that NRAs have a margin of discretion in updating and modifying the price control remedy to regulate access rates, the Serious doubts letter underlines that any methodology has to be duly justified in order to show that it fully complies with the policy objectives and regulatory principles of the Regulatory framework. Against that background, the Commission was greatly concerned about the arbitrariness in AGCOM's approach for setting prices in markets 4 and 5, in particular with respect to AGCOM's departure from its course of action initially envisaged. Such approach raised, in the Commission's view, serious doubts as to the compatibility with EU law* »¹¹¹.



¹¹⁰ Il y va en effet du principe de sécurité juridique.

¹¹¹ Commission recommendation of 11 December 2013, in accordance with Article 7a of Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic Communications networks and services (“Framework Directive”) in Cases IT/2013/1489-1490: Details of the price control obligation in the markets for wholesale (physical) network infrastructure access (including shared or fully unbundled access) at a fixed location and Wholesale broadband access in Italy, §§16-17, p. 5.

¹¹² Recommandation de la Commission du 22.11.2013 conformément à l'article 7 bis 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») dans les affaires AT/2013/1475-1476: marchés de la fourniture en gros d'accès à large bande et d'accès (physique) à l'infrastructure du réseau en Autriche, point 22.

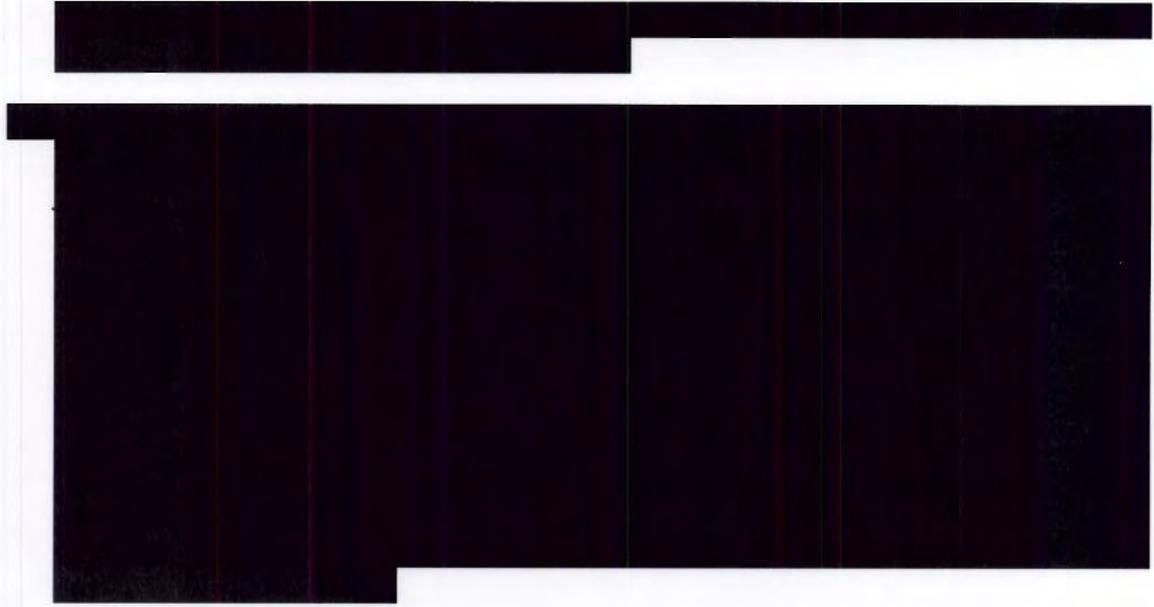
E. ASPECTS PROCEDURAUX

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]



¹¹³ Avis n°2014-AV-03, p. 8 et p. 20.



**COMMENTAIRES DE L'OPAL DANS LE CADRE DE LA
CONSULTATION DE L'ILR PORTANT
« LES CONDITIONS D'APPLICATION ET DE MISE EN ŒUVRE DE
L'ESSAI DE REPRODUCTIBILITÉ ÉCONOMIQUE »**

05-mai-2014

Commentaires généraux

L'OPAL avait déjà fourni la grande majorité de ses commentaires dans ce contexte dans son avis du 2 août 2013. A ce moment-là, l'OPAL avait du mal à se prononcer de manière définitive car, en effet, les informations fournies à ce stade ne nous permettaient pas d'apprécier le projet dans son ensemble.

Nous constatons avec satisfaction que l'ILR a apporté un certain nombre de réponses à nos interrogations. Néanmoins, il subsiste selon nous, certains points qui méritent encore certains éclaircissements.

De manière générale, l'OPAL tient à souligner qu'elle ne s'oppose pas aux principes proposés par l'ILR dans le cadre de l'essai de reproductibilité économique mais nous tenons cependant à souligner l'importance de certains éléments dans la proposition de l'ILR :

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

Nous souhaiterions savoir le moment à partir duquel un nouveau produit de détail sera soumis à un essai de reproductibilité économique. En effet, considérant le faible revenu généré dans une première phase par un nouveau produit, ce dernier ne sera jamais déclaré produit phare au moment de son lancement. Même après une année, il est possible que ce produit ne remplisse pas encore les critères pour être catégorisé « produit phare ». Cependant, il pourrait avoir un effet considérable sur le marché en termes d'avance sur innovation, de risque de re-monopolisation, etc... Quels sont les mécanismes prévus pour un tel scénario ? **Elargissement du champ d'application du test de reproductibilité économique**

Art. 7. « L'institut peut, dans des circonstances qu'il juge exceptionnelles ... »

Nous référant à notre commentaire émis sous le point 1, l'OPAL souhaiterait confirmer que le seul moyen pour l'ILR d'intervenir sur des produits qui ne sont pas encore déclarés phares se ferait par le biais de l'article 7. Si c'est effectivement le cas, l'OPAL estime que la formulation utilisée par l'ILR est trop restrictive et risque de limiter l'Institut dans sa mission. Ainsi, l'OPAL propose à l'ILR de reformuler ce paragraphe en enlevant l'expression « dans des circonstances qu'il juge exceptionnelles » afin de se munir d'une certaine flexibilité d'appréciation des cas ainsi que du moment où l'ILR le juge nécessaire et de sa propre initiative. Dans ce même contexte, nous notons que l'ILR ne prévoit aucune possibilité pour un opérateur alternatif de demander un test de reproductibilité économique.

2. Offre groupée

Art. 6. : « seuls les produits de détail basés sur des produits de gros réglementés... sont à considérer ».

Dans ce contexte l'OPAL tient à souligner l'importance de vérifier et d'éliminer d'éventuelles « cross-subsidies » entre des produits régulés et non-régulés qui risquent de fausser le test de reproductibilité.

3. Durée de vie client - Art. 15.

L'OPAL tient à souligner que la durée de vie d'un client peut considérablement varier d'un opérateur à l'autre. L'OPAL demande à l'ILR d'inclure ce paramètre dans ses calculs de vérification.

5. Détermination du prix d'un produit non-réglementé dans une offre groupée

Art. 18. b : « ...les prix de ces produits sont déterminés en fonction du prix de marché ».

L'OPAL souhaite s'assurer que l'ILR ne se limite pas au « prix de marché » **luxembourgeois**. En effet, il est possible qu'un tel produit ne soit pas du tout commercialisé par un autre opérateur et qu'il faille dans ce cas précis, s'inspirer des prix pratiqués sur d'autres marchés.

6. Absence de délais

L'OPAL réitère son commentaire générique émis lors de la consultation relative aux analyses des marchés 4 et 5/2007. Le document en consultation fait abstraction de toute définition claire quant aux délais des différentes étapes et procédures. Le test de reproductibilité économique n'est en effet qu'une étape dans le processus de régulation.

L'OPAL suggère à l'ILR de publier, sous forme synthétique, un document qui décrit en détail les différents processus de la régulation, les corrélations entre les différents règlements, les délais pour chaque étape ainsi que les sanctions dissuasives prévues en cas de non-respect.

Par ailleurs, la mise en œuvre appropriée de ce test de reproductibilité économique ne pourra être réalisée que si et seulement si le suivi et le contrôle faits par l'Institut se font de manière rigoureuse.



Institut Luxembourgeois de Régulation
Monsieur Paul Schuh
Directeur
17, rue du Fossé
L-2922 Luxembourg

Bertrange, le 2 mai 2014

Objet : Consultation publique nationale du 4 avril au 5 mai 2014 portant sur les conditions d'application et de mise en œuvre de l'essai de reproductibilité économique.

Monsieur le Directeur,

A l'égard de la consultation sous rubrique, nous vous informons que l'OPAL fournira, sous peu, à l'Institut, le résultat de notre travail commun.

En effet, dans le cadre d'un groupe de travail ensemble avec l'OPAL, Orange a exprimé ses commentaires et doléances dans le contexte de la présente consultation.

Dans ce sens, nous restons à votre disposition et vous prions d'agréer, Monsieur le Directeur, nos salutations les plus distinguées.



Jeannot Grethen
Director
Regulatory affairs & Business Development

Copies	Et. économiques
Direction	Energie
Juridique	Télécom
Fréquences	Postal
Comptabilité	Informatique
05 MAI 2014 No. 185287	
Original	Et. économiques
Secr. de Direction	Energie
Juridique	Télécom
Fréquences	Postal
Comptabilité	Informatique