



**Institut Belge des Services Postaux
et des Télécommunications**

**REACTION DE L'IBPT A L'AVIS DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE
DU 7 AVRIL 2007 RELATIF AU PROJET DE DECISION DU CONSEIL DE
L'IBPT ETABLISSANT DES LIGNES DIRECTRICES RELATIVES A
L'EVALUATION DES EFFETS DE CISEAUX TARIFAIRES**

IBPT - Tour Astro - Avenue de l'Astronomie 14, boîte 21 - 1210 Bruxelles

Tél. 02 226 88 88

Fax: 02 226 88 77

<http://www.ibpt.be>

Table des matières

0. Avant-propos	3
1. Introduction	3
2. Applicabilité de la procédure d'avis prévue par l'article 55 de la Loi relative aux communications électroniques	3
3. Les obligations pour les opérateurs désignés comme des opérateurs disposant d'une puissance significative sur un marché de détail donné (article 64 de la Loi relative aux communications électroniques) : compétences respectives de l'IBPT et du Conseil de la concurrence	6
4. Avis du Conseil de la concurrence au sujet du projet de lignes directrices	6

0. Avant-propos

L'IBPT souhaite remercier le Conseil de la concurrence pour son avis du 7 avril 2007 concernant le projet de décision du Conseil de l'IBPT établissant des lignes directrices relatives à l'évaluation des effets des ciseaux tarifaires.

L'IBPT estime qu'il est opportun dans le cadre de la bonne collaboration entre l'autorité belge de régulation et l'autorité belge de concurrence de présenter ses observations détaillées concernant cet avis du Conseil de la concurrence.

L'IBPT tâchera dans la présente réaction de répondre aux éléments soulevés par le Conseil de la concurrence. La motivation contenue dans ce document doit être lue conjointement avec les éléments contenus dans son projet de décision.

La présente note suit la même structure que l'avis du Conseil de la concurrence.

1. Introduction

Ce chapitre n'appelle pas de commentaires.

2. Applicabilité de la procédure d'avis prévue par l'article 55 de la Loi relative aux communications électroniques

L'IBPT prend note du fait que le Conseil de la Concurrence estime que le projet de décision notifié n'est pas un projet de décision consistant à imposer une ou plusieurs obligations à un opérateur désigné comme un opérateur disposant d'une puissance significative sur un marché de détail donné, au sens de l'article 64, § 1^{er}, alinéa 1^{er} de la Loi relative aux communications électroniques et estime que la demande d'avis de l'IBPT du 8 mars 2007 ne trouve aucun fondement dans l'article 55, §5, de la loi du 13 juin 2005 (points 4 et 5 de l'avis du Conseil de la Concurrence). L'IBPT se demande dans quelle mesure cette interprétation peut être conciliée avec la position de la Commission européenne dans la note de bas de page 10 de son avis du 9 juin 2006 (Avis de la Commission européenne relatif aux marchés 1 et 2 (les affaires BE/2006/0400 et BE/2006/0401), selon lequel l'IBPT est tenu de notifier la méthodologie pour évaluer l'application des prix d'éviction et de ciseau tarifaire conformément à l'article 7 de la Directive Cadre¹. L'article 7.3 de la Directive Cadre vise en effet des "mesures" qui relèvent entre autres de l'article 16 de la Directive Service universel, qui permet à son tour d'imposer les obligations visées à l'article 17.2 de la Directive Service universel. Les obligations au sens de l'article 64, §1^{er}, alinéa 1^{er} de la loi relative aux communications électroniques sont une transposition des obligations visées à l'article 17.2 de la Directive Service universel. Pour des raisons de sécurité juridique, l'Institut réagira dans ce qui suit ci-après à l'avis du Conseil de la Concurrence comme si c'était un avis contraignant basé sur l'article 55, §5 de la loi.

A la lecture de l'avis du Conseil de la concurrence du 7 avril 2007 dans le présent dossier, de l'avis du Conseil de la concurrence du 15 juin 2006 sur le projet de décision de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT) concernant les marchés 3, 4, 5, 6, 8, 9 et 10, les marchés dits de « téléphonique fixe », sélectionnés dans la recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003 et des questions communiquées à l'IBPT le 3 avril 2007 et suite aux échanges de vue lors de la réunion du 4 avril 2007, l'IBPT comprend que le Conseil de la concurrence interprète l'article 55 § 5 comme suit : à chaque fois que l'IBPT estime devoir prendre une décision implémentant les interdictions imposées en vertu de l'article 64, § 1^{er} (notamment pour constater la présence ou l'absence de prix

¹ Note de bas de page 10, p. 4: 'L'IBPT développera les méthodologies pour évaluer l'application des prix d'éviction et de ciseau tarifaire. Ces méthodologies feront l'objet d'une consultation ultérieure et devront être notifiées conformément à l'article 7 de la directive « cadre ».

ciseaux), il doit soumettre son projet de décision au Conseil de la concurrence, qui dispose de 30 jours pour approuver ou désapprouver le projet de décision ².

Cette interprétation n'est pas celle de l'IBPT. L'Institut s'appuie sur les arguments suivants :

- Le Conseil de la concurrence entretient une confusion entre les notions d'avis contraignant (expression utilisée par la loi) et celles de « co-décision » ou de « droit de veto » (expressions utilisées par le Conseil de la concurrence dans ses questions du 3 avril 2007, lors de la réunion du 4 avril 2007 ou correspondant à la teneur de son avis du 15 juin 2006). Il faut bien s'entendre sur la notion d'avis « contraignant ». Un avis contraignant n'est pas un avis conforme. L'avis contraignant signifie que l'autorité qui le reçoit doit en tenir compte. Le cas échéant, en cas d'observations critiques, elle doit les rencontrer, en indiquant, par exemple, les raisons pour lesquelles elle s'écarte de cet avis. L'avis conforme signifie que l'autorité qui consulte ne peut adopter sa décision qu'en cas d'accord de l'autorité consultée. L'interprétation que le Conseil de la concurrence donne de l'article 55, § 5 dépasse le concept d'avis contraignant.
- L'interprétation extensive du Conseil de la concurrence transformerait son pouvoir d'avis, fut-il contraignant, en une tutelle administrative incompatible avec les dispositions légales réglant les missions de l'IBPT (articles 5 à 8 de la loi du 13 juin 2005) et les compétences de l'IBPT (article 14 de la loi du 17 janvier 2003).
- L'interprétation du Conseil de la concurrence repose sur une confusion entre les approches ex ante et ex post. A ce sujet, l'IBPT renvoie à sa réaction à l'avis du Conseil de la concurrence sur le projet « téléphonie fixe » p. 6-7 :

« Si l'interprétation du Conseil de la concurrence devait être retenue, les remèdes de détail ne pourraient être imposés qu'ex post, alors que la loi et la directive « service universel » prévoient qu'ils puissent être imposés ex ante. L'IBPT estime que si la loi utilise le conditionnel « ne permettraient pas » et non le présent « ne permettent pas », conformément à la directive européenne, c'est parce qu'il n'est pas nécessaire d'attendre de devoir constater que les mesures imposées sur le marché de gros ne suffisent pas avant de pouvoir imposer des obligations sur le marché de détail. Selon l'Institut, le Conseil de la concurrence fonde donc son analyse sur une lecture erronée de cet article. »

² Cfr. Point 20, p. 9: De Raad is van oordeel dat artikel 64 Wet Elektronische Communicatie volgende draagwijdte heeft (zie ook reeds randnummer 86 van het advies van 25 maart 2006 betreffende de toegangsmarkten).

Indien het BIPT in de toekomst zou beslissen om één of meerdere van de verplichtingen die kunnen worden opgelegd aan operatoren met aanmerkelijke marktmacht op een eindgebruikersmarkt, vermeld in artikel 64, § 1, tweede lid Wet Elektronische Communicatie, effectief op te leggen, dan dient die beslissing, overeenkomstig artikel 55, § 5 Wet Elektronische Communicatie, in ontwerp aan de Raad te worden voorgelegd, die binnen 30 kalenderdagen een bindend advies uitbrengt met betrekking tot de vraag of de beslissing van het BIPT in overeenstemming is met de door het mededingingsrecht beoogde doelstellingen. Concreet verloopt die beslissingsprocedure als volgt.

Het BIPT zou vaststellen dat de operator met aanmerkelijke marktmacht op de eindgebruikersmarkt voor nationale oproepen van op een vast toestel voor particuliere gebruikers zich schuldig zou maken aan één van de inbreuken (toepassing van abnormaal hoge prijs, belemmering van toegang tot de markt, toepassing van een afbraakprijs die de mededinging beperkt, toepassing van ongegronde voorkeur voor bepaalde eindgebruikers, onredelijke bundeling van diensten).

Het BIPT treft een ontwerpbeslissing waarbij die concrete inbreuk verboden wordt. Die ontwerpbeslissing wordt voorgelegd aan de Raad. Adviseert de Raad dat de ontwerpbeslissing in overeenstemming is met het mededingingsrecht, dan keurt hij de beslissing goed, en mag het BIPT het verbod opleggen. Is het advies van de Raad negatief, dan kan het verbod niet opgelegd worden, althans niet in de door de Raad afgekeurde vorm.

Les remèdes de détail ont déjà fait l'objet d'une décision (décisions de l'IBPT des 19 juin 2006, 11 août 2006 et 17 janvier 2007) et c'est à l'IBPT qu'il appartient de les implémenter et, le cas échéant, de sanctionner leur non-respect.

- Le Conseil de la concurrence est attentif à conserver toute sa liberté en matière méthodologique (c'est-à-dire qu'il ne souhaite pas être lié par les choix méthodologiques posés par l'IBPT). L'IBPT reconnaît et respecte cette liberté. Si le Conseil de la concurrence devait intervenir sous la forme d'un avis contraignant chaque fois qu'une mesure d'implémentation est nécessaire, comment pourrait-il encore prétendre qu'il n'est pas lié par les choix méthodologiques de l'IBPT ?
- Pour rappel, dans sa note du 9 avril 2006, le professeur D. Geradin avait déjà émis l'analyse suivante suite à l'avis du Conseil de la concurrence sur le projet de décision « accès » (accentuation ajoutée par l'IBPT) :

« Ce faisant, nous constatons en outre que le Conseil de la Concurrence se réserve le droit d'émettre un nouvel avis. En requérant à l'IBPT de lui soumettre une décision modifiée tout en se réservant le droit d'émettre un nouvel avis à une date ultérieure, **le Conseil de la Concurrence impose à l'IBPT une obligation non prévue par le cadre réglementaire** qui suspendrait ou étendrait la période de trente jours dont il dispose pour se prononcer. Or **nous ne trouvons aucun élément indiquant que pareille extension ait été prévue dans la loi.**

Précisons encore qu'une telle interprétation extensive serait contraire à l'objectif de la loi et des directives européennes: en imposant un délais spécifique à l'émission de cet avis, le législateur a voulu que l'exercice d'analyse de marché et d'imposition des remèdes soit exécuté dans des limites temporelles raisonnables eu égard aux obligations incombant à la Belgique dans le cadre de l'objectif d'uniformisation de la réglementation que poursuivent les directives européennes dans le secteur des télécommunications. L'exigence que pose le Conseil de la Concurrence aggraverait le retard de la Belgique dans l'exercice qui lui incombe de mener à bien. Ce faisant, il introduirait en outre une incertitude réglementaire tant au niveau national qu'europpéen. »

En rapport aux points 4 et 5 de l'avis du Conseil de la concurrence, l'IBPT confirme qu'il ne s'agit pas de sanctionner « in concreto » un comportement abusif de la part d'un opérateur disposant d'une puissance significative. Il ne s'agit pas non plus d'évaluer si la situation des marchés en cause justifie qu'un opérateur puissant se voit imposer « ex ante » les interdictions prévues par l'article 64, § 1er. Cette évaluation a déjà eu lieu dans le cadre des décisions de l'IBPT des 19 juin 2006, 11 août 2006 et 17 janvier 2007.

Le projet de décision soumis au Conseil de la concurrence est complémentaire à ces trois décisions en ce sens qu'il se propose de déterminer la méthodologie à appliquer lors de cas concrets de comportements pour déterminer s'ils sont abusifs (c'est-à-dire s'ils enfreignent les interdictions prévues par l'article 64, § 1er dont l'imposition, dans le cadre des trois décisions, a été jugée nécessaire).

En interprétant de façon restrictive les dispositions de la loi du 13 juin 2005, on pourrait défendre le point de vue que les lignes directrices relatives à l'évaluation des effets de ciseaux tarifaires ne doivent pas être soumises à l'avis du Conseil de la concurrence. Selon la lecture qu'en fait l'IBPT, l'article 55 (tant le § 4 que le § 5) n'impose de prendre l'avis du Conseil de la concurrence qu'au moment de déterminer les mesures (obligations ou interdictions) appropriées et non à l'occasion de l'adoption de mesures d'implémentation particulière. Cette étape ayant été accomplie (cf. ci-dessus), un nouvel avis du Conseil ne semble pas, stricto sensu, être indispensable.

Dans les circonstances présentes, l'IBPT a estimé qu'une interprétation aussi restrictive aurait comporté des risques juridiques. En particulier, l'IBPT ne souhaitait pas se voir reprocher d'avoir soumis à l'avis contraignant du Conseil seulement une question de principe (est-il opportun de prévoir le recours à un test de prix ciseaux ?) et d'éviter de lui soumettre la méthodologie (la manière d'effectuer le test). On peut ajouter que, si cette méthodologie avait été élaborée au moment où les projets de décision « accès », « téléphonie fixe » et « lignes louées » ont été soumis au Conseil de la concurrence, celui-ci aurait eu l'opportunité d'exercer sa compétence d'avis à l'égard de la méthodologie également.

3. Les obligations pour les opérateurs désignés comme des opérateurs disposant d'une puissance significative sur un marché de détail donné (article 64 de la Loi relative aux communications électroniques) : compétences respectives de l'IBPT et du Conseil de la concurrence

I. L'évaluation des effets de ciseaux tarifaires à partir d'un test, tel que proposé par l'IBPT, de « répliquabilité » des offres de l'opérateur PSM par les concurrents alternatifs est-elle conforme aux objectifs visés par le droit de la concurrence ?

Ce chapitre n'appelle pas de commentaires.

II. L'approche proposée par l'IBPT, et en particulier, les ajustements apportés au test appelé 'equally efficient operator test' (EEO), sont-ils conformes aux objectifs visés par le droit de la concurrence ?

Le Conseil de la concurrence est d'avis que l'IBPT ne pourrait envisager d'imposer une ou plusieurs obligations sur le marché de détail prévues à l'article 64 qu'après avoir constaté que les obligations imposées en vertu des articles 58 à 63 de la loi relative aux communications électroniques n'avaient pas permis de réaliser les objectifs fixés par les articles 6 à 8 de la Loi du 13 juin 2005.

L'IBPT renvoie à ses réactions aux précédents avis du Conseil de la concurrence, notamment quant aux conclusions à tirer de l'usage du conditionnel dans la loi du 13 juin 2005 et dans la directive « service universelle ».

Selon l'avis du Conseil de la concurrence, l'article 64, § 1er de la Loi prévoit que le Conseil dispose d'un avis contraignant en ce qui concerne la question de savoir si une obligation sur un marché de détail peut être imposée à un opérateur disposant d'une puissance significative sur ce marché.

Selon l'IBPT, cette phrase est correcte à condition de faire clairement la distinction entre l'imposition d'une obligation ex ante en tant que conclusion d'une analyse de marché et l'implémentation de cette décision (p.ex. la vérification qu'une interdiction est bien respectée).

Le Conseil de la concurrence fait remarquer que le projet de décision de l'IBPT ne prévoit pas la consultation du Conseil de la concurrence avant d'imposer l'interdiction d'appliquer des ciseaux tarifaires dans un cas concret. Le Conseil de la concurrence est d'avis que l'IBPT ne pourrait imposer cette interdiction à un opérateur sans soumettre cette décision à l'avis contraignant préalable du Conseil de la concurrence, conformément à l'article 55, § 5 de la Loi du 13 juin 2005.

Par rapport à ce point, l'IBPT renvoie à sa réaction formulée au point 1.

4. Avis du Conseil de la concurrence au sujet du projet de lignes directrices

Au point 15 de son avis, le Conseil de la concurrence discute de l'interprétation de l'expression « circonstances équivalentes » utilisée dans l'article 10 (2) de la directive Accès (Directive 2002/19/CE). Ainsi, le Conseil de la concurrence pose la question de l'existence d'une équivalence entre une prestation « end-to-end » sur un même réseau et une prestation mettant en jeu plusieurs réseaux interconnectés. Citant Geradin et O'Donoghue, le Conseil de la concurrence indique que le fait qu'un opérateur pratique des conditions plus favorables à l'égard de sa branche en aval peut simplement refléter les bénéfices de l'intégration verticale.

Selon l'IBPT, la duplication d'une offre de détail suppose que le prix des prestations de l'opérateur dominant, notamment celui des prestations end-to-end, peut être concurrencé. En outre, l'IBPT note que c'est le niveau des prix de gros (externes) et non celui des coûts internes qui est pertinent dans une analyse de price squeeze. S'il est exact que les bénéfices de l'intégration verticale peuvent se refléter dans les coûts internes de l'opérateur, un effet ciseau n'est nullement exclu dans une situation où un produit/service est profitable de bout en bout, par exemple grâce aux bénéfices d'une intégration verticale.

Ainsi, dans le cas *Freeserve*, Oftel/Ofcom fait clairement la différence entre margin squeeze et prédation sur une base end-to-end (le premier n'implique pas nécessairement le 2^{ème}).

Au point 16 de son avis, le Conseil de la concurrence indique que les ajustement que l'IBPT envisage d'apporter au test EEO ne se justifient que dans le cas où l'opérateur PSM bénéficie de coûts plus avantageux que ses concurrents en raison des avantages spécifiques et non répliquables que lui procure le caractère historique de son réseau.

Selon l'IBPT, cette exigence d'un caractère « spécifique et non répliquable » ne se réfère à aucun texte ou cas de jurisprudence.

Le Conseil de la concurrence estime que « l'approche proposée par l'IBPT qui prévoit le recours à diverses méthodologies dans l'application du test d'effet de ciseau tarifaire en fonction du cas considéré, et en particulier, les ajustements apportés au test EEO, n'est pas contraire aux objectifs du droit de la concurrence dès lors que le choix de la méthodologie, sur base de laquelle l'effet de ciseau est identifié, est motivé de façon à assurer que le remède est approprié et proportionné ».

Cette condition est mentionnée expressément au point 2 du projet : « si l'IBPT se donne des lignes directrices dans un souci de transparence et de prévisibilité, il doit néanmoins examiner les circonstances particulières à chaque dossier ». L'article 5 de la loi du 13 juin 2005 oblige de manière générale l'IBPT à prendre des mesures « adéquates », « basées sur la nature des problèmes constatés » et « proportionnelles aux objectifs ».

Au point 18 de son avis, le Conseil de la concurrence indique que « la question de la prise en compte des effets sur la concurrence de la pratique incriminée est à relier avec la question du niveau auquel le test d'effet de ciseaux tarifaires est appliqué ».

Selon l'IBPT, ce raisonnement est théoriquement correct, mais doit être à considérer avec beaucoup de précaution. Une offre tarifaire (niveau d'analyse plus restreint qu'un marché pertinent) peut en effet avoir un impact considérable. On citera pour exemple le cas de Happy Time qui a convaincu des centaines de milliers de clients (soit largement plus que les scénarios établis par Belgacom).

Selon le Conseil de la concurrence, présumer 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. Il ajoute que « 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 ».

L'IBPT souhaite à nouveau renvoyer vers le cadre analytique utilisé par Oftel/Ofcom pour les affaires *Freeserve* et *Gamma*. Oftel fait clairement la différence margin squeeze et prédation sur une base end-to-end (le premier ne suppose pas nécessairement le 2^{ème}). Une situation de price squeeze non couplée à des prix prédateurs en aval constitue par elle-même un abus. Dès lors, il est inexact d'affirmer que la démarche adoptée par l'IBPT serait génératrice d'erreurs de type II.

Au point 20 de son avis, le Conseil de la concurrence indique que « le principe de proportionnalité du droit de la concurrence requiert du régulateur de n'appliquer le test de ciseau, en tant que remède de détail, que dans les cas où la structure tarifaire incriminée de l'opérateur PSM est de nature à affecter le fonctionnement concurrentiel dans le marché aval ». Il ajoute que « le choix du niveau auquel le test est appliqué doit, dans sa motivation, évaluer l'impact sur la concurrence effective sur le marché aval de la structure tarifaire incriminée ».

Selon l'IBPT, le Conseil de la concurrence plaide ici pour l'application d'une sorte de règle « de minimis » : le price squeeze ne devrait être sanctionné qu'en cas d'impact significatif sur le marché. L'IBPT souhaite formuler les observations suivantes sur cette partie de l'avis :

- L'IBPT part du principe que les services de gros sont nécessaires au développement d'un marché de détail concurrentiel durable (tel est en effet le sens de l'article de l'article 12.1 de la directive « accès »). Un marché concurrentiel suppose que plusieurs concurrents peuvent se donner commercialement la réplique en proposant des produits comparables à des prix compétitifs. Dans une situation de prix ciseaux, la duplicabilité des offres de l'opérateur PSM à l'aide des offres de gros, dont c'est précisément la raison d'être, n'est pas possible et la concurrence en aval en est nécessairement affectée. L'ampleur de cet impact n'est pas un paramètre fondamental dès lors que, sur un marché caractérisé par la présence d'un opérateur puissant, toute réduction supplémentaire de la concurrence va à l'encontre des objectifs du cadre réglementaire (voir en particulier, l'article 8.2.b de la directive cadre).
- Dans l'affaire *Deutsche Telekom* (points 179-180), la Commission européenne a conclu que l'abus de position dominante était suffisamment prouvé avec la démonstration de l'existence d'un effet de ciseau. Il s'agissait d'une application du droit de la concurrence, donc, d'une intervention ex post. L'ARN, qui intervient ex ante, devrait-il pour sa part prouver l'impact sur le marché en plus de prouver la réalité de l'effet ciseau ?
- Le cas échéant, comment établir une distinction entre un effet ciseau licite et illicite ? A partir de quelle ampleur l'effet de ciseau doit-il être sanctionné ?
- Comment examiner ex ante l'impact d'un comportement ? Faut-il effectuer une analyse prospective ? Quid si les prévisions ne se réalisent pas et que les conséquences du comportement en cause sont plus sérieuses que ce qui était anticipé ? Si l'ARN attend de constater un impact, qu'est-ce qui le distingue alors des autorités de concurrence ?

M. Van Bellinghen
Membre du Conseil

G. Deneff
Membre du Conseil

C. Rutten
Membre du Conseil

E. Van Heesvelde
Président du Conseil