

Avis du Conseil de la concurrence du 7 avril 2007 suite à la demande d'avis au Conseil de la concurrence concernant le projet de décision du Conseil de l'IBPT établissant des lignes directrices relatives à l'évaluation des effets de ciseaux tarifaires

I. Introduction

1. Par lettre du 8 mars 2007, parvenue au greffe du Conseil de la concurrence le 9 mars 2007, l'IBPT a demandé l'avis du Conseil de la concurrence concernant un projet de décision du Conseil de l'IBPT établissant des lignes directrices relatives à l'évaluation des effets de ciseaux tarifaires.

2. Dans cette lettre, le Conseil de l'IBPT se réfère aux décisions de l'IBPT des 19 juin 2006, 11 août 2006 et 17 janvier 2007 prévoyant des mesures de contrôle tarifaire des prix de détail sur les marchés de l'accès téléphonique, des services téléphoniques et des lignes louées de détail. Il indique que ces mesures peuvent prendre la forme d'un test de « prix ciseaux » destiné à vérifier la possibilité de dupliquer des offres de détail de l'opérateur puissant sur ce marché.

Le Conseil de l'IBPT poursuit que, en ce qui concerne les obligations imposées sur un marché de détail en vertu de l'article 64, § 1^{er} de la Loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, l'article 55, § 5 de la même loi prévoit que l'IBPT doit demander l'avis du Conseil de la concurrence sur ces décisions. Il rappelle que l'article 55, § 5 dispose que le Conseil de la concurrence émet un avis contraignant concernant la question de savoir si les décisions de l'IBPT sont conformes aux objectifs visés par le droit de la concurrence dans un délai de 30 jours calendrier.

3. Il résulte ainsi de cette lettre que l'IBPT soumet son projet de décision établissant des lignes directrices relatives à l'évaluation des effets de ciseaux tarifaires à l'avis du Conseil de la concurrence, conformément à l'article 55, § 5 de la Loi relative aux communications électroniques.

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

4. L'objet du présent projet de décision de l'IBPT est formulé comme suit :

« Le but de ces lignes directrices est de rendre aussi transparente et prévisible que possible la méthodologie qui sera appliquée par l'IBPT dans l'application d'un test de ciseaux tarifaires » (paragraphe 1 du projet de décision).

« Si les lignes directrices clarifient les principales options méthodologiques, tous les choix méthodologiques ne peuvent cependant pas être anticipés étant donné la complexité des analyses et les nombreux paramètres. En outre, si l'IBPT se donne des lignes directrices dans un souci de transparence et de prévisibilité, il doit néanmoins examiner les circonstances particulières de chaque dossier » (paragraphe 2 du projet de décision).

5. Il résulte de cette définition de l'objet du présent projet de décision que l'IBPT soumet à l'avis du Conseil de la concurrence qu'il ne s'agit pas d'un projet de décision d'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.

La présente demande d'avis ne trouve dès lors pas de fondement légal dans l'article 55, § 5 de la Loi relative aux communications électroniques.

Il s'ensuit que la disposition de cet article 55, § 5, suivant laquelle « le silence du Conseil de la concurrence (passé le délai de 30 jours calendriers à dater de l'envoi du projet de décision par l'Institut) équivaut à une approbation du projet de décision », n'est pas applicable.

Si le Conseil de la concurrence émet son avis au sujet des lignes directrices de l'IBPT relatives à l'évaluation des effets de ciseaux tarifaires, il le fait dans un esprit de collaboration avec l'IBPT, en partageant le souci de rendre la méthodologie de ce dernier aussi transparente et prévisible que possible.

III. 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. Suivant le projet de lignes directrices, l'interdiction de pratiquer des prix ciseaux fait partie des obligations qui sont de nature à être imposées aux opérateurs désignés comme des opérateurs disposant d'une puissance significative sur un marché de détail donné.

Ces obligations sont énumérées à l'article 64, § 1^{er}, deuxième alinéa, de la Loi relative aux communications électroniques, qui est libellé comme suite :

« Les obligations imposées par l'Institut portent sur l'interdiction :

- 1° d'utiliser des prix anormalement hauts ;
- 2° d'entraver l'accès au marché ;
- 3° d'utiliser des prix d'éviction restreignant la concurrence ;
- 4° d'appliquer des préférences injustifiées pour certains utilisateurs finals ;
- 5° de grouper des services de manière injustifiée. »

Au sujet de ces obligations, l'article 64, § 1^{er}, alinéa 1^{er} de la Loi prévoit :

« Si l'Institut constate que les obligations imposées en vertu des articles 58 à 63 ne permettraient pas de réaliser les objectifs fixés par les articles 6 à 8, il peut imposer, conformément à l'article 55, §§ 3 et 5, une ou plusieurs des obligations visées au deuxième alinéa aux opérateurs désignés comme des opérateurs disposant d'une puissance significative sur un marché de détail donné.»

Les obligations visées aux articles 58 à 63 sont celles qui peuvent être imposées aux opérateurs disposant d'une puissance significative sur un marché de gros.

7. Dans plusieurs projets de décision concernant l'analyse de marchés de communications électroniques, l'IBPT s'est proposé d'imposer, non seulement des obligations sur les marchés de gros, prévues aux articles 58 à 63, mais également des obligations sur les marchés de détail, prévues à l'article 64.

Dans ses avis relatifs à ces projets de décision de l'IBPT, le Conseil de la concurrence s'est prononcé de la manière suivante au sujet de ces obligations sur le marché de détail.

Le Conseil de la concurrence a mis en exergue le caractère subsidiaire des obligations prévues à l'article 64. Selon le Conseil de la concurrence, l'IBPT ne pourrait envisager d'imposer une ou plusieurs de ces obligations 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.

Le Conseil de la concurrence a également souligné qu'il était prématuré de se demander, dans les décisions d'analyse de marché, si une obligation sur un marché de détail – sous la forme d'une interdiction concrète - devait être imposée. En effet, cette question ne pourrait se poser qu'au moment où un opérateur disposant d'une puissance significative sur un marché de détail donné se serait rendu coupable du comportement pouvant faire l'objet d'une interdiction conformément à l'article 64, § 1^{er}, deuxième alinéa de la Loi.

De ces constatations et considérations, le Conseil de la concurrence a déduit les conclusions suivantes en ce qui concerne les compétences respectives de l'IBPT et du Conseil de la concurrence.

L'article 64, § 1^{er} de la Loi faisant référence au § 5 de l'article 55 de la Loi, le Conseil de la concurrence dispose d'un pouvoir d'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.

Le Conseil de la concurrence ne peut être appelé à exercer ce pouvoir d'avis que lorsque l'IBPT lui soumettra un projet de décision par lequel il envisage d'interdire l'un ou l'autre comportement visé par l'article 64, § 1^{er}, deuxième alinéa.

Dans ses avis relatifs aux projets de décision de l'IBPT concernant l'analyse des marchés, le Conseil de la concurrence s'est dès lors réservé le droit d'émettre son avis contraignant concernant la question de savoir si les décisions de l'Institut sont conformes aux objectifs visés par le droit de la concurrence après avoir reçu communication du projet de décision de l'Institut, conformément à l'article 55, § 5 de la Loi, lorsque, à l'avenir, l'IBPT voudra imposer l'une ou l'autre de ces obligations sur un marché de détail donné.

Voyez en ce sens:

- Avis du Conseil de la concurrence du 25 mars 2006 relatif au projet de décision du Conseil de l'IBPT « relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour les marchés du groupe 'Accès', sélectionnés dans la recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003 », paragraphes 85 et 86.
- Advies van de Raad voor de Mededinging van 15 juni 2006 over de ontwerpbeslissing van de Raad van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie (BIPT) betreffende de markten 3, 4, 5, 6, 8, 9 en 10, de markten voor de zogenaamde "vaste telefonie", geselecteerd in de aanbeveling van de Europese Commissie van 11 februari 2003, paragraphes 17 à 22.
- Avis du Conseil de la concurrence du 14 novembre 2006 relatif au projet de décision du Conseil de l'IBPT concernant l'analyse des marchés des lignes louées, paragraphe 40.

8. Dans le chapitre 7 du projet de lignes directrices, sous l'intitulé « Procédure », l'IBPT décrit les différentes étapes de l'application concrète du test de ciseaux tarifaires, soit sur la base d'une plainte, soit de sa propre initiative (paragraphes 76 et suivants).

La consultation du Conseil de la concurrence, avant d'imposer l'interdiction d'appliquer des ciseaux tarifaires dans un cas concret, conformément aux articles 64, § 1^{er}, alinéa 1^{er} et 55, § 5 de la Loi relative aux communications électroniques, n'est pas prévue dans cette description.

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 relative aux communications électroniques.

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

9. Si le Conseil de la concurrence n'est pas saisi d'une demande d'avis au sens de l'article 55 §5 de la Loi relative aux communications électroniques, l'IBPT, en soumettant son projet de lignes directrices à l'avis du Conseil de la concurrence, a exprimé sa volonté de connaître l'opinion de l'autorité de concurrence sur la question de savoir si ce projet est conforme aux objectifs visés par le droit de la concurrence, voire aux règles positives du droit de la concurrence.

Nature du projet proposé par l'IBPT

10. Le but du projet de lignes directrices est de rendre aussi transparente et prévisible que possible la méthodologie qui serait appliquée par l'IBPT dans l'évaluation d'effets de ciseaux tarifaires¹ dans les marchés 1, 2, 3, 5 et 7².

Ces marchés de détail sont les marchés pour lesquels l'IBPT, dans le cadre de son analyse de marché, a jugé que sont satisfaites les conditions requises pour l'imposition de remèdes de détail par le régulateur, à savoir : (i) il s'agit de marchés de détail non concurrentiels (ii) pour lesquels tant les remèdes de gros que le recours au droit de la concurrence ont été jugés insuffisants pour résoudre l'absence de concurrence effective liée à l'existence d'un opérateur PSM sur ce marché de détail .

L'interdiction de prix d'éviction restreignant la concurrence³ est un des remèdes de détail imposés par l'IBPT pour remédier à l'absence de concurrence effective sur ces marchés de détail, remède que l'IBPT met en œuvre par le biais d'une obligation de notification préalable des offres tarifaires par l'opérateur PSM et par l'application de test de ciseaux tarifaires⁴.

11. L'évaluation de l'existence d'effets de ciseaux tarifaires proposée est un test de « répliquabilité » des offres de l'opérateur PSM par ses concurrents sur le marché en aval.

L'IBPT considère⁵ que le test EEO (« equally efficient operator test »), qui vérifie que l'entreprise verticalement intégrée ne pourrait exercer des activités rentables en aval en se

¹ Point 1 du projet.

² Points 29 et 30 du projet.

³ Point 11 du projet.

⁴ point 13 du projet.

⁵ Point 46 du projet.

fondant sur le prix que sa branche en amont applique à ses concurrents⁶, constitue l'approche la plus appropriée pour pratiquer un test de ciseaux tarifaires.

L'IBPT considère cependant nécessaire d'apporter des ajustements à ce test pour encourager le développement de la concurrence à plus long terme.⁷ Ces ajustements concernent la prise en compte de coûts de gros inévitables pour les opérateurs alternatifs mais non supportés par l'opérateur PSM lorsque ceux-ci sont pertinents⁸ et la correction des coûts de détail pris en compte pour tenir compte des économies d'échelle et de gamme dont dispose l'opérateur PSM.

Le Conseil de la concurrence note que l'IBPT n'envisage pas d'appliquer systématiquement ces ajustements et qu'il doit disposer d'une marge de manœuvre⁹ dans la prise en compte de ces coûts pour ne prendre en compte ces coûts que lorsqu'ils sont pertinents¹⁰ et dans les cas où il serait jugé opportun d'adapter le test.¹¹

L'avis du Conseil de la concurrence porte dès lors sur les questions suivantes :

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 ?

II. L'approche proposée par l'IBPT, et en particulier, les ajustements apportés au test appelé 'equally efficient operator test' (EEO), est-elle conforme aux objectifs visés par le droit 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 ?

12. La définition de base d'un effet de ciseau abusif se réfère aux situations dans lesquelles un opérateur verticalement intégré et dominant sur le marché en amont utilise son pouvoir sur le marché en amont pour fournir ses concurrents sur le marché en aval à des conditions qui empêchent ces derniers d'être profitables sur le marché en aval .

L'opérateur dominant peut atteindre cet objectif de trois façons.

Dans un premier scénario, il augmente le prix sur le marché en amont jusqu'à rendre l'activité non profitable sur le marché en aval pour ses concurrents (pratique équivalente à un refus de vente).

Dans un deuxième scénario, il vend à perte sur le marché en aval (pratique de prix d'éviction) et subventionne ces pertes par les profits réalisés en amont (subventions croisées).

⁶ Voir le considérant 117 de la Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications, JOCE 98/C 265/02 du 22 août 1998.

⁷ Point 47 du projet.

⁸ Point 59 du projet et équation ii.

⁹ Point 48 du projet.

¹⁰ Point 59 du projet.

¹¹ Point 63 du projet.

Dans un troisième scénario, il pratique une discrimination tarifaire entre les prix de transfert interne pratiqués à l'égard de sa branche présente sur le marché en aval (« retail arm », « downstream operation ») et les prix facturés aux concurrents de telle sorte que ces derniers ne sont pas rentables sur le marché en aval.

Dans le cadre du champ d'application du test de ciseau tarifaire défini par l'IBPT, les conditions d'offre sur le marché de gros par l'opérateur dominant font l'objet d'une régulation, tant au niveau de l'obligation de fournir l'accès qu'au niveau des prix auxquels cet accès est offert et qui doivent être orientés sur les coûts. L'effet de ciseau résulte dès lors essentiellement de pratiques de discrimination de prix, de subventions croisées ou de prix d'éviction.

A priori, les objectifs de la réglementation sectorielle et ceux du droit de la concurrence devraient converger dans les cas d'effets de ciseaux. Les deux types de régulation cherchent à identifier dans quelle mesure les structures tarifaires incriminées ont un effet d'éviction sur le marché aval et de ce fait affectent la concurrence sur ce marché.

Suivant le document de travail de la Commission européenne relatif à l'application de l'article 82 aux abus de position dominante, un effet d'éviction s'observe dans le cas de comportements pouvant avoir un effet d'exclusion (« foreclosure ») :

« By foreclosure is meant that actual or potential competitors are completely or partially denied profitable access to a market. Foreclosure may discourage entry or expansion of rivals or encourage their exit »¹².

Examiner dans quelle mesure les offres de l'opérateur PSM ne sont pas à même d'être « répliquées » par des concurrents actuels ou potentiels qui, de ce fait, se verraient privés d'une croissance profitable dans ou de l'accès à un marché et sont dès lors en fin de compte préjudiciables pour les consommateurs, est en ligne avec l'approche du prix d'éviction citée supra dans le document de travail de la Commission européenne.

Le Conseil considère sur cette base qu'en soi l'évaluation des effets de ciseaux tarifaires à partir d'un test de répliquabilité des offres de l'opérateur PSM par des concurrents efficaces n'est pas contraire aux objectifs du droit de la concurrence

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 ?

13. La longue discussion dans les lignes directrices sur les choix méthodologiques que l'IBPT envisage dans le cadre de l'application de son test d'effet de ciseau est révélatrice de ce qu'il n'existe pas un test de ciseau mais plusieurs tests possibles. Pour évaluer dans quelle mesure un test déterminé est conforme aux objectifs du droit de la concurrence, il faut examiner dans quelle mesure les choix méthodologiques inhérents à un test déterminé sont associés à

¹² DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Public consultation, Brussels, December 2005, n° 58. Le considérant 55 du Discussion Paper précise : "Harm to intermediate buyers is generally presumed to create harm to final consumers".

l'évaluation de l'effet d'éviction incriminé et, en particulier, dans quelle mesure les spécificités du secteur des communications électroniques conduisent à certains choix méthodologiques particuliers.

Concernant ce dernier point, le Conseil de la concurrence note que la Commission européenne a estimé nécessaire de préciser dans une communication comment le droit de la concurrence s'applique dans le secteur des télécommunications, en particulier aux accords d'accès (Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications, op. cit.)

Dans ce document, la Commission précise au considérant 117 que l'évaluation des effets de ciseaux tarifaires s'effectue sur la base du test appelé « equally efficient operator test » (EEO) qui consiste à évaluer si l'opérateur PSM verticalement intégré ne pourrait exercer des activités rentables en aval, en se fondant sur le prix que sa branche en amont applique à ses concurrents.

Au considérant 118 de ce même document (repris au point 45 du projet), la Commission indique que :

« Dans certains cas, la pratique d'un amenuisement des marges bénéficiaires peut être démontrée en prouvant que la marge entre la redevance d'accès que doivent payer tous les concurrents sur ce marché en aval (y compris, le cas échéant, la branche opérant en aval de la société en position dominante elle-même) et celle que l'opérateur de réseau applique sur ledit marché est insuffisante pour permettre à un prestataire de services raisonnablement efficace d'y réaliser un bénéfice normal (sauf si l'entreprise en position dominante est en mesure de démontrer que ses opérations en aval se caractérisent par une efficacité exceptionnelle) ».

Comme le mentionne le point 45 du projet, ce test alternatif appelé « reasonably efficient operator test » (REO) permet de prendre en compte les coûts inévitables qu'un opérateur concurrent efficace supporterait :

« Le test REO permet de prendre en compte le fait que les coûts encourus par un nouvel entrant raisonnablement efficace peuvent être supérieurs aux coûts de l'opérateur historique. L'opérateur PSM intégré verticalement peut en effet bénéficier d'avantages compétitifs découlant notamment de son ancienne position monopolistique ».

La fin du considérant 118 de la Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications suggère que l'opérateur intégré bénéficie d'une « efficiency defence ».

Le document de la Commission ne précise toutefois pas dans quels cas le test REO est à appliquer de préférence au test EEO.

14. Le Conseil observe que les autorités de régulation considèrent que l'évaluation de l'effet d'éviction associé à la présence d'un effet de ciseaux tarifaires peut différer suivant qu'elle est effectuée dans le cadre de la régulation sectorielle ou dans le cadre du droit de la concurrence¹³.

¹³ Ainsi Oftel dans l'affaire « New Freeserve » précise au considérant 27 que le recours à des choix méthodologiques différents peut se justifier selon que le cas se situe dans le cadre de la régulation sectorielle ou non : « Oftel's initial view is that the alternative formulation [REO test] is not relevant to the new Freeserve case under the Competition Act 1998, both because sectoral powers are not being used and because of the absence of significant legacy cost

Le Conseil note par ailleurs que prévoir le recours à un test d'effet de ciseaux comme remède dans un marché où le droit de la concurrence et, en particulier, l'application du test d'effet de ciseaux, a été jugé insuffisant pour remédier à l'absence de concurrence effective laisse présager que l'évaluation de l'effet d'éviction associé à une structure tarifaire donnée peut différer selon le cadre réglementaire considéré.

Selon l'ERG¹⁴, cette insuffisance découle principalement de ce que certains comportements d'éviction ne sont pas identifiés comme tels par les autorités de concurrence du fait qu'il n'est pas toujours aisé pour ces dernières de tenir compte des différences éventuelles de coûts entre l'opérateur historique et ses concurrents :

« It cannot be assumed that obligations under competition law will be sufficient to prevent a price squeeze in a regulatory environment. This is because a competition authority, in assessing whether or not a dominant position has been abused, would tend to base its calculations on the costs actually incurred by the dominant undertaking. In particular, this would allow the dominant player to take credit for economies of scope or scale and consequently to be able to operate a profitable downstream service on thinner margins than would be possible for an entrant. Any such action will tend however to foreclose the downstream market, contrary to the intentions of the regulator ».

Ces différences de coût entre l'opérateur historique et ses concurrents interviennent, en particulier, au niveau de l'évaluation de la discrimination de prix entre transactions internes et transactions externes.

15. Dans le troisième scénario évoqué au numéro 12 ci-dessus, c'est la pratique de prix de transferts internes différents des prix de gros facturés aux opérateurs tiers qui est la source de l'effet de ciseaux. Ainsi que noté dans le document de l'ERG au point 5.2.3.1., le fait de pratiquer des conditions plus favorables à l'égard de sa branche active sur le marché aval (« retail arm », « downstream operation ») qu'à l'égard d'opérateurs tiers indépendants a souvent un effet anticoncurrentiel.

L'article 10 (2) de la directive Accès (Directive 2002/19/CE du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, JOCE L 108/7 du 24 avril 2002) précise à cet égard :

« Les obligations de non-discrimination font notamment en sorte que les opérateurs appliquent des conditions équivalentes dans des circonstances équivalentes aux autres entreprises fournissant des services équivalents, et qu'ils fournissent aux autres des services et informations dans les mêmes conditions et avec la même qualité que ceux qu'ils assurent pour leurs propres services, ou pour ceux de leurs filiales ou partenaires. »

Le problème principal se situe dans l'interprétation du terme "circonstances équivalentes". Par exemple, une prestation « end-to-end » sur un même réseau est-elle équivalente à une prestation qui met en jeu plusieurs réseaux qui doivent être interconnectés ?

advantages for BT in retail broadband Internet access..." (Of tel, "Analytical Framework for New Freeserve Case", 14 août 2003).

¹⁴ "Revised ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework", mai 2006, ERG (06) 33, Textbox 5 : Price Squeeze, p.120.

Ainsi que le notent Geradin et O'Donoghue¹⁵ : *“There may be legitimate reasons why an incumbent can offer lower prices to its downstream operations. Vertical integration may allow the incumbent to realize economies of scale and scope, which may translate in lower delivery costs to its integrated downstream operations”*.

Le fait de pratiquer des conditions plus favorables à l'égard de sa branche active sur le marché en aval peut ainsi simplement refléter les bénéfices de l'intégration verticale.

En théorie seule une séparation structurelle entre les activités en amont - sur lesquelles l'opérateur intégré est dominant et pour lesquelles les opérateurs concurrents sont dépendants¹⁶ de l'opérateur intégré – et les activités aval, est de nature à résoudre complètement ce problème de non discrimination entre transactions internes et externes.

En l'absence de séparation structurelle¹⁷, l'ERG estime dès lors que:

“It is significant that Article 10 is drafted so as to permit discretion to NRAs to formulate a fully effective remedy. In particular, where justified, non-discrimination rules compliant with Article 10 may be formulated by NRAs so as to place SMP players under more stringent obligations than they would face if they were considered to be dominant for the purposes of competition law. This is particularly so where the rationale for such variation is that the SMP player is able to benefit from an economy of scope or scale which is not available to independent third parties.

Economies of scope may arise because there are things which a dominant provider does not need to do in order to provide the equivalent product A to itself. One possible approach is to recalculate the incumbent's unit costs, disallowing the economies of scope. This amounts to assuming that the dominant provider supplies precisely the same product on precisely the same terms to itself as to others. There are dynamic efficiency arguments for this, along the lines of those discussed below under economies of scale. But this amounts to raising the dominant provider's own charges above the minimum level they need to be. The NRA needs to be clear that the dynamic efficiency gains from competition will outweigh the short-term consumer disadvantage”¹⁸.

16. Cet effet anti-concurrentiel qui trouve sa source dans les bénéfices de l'intégration verticale de l'opérateur PSM ne s'observe que dans les cas où les concurrents sur le marché en aval sont dépendants de l'opérateur intégré pour la fourniture des produits de gros et où ces produits de gros représentent une part significative de leurs coûts totaux.

De même, en présence d'économies d'échelle significatives dans le marché aval, l'opérateur dominant peut, du fait de sa part de marché, évincer des opérateurs concurrents moins efficaces que sa propre branche active sur le marché de détail.

Dans ce cas, également, le document ERG propose de corriger les coûts de l'opérateur dominant et d'éliminer les effets dus aux économies d'échelle en se basant sur les coûts d'un opérateur qui a 25% de part de marché.

¹⁵ Geradin and O' Donoghue, “The concurrent application of Competition Law and Regulation : the case of margin squeeze abuses in the telecommunications sector”, Journal of Competition Law & Economics, volume I, N° 2, juin 2005, p. 373.

¹⁶ et qui représentent une part significative des coûts des opérateurs concurrents.

¹⁷ Le bénéfice net de ce type de remède n'est pas évident compte tenu des coûts attendus de cette séparation, en termes entre autres de perte d'économies de gamme et de hausse des coûts de transaction.

¹⁸ “Revised ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework”, ERG (06)33, Mai 2006 p.121.

La multiplicité de choix méthodologiques et dès lors de modalités concrètes d'application du test d'effet de ciseaux, en particulier, les ajustements apportés au test appelé 'equally efficient operator test' (EEO), reflète la diversité des situations rencontrées dans les marchés de détail qui font l'objet de ces lignes directrices.

L'importance de la dépendance des concurrents à l'égard de l'opérateur PSM¹⁹ ou des économies d'échelle au niveau de la commercialisation peut ainsi varier significativement en fonction du cas considéré.

Les ajustements que l'IBPT envisage d'apporter au test EEO permettent ainsi de compenser les concurrents de l'opérateur PSM pour leur « inefficacité » (coûts inévitables, absence d'économies d'échelle et de gamme ou moindres économies d'échelle et de gamme que l'opérateur PSM). Ceci est « formalisé » dans les équations (ii) et (iii) aux paragraphes 60 et 63 du projet, qui modifient – dans un sens favorable aux opérateurs alternatifs - le test classique donné par l'équation (i) au point 41 du projet de décision.

Ces ajustements ne se justifient²⁰ que dans les 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. Il importe dès lors de justifier, dans chaque décision d'application du test d'effet de ciseau, les choix méthodologiques effectués dans le cas considéré afin de s'assurer que le remède est approprié et proportionné.

En conclusion, le Conseil 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.

17. Le Conseil de la concurrence considère que dans le cadre du caractère proportionné du remède, il est important de n'appliquer le test de ciseau que dans les cas où la structure tarifaire incriminée est de nature à exercer un effet sur le fonctionnement concurrentiel dans le marché en aval. Le fait d'intervenir sur un marché régulé ne peut pas éliminer la nécessité d'analyser l'impact (dans ce cas potentiel) de la structure tarifaire incriminée sur la réduction de concurrence effective dans le marché en aval. La définition retenue par l'IBPT au point 15 du projet, met en évidence l'effet de la structure tarifaire sur la concurrence dans le marché en aval pour pouvoir déterminer l'existence d'un effet de ciseaux tarifaires :

¹⁹ Des opérateurs offrent des produits de gros en concurrence avec l'offre régulée de l'opérateur PSM, offre qui n'est pas équivalente à celle de l'opérateur PSM en termes de disponibilité géographique et d'étendue de la gamme des produits offerts. Suivant les cas considérés, cette offre alternative peut être suffisante pour permettre aux concurrents de ne pas être dépendants de l'opérateur PSM.

²⁰ « A related point is that a dominant company is not required by competition law to compensate its competitors for disadvantages that they may be under (unless, of course, it has caused them) ... In contrast, under regulation, the incumbent firm may have affirmative duties that could not be imposed under competition law ... It [competition law] does not give a competition authority power to impose any *new* obligations ... Regulatory powers may impose new types of obligations on the addressees of the particular regulatory framework » (D. Gérardin et R. O'Donoghue, op. cit., pp. 361 – 362).

« Un effet de ciseaux tarifaires (...) apparaît lorsque les prix fixés en amont et en aval par une entreprise verticalement intégrée ayant une position de puissance significative sur un marché (PSM) en amont ont des effets anticoncurrentiels sur le marché en aval... ».

18. 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. Plus le niveau est restreint, plus la probabilité d'impact sur la concurrence effective sur le marché en aval est faible.

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, c'est-à-dire d'interdire des comportements qui ne sont pas anti-concurrentiels (« false negative »).

19. 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 ainsi que mentionné au point 28 du projet :

« Par contre, la pratique de ciseaux tarifaires n'implique pas nécessairement de pertes pour l'opérateur PSM, car le prix de détail peut se situer au dessus des coûts de l'opérateur PSM verticalement intégré. Il se peut par exemple que sur l'ensemble de ses activités en aval et en amont, l'entreprise PSM soit rentable, bien qu'un concurrent aussi efficace qu'elle en aval ne soit pas en mesure de la concurrencer, parce qu'il 'paie' en réalité un prix pour l'input en amont qui est supérieur à celui que paie la branche en aval de l'entreprise PSM » (c'est le Conseil de la concurrence qui souligne).

<p>20. En synthèse, 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. 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.</p>
--