

Avis du Conseil de la concurrence du 8 juin 2007 relatif au projet de décision du Conseil de l'IBPT du 9 mai 2007 modifiant les décisions relatives à l'analyse des marchés 1, 2, 8, 9, 10 et 13 et observations du Conseil de la concurrence du 8 juin 2007 relatives à la communication du projet de décision du Conseil de l'IBPT du 4 avril 2007 concernant la mise en œuvre de l'obligation pour Belgacom de mettre en place un système de comptabilisation des coûts

I. Introduction

1. Par lettre du 11 mai 2007, parvenue au greffe du Conseil de la concurrence le 14 mai 2007, l'IBPT a demandé l'avis du Conseil de la concurrence concernant un projet de décision modifiant les décisions relatives à l'analyse des marchés 1, 2, 8, 9, 10 et 13.
2. Le Conseil de l'IBPT rappelle dans cette lettre que les décisions de l'IBPT des 19 juin 2006, 11 août 2006 et 17 janvier 2007 imposent à Belgacom des obligations en matière de systèmes de comptabilisation des coûts. Ensuite, il rappelle que pour les obligations imposées en vertu de l'article 62, § 1 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (ci-après : la Loi), l'article 55, § 4 de cette même loi prévoit que l'IBPT doit demander l'avis du Conseil de la concurrence relatif à ses décisions et que ce dernier dispose d'un délai de 30 jours calendrier pour émettre un avis.
3. Conformément à l'article 55, le projet de décision modifiant les décisions relatives à l'analyse des marchés 1, 2, 8, 9, 10 et 13 est alors transmis au Conseil de la concurrence pour avis. Les contributions des opérateurs dans le cadre de la consultation publique ainsi qu'une synthèse sont jointes à la demande d'avis.
4. A la même lettre, le Conseil de l'IBPT joint un projet de décision concernant la mise en œuvre de l'obligation pour Belgacom de mettre en place un système de comptabilisation des coûts, qui sera basé sur la décision finale modifiant les décisions relatives à l'analyse des marchés 1, 2, 8, 9, 10 et 13 et sur les décisions d'analyse de marché non modifiées dans lesquelles des obligations sont imposées à Belgacom en sa qualité d'opérateur PSM sur des marchés de détail. La lettre du 11 mai 2007 de l'IBPT ne contient pas de demande d'avis du Conseil de la concurrence au sujet de ce dernier projet de décision (ci-après, « projet n°2 »).

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

En ce qui concerne le projet de décision du Conseil de l'IBPT du 9 mai 2007 modifiant les décisions relatives à l'analyse des marchés 1, 2, 8, 9, 10 et 13

5. L'objet du projet de décision est formulé comme suit :

« La présente décision a pour objectif d'apporter certaines modifications ponctuelles à plusieurs décisions de l'IBPT en matière d'analyse de marché, plus particulièrement pour ce qui concerne l'obligation de mettre en œuvre un système de comptabilisation de coûts. »

6. Dans la section 3 du projet de décision intitulée « Base juridique », l'IBPT base son projet de décision sur l'article 62, §1 1^{er} alinéa de la Loi. Cet article fait référence à l'article 55 § 3 et 4. Sur la base de l'article 55, § 4, l'IBPT soumet ses décisions à une concertation préalable avec le Conseil de la concurrence. Le Conseil de la concurrence émet son avis dans les 30 jours calendrier à dater de l'envoi du projet de décision de l'Institut. Passé ce délai, le silence du Conseil de la concurrence équivaut à une approbation du projet de décision.

7. Il apparaît de la loi relative aux communications électroniques que la nature de l'avis donnée par le Conseil de la concurrence dépend entièrement de la base juridique du projet de décision que l'IBPT soumet à l'avis du Conseil de la concurrence. Dans certains cas, le législateur a voulu un avis contraignant du Conseil : c'est le cas notamment des décisions de l'IBPT qui imposent des obligations s'appliquant aux marchés de détail (article 64, § 1 et 2 de la loi) ainsi que pour les obligations en matière de contrôle des prix (article 62 § 1 deuxième alinéa).

8. C'est à juste titre que la demande d'avis relatif à la décision modifiant certaines décisions antérieures se réfère à l'article 55, § 4 de la loi, et non pas à l'article 55, § 5 de la loi.

En effet, les modifications proposées ne concernent pas le système de comptabilisation imposé en vue de contrôler les tarifs des utilisateurs finals conformément à l'article 64, § 2, 1^{er} alinéa, auquel cas l'article 55, § 5 trouverait à s'appliquer, étant donné que pareil système de comptabilisation doit permettre de constater l'infraction à laquelle le remède de détail pourrait être appliqué.

En ce qui concerne le projet de décision du Conseil de l'IBPT du 4 avril 2007 concernant la mise en œuvre de l'obligation pour Belgacom de mettre en place un système de comptabilisation des coûts

9. A sa lettre du 11 mai 2007, le Conseil de l'IBPT joint un projet de décision (dénommé ci-après : le « projet n°2 ») concernant la mise en œuvre de l'obligation pour Belgacom de mettre en place un système de comptabilisation des coûts, qui sera basé sur la décision finale modifiant les décisions relatives à l'analyse des marchés 1, 2, 8, 9, 10 et 13, ainsi que sur les décisions dans lesquelles un système de comptabilisation des coûts est imposé à l'opérateur PSM sur les marchés de détail.
10. La lettre du 11 mai 2007 de l'IBPT ne contient pas de demande formelle ou explicite d'avis du Conseil de la concurrence au sujet de ce projet n°2.
11. Le Conseil s'est alors interrogé sur le fait de savoir si, en communiquant ce projet de décision n°2, le Conseil de l'IBPT a tout de même fait connaître, en joignant ce projet à sa demande d'avis formelle concernant la décision modifiant les décisions relatives à l'analyse des marchés 1, 2, 8, 9, 10 et 13, son souhait de connaître l'opinion du Conseil de la concurrence en la matière.
12. Dans l'esprit de bonne coopération qui existe entre les deux institutions, le Conseil a décidé d'interpréter la lettre du 11 mai 2007 dans ce sens et considère donc que l'IBPT a soumis ce projet de décision au Conseil afin d'avoir son opinion en général et le cas échéant, sur la question de savoir si le projet est conforme aux objectifs visés par le droit de la concurrence, voire aux règles positives du droit de la concurrence. Le Conseil donne ses observations dans la section IV. ci-dessous.
13. En outre, le Conseil s'est interrogé sur le fait de savoir si, en tout état de cause, sur la base des dispositions de la loi relative aux communications électroniques, l'IBPT n'était pas dans l'obligation de soumettre ce projet de décision à l'avis du Conseil sur la base de l'article 55 de la Loi.
14. Le projet n° 2 a pour objet « de déterminer les conditions que Belgacom doit respecter dans la mise en œuvre de son système de comptabilisation des coûts. Ces conditions portent sur les principes généraux, la qualité de l'information, les règles d'allocation et d'évaluation, la documentation, la description et le contrôle du système de comptabilisation des coûts, ainsi que sur les délais à respecter » (p. 3, n° 1).
15. Les éléments sur lesquels ces « conditions » portent sont déjà mentionnés dans les décisions, telles que modifiées par le projet de décision du 9 mai 2007, par lesquelles l'obligation concernant le système de comptabilisation des coûts est imposée.
16. De plus, les décisions par lesquelles le système de comptabilisation des coûts est imposé à l'opérateur PSM sur les marchés de détail, prévoient que « l'Institut pourra déterminer les caractéristiques de ce système de comptabilisation des coûts ».

17. Ainsi, les obligations imposées sont rendues plus spécifiques par le projet n°2. Le projet n°2 est dès lors à qualifier d'une décision imposant des obligations, soumise à l'avis du Conseil de la concurrence.
18. Dans la section IV ci-dessous, le Conseil fera part de ses observations sur le projet n°2. Il convient de rappeler que, lorsque, à l'avenir, l'IBPT voudra imposer un ou plusieurs remèdes, le Conseil émettra son avis concernant la question de savoir si la décision de l'Institut soumise à l'avis du Conseil est conforme aux objectifs visés par le droit de la concurrence, conformément à l'article 55 de la Loi.

III. Avis du Conseil de la concurrence au sujet du projet de décision modifiant les décisions relatives à l'analyse des marchés 1, 2, 8, 9, 10 et 13

19. Le projet de décision modifiant les décisions relatives à l'analyse des marchés 1, 2, 8, 9, 10 et 13 est nécessaire selon l'IBPT pour permettre une implémentation cohérente et harmonisée des obligations qui peuvent être imposées à Belgacom sur les différents marchés concernés. Trois raisons concrètes sont données dans la demande d'avis concernant le projet de décision (p.3-4). Pour chacune des décisions le passage pertinent est remplacé par une nouvelle formulation (les parties soulignées étant les modifications les plus importantes) :

« Conformément à l'article 62 § 1 de la loi relative aux communications électroniques, Belgacom mettra en œuvre un modèle de comptabilisation des coûts répondant aux conditions déterminées par l'IBPT quant aux principes généraux, à la qualité de l'information, aux règles d'allocation et d'évaluation, à la documentation, à la description et au contrôle du système de comptabilisation des coûts, ainsi qu'aux délais à respecter. Faute d'un système de comptabilisation des coûts approprié, le respect des obligations de non discrimination et d'orientation sur les coûts serait difficile à contrôler. L'IBPT publiera ultérieurement une description du système de comptabilisation, conformément à l'article 62 § 3 de la loi relative aux communications électroniques. Il est également essentiel d'avoir un moyen de vérifier le respect par Belgacom de ce système. Le respect du système de comptabilisation des coûts pourra être vérifié, aux frais de Belgacom, par un reviseur d'entreprises agréé, désigné par cet opérateur. »

20. En ce qui concerne les modifications (soulignées ci-dessus), le Conseil de la concurrence estime qu'elles ne posent pas de problèmes particuliers, ni de soucis au niveau des objectifs du droit de la concurrence. Les conditions que l'IBPT décrit pour le système de comptabilisation des coûts que Belgacom doit mettre en œuvre, seront discutées ci-dessous sous le point IV.
21. Le Conseil ne peut qu'approuver que ces conditions soient spécifiées dans les décisions d'analyse de marché mêmes, et qu'elles soient identiques, quel que soit le marché de gros auquel l'obligation de disposer d'un système de comptabilisation des coûts s'applique. Le Conseil constate toutefois que ces conditions ne sont pas expressément mentionnées dans les décisions (inchangées)

par lesquelles l'obligation de disposer d'un système de comptabilisation des coûts est imposée pour les marchés de détail (voir p.4 en bas et p. 5 en haut du projet n° 2). Il se permet de se demander pourquoi ces décisions ne devraient pas subir les mêmes modifications que celles relatives aux marchés de gros.

22. Le Conseil de la concurrence ne s'oppose pas à la modification par le projet de décision de l'IBPT du 9 mai 2007, des décisions relatives à l'analyse des marchés 1, 2, 8, 9, 10 et 13.

IV. Observations du Conseil de la concurrence au sujet du projet de décision du Conseil de l'IBPT du 4 avril 2007 concernant la mise en œuvre de l'obligation pour Belgacom de mettre en place un système de comptabilisation des coûts

Introduction

23. Le projet de décision de l'IBPT du 4 avril 2007 concernant la mise en œuvre de l'obligation pour Belgacom de mettre en place un système de comptabilisation des coûts (le «projet n°2») est basé sur les décisions d'analyse de marché précédentes telles que modifiées par le projet de décision du Conseil de l'IBPT du 09/05/2007 modifiant les décisions relatives à l'analyse des marchés 1, 2, 8, 9, 10 et 13, discuté dans la section III ci-dessus ainsi que sur les décisions dans lesquelles un système de comptabilisation des coûts est imposé à l'opérateur PSM sur les marchés de détail.
24. Le Conseil trouve utile de rappeler les objectifs qui doivent être poursuivis par l'imposition d'une obligation pour une entreprise PSM de mettre en œuvre un système de comptabilisation des coûts :

« Les obligations ayant trait à la mise en place d'un système de comptabilisation des coûts et à la tenue de comptes séparés ont pour objet de rendre les transactions entre opérateurs plus transparentes et/ou de déterminer le coût réel des services fournis. Par ailleurs, les autorités réglementaires nationales peuvent utiliser la séparation comptable et la mise en place de systèmes de comptabilisation des coûts pour compléter leur arsenal réglementaire (par exemple en matière de transparence, de non-discrimination, d'orientation en fonction des coûts) à l'égard des opérateurs notifiés. »¹

« Il est nécessaire de mettre en œuvre un système de comptabilisation des coûts pour exécuter les obligations de contrôle des prix ou d'orientation des prix vers les coûts, pour empêcher les discriminations d'opérateurs

¹ Considérant (2) de la Recommandation de la Commission européenne du 19 septembre 2005 concernant la séparation comptable et les systèmes de comptabilisation des coûts au titre du cadre réglementaire pour les communications électroniques, L266/64 du 11.10.2005, ci-après « la Recommandation de la Commission ».

verticalement intégrés en faveur de leurs propres activités et pour empêcher les subventions croisées abusives. »²

25. Le Conseil approuve le fait de regrouper l'ensemble des obligations imposées à l'opérateur PSM en matière de comptabilisation des coûts et de séparation comptable dans un seul document dans la mesure où cela contribue à améliorer la transparence pour les acteurs sur le marché et dès lors contribue à favoriser un fonctionnement concurrentiel de ces marchés.
26. Le Conseil observe que le projet n°2 se conforme bien à des principes que les documents de la Commission européenne et de l'ERG demandent aux régulateurs de suivre, par exemple :
- le principe de causalité des coûts
 - la nécessité de prendre en compte la rémunération du capital
 - la possibilité d'effectuer des ajustements supplémentaires aux informations financières de l'opérateur PSM pour tenir compte des facteurs d'efficacité
 - la nécessité d'effectuer des ajustements pour tenir compte de l'évolution technologique.
27. Dans les observations qui suivent, les sujets suivants seront abordés :
- la proportionnalité et la transparence
 - le contrôle des prix.

Proportionnalité et transparence

28. Le projet n°2 énumère les objectifs que l'obligation de comptabilisation des coûts doit atteindre (section 5, p. 6 du projet n°2) et des règles à suivre en matière d'allocation des coûts et de valorisation des actifs en mentionnant notamment que « les actifs doivent être identifiés avec un degré de granularité suffisant » (section 6.3, p. 8 et 9).
29. Le Conseil estime que pour assurer le respect du principe de proportionnalité dans la mise en oeuvre du remède, en particulier au niveau de la détermination du niveau de granularité, il faut mettre les bénéfices attendus en balance avec les coûts de sa mise en oeuvre.
30. Pour s'assurer que le principe de la proportionnalité est respecté, il semble approprié, en fonction de l'objectif recherché, de spécifier les choix méthodologiques ainsi que le niveau de granularité qui garantissent que la mise en oeuvre de cette comptabilisation des coûts est un moyen efficace d'atteindre l'objectif recherché. On peut ainsi se demander s'il est proportionné d'imposer à l'opérateur désigné PSM un arsenal comptable particulier au niveau de nombreux marchés de détail et de gros, et ce uniquement afin de laisser la possibilité au régulateur de traiter ultérieurement des problèmes ponctuels éventuels - par

² Recommandation de la Commission, point (1) et ERG (05) 29 : « ERG Common Position : Guidelines for implementing the Commission Recommendation C (2005) 3480 on Accounting Separation & Cost Accounting Systems under the regulatory framework for electronic communications », section 1, p. 4.

exemple les problèmes énoncés à l'article 64 §1 de la Loi: prix anormalement hauts, prix d'éviction, ciseaux tarifaires - qui se poseraient pour certains produits sur certains marchés de détail. Concernant les ciseaux tarifaires, aux Pays-Bas par exemple, le régulateur (OPTA) impose à l'opérateur KPN de tenir à disposition un test spécifique de ciseaux tarifaires³. En d'autres termes, l'exigence concrète a un lien direct avec l'objectif poursuivi.

31. A titre d'exemple, le Conseil fait également référence au cas de la Grande-Bretagne. Le caractère proportionné de l'obligation de mise en œuvre d'un système de comptabilisation des coûts fait l'objet d'une discussion entre le régulateur (OFCOM) et l'opérateur (BT) concernant le degré de détail que le système de comptabilisation des coûts doit respecter. Cette discussion a lieu dans le cadre d'une consultation plus large que l'OFCOM organise avant chaque décision⁴.
32. Il ressort également de l'approche de l'OFCOM que le régulateur vérifie d'office dans sa décision si la description du système de comptabilisation et les informations concrètes qui sont demandées, sont conformes aux principes de proportionnalité, transparence, non-discrimination et autres et si les exigences imposées à BT sont objectivement justifiées.
33. La section 6.3 du projet no. 2 intitulée « Règles à suivre et documentation à préparer » ne donne pas d'indications très précises sur les règles à appliquer en matière de comptabilisation des coûts, voir à la p. 9 :

« Il appartient à l'IBPT de déterminer quel est le type de valorisation (HCA ou CCA) approprié pour déterminer les tarifs des services pour lesquels un opérateur est PSM, en fonction de la situation du marché ».

34. Le Conseil fait référence à un autre exemple dans la section 6.3.2 (p. 10) selon lequel:

« l'IBPT peut demander que des ajustements soient effectués « pour tenir compte des coûts d'un opérateur efficient (par exemple en éliminant les coûts inutiles ou injustifiés, en tenant compte d'une architecture de réseau non optimale ou en tenant compte de l'existence de surplus de capacité injustifiés) »

³ OPTA, « Besluit ter goedkeuring van het door KPN op grond van artikel 6a.13 van de Telecommunicatiewet voorgelegde kostentoekeningssysteem », openbare versie, OPTA/TN/2006/200135, 30 janvier 2006.

⁴ Dans un document tout récent, OFCOM formule à l'égard de BT des exigences élevées, par exemple en matière de publication; alors que BT estime que la formulation d'exigences moindres, surtout pour le degré de granularité des informations à publier, serait plus conforme tant au critère de proportionnalité qu'au respect du caractère confidentiel des informations, OFCOM argumente que cette information détaillée assure une transparence vis-à-vis des opérateurs concurrents, qui ont ainsi pu questionner le régulateur au sujet du respect par BT de ses obligations en matière de non-discrimination ou d'orientation vers les coûts, « Changes to BT's regulatory financial reporting and audit requirements – Explanatory statements and notification », OFCOM, 30 mai 2007. Voir aussi la décision de base en matière de comptabilisation des coûts, “The regulatory financial reporting obligations on BT and Kingston Communications – Final statement and notification”, OFCOM, 22 juillet 2004.

Cependant, le projet n°2 ne discute pas les difficultés inhérentes à ce type d'ajustements et ne spécifie pas pourquoi ils peuvent être nécessaires pour pouvoir vérifier si Belgacom respecte ses obligations.

35. L'exigence de choix détaillés de la part du régulateur concerne, par exemple, le principe susmentionné de causalité des coûts, au sujet duquel le document de l'ERG (05) 29 accorde au régulateur national une large liberté d'interprétation dans l'attribution des coûts basée sur ce principe de causalité⁵. Le Conseil constate l'absence de précisions concernant les choix méthodologiques posés par l'IBPT dans le projet n°2.
36. Au sujet de la transparence des options posées par le régulateur pour la mise en œuvre de l'obligation de comptabilisation des coûts, le Conseil fait référence, à titre d'exemple, au document OFCOM mentionné ci-dessus, qui donne des détails méthodologiques tels que, par exemple, pour l'orientation vers les coûts des tarifs.
37. Le Conseil estime qu'il serait utile que l'IBPT clarifie les méthodes de comptabilisation qu'il compte faire appliquer en fonction du remède qu'il met en œuvre. Par exemple, en matière d'orientation sur les coûts des tarifs l'IBPT pourrait préciser s'il compte utiliser la même méthodologie pour les tarifs de gros et de détail.
38. De même, dans une décision d'ARCEP pour le marché français, des précisions sont données concernant par exemple les méthodes d'allocation des coûts attribuables (coûts complets distribués, coût incrémental, coûts de production isolés) que France Telecom doit appliquer dans le cadre de son obligation de tenir une comptabilité des services et activités de détail, devant permettre de vérifier le respect par l'opérateur de ses obligations de service universel, de proscription des tarifs d'éviction et de couplages⁶.
39. Aux Pays-Bas, l'opérateur KPN a proposé à OPTA des choix méthodologiques très précis, par exemple en matière d'allocation des coûts (choix de la méthode des coûts complets distribués) ou en matière de vérification du respect de l'obligation de non-discrimination (« inkoopmodel ») (OPTA, cité ci-dessus).

Contrôle des prix

40. Un exemple de remède lié à la mise en place d'un système de comptabilisation des coûts, est le contrôle des prix. Selon l'ERG et la Recommandation de la Commission citée ci-dessus, il est nécessaire de mettre en œuvre un système de comptabilisation des coûts pour exécuter les obligations de contrôle des prix ou d'orientation des prix vers les coûts.

⁵ ERG (05) 29: « ERG Common Position: Guidelines for implementing the Commission Recommendation C (2005) 3480 on Accounting Separation & Cost Accounting Systems under the regulatory framework for electronic communications ».

⁶ ARCEP, « Décision n° 06-1007 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 7 décembre 2006 portant sur les obligations de comptabilisation des coûts et de séparation comptable imposées à France Télécom », p. 18 et suivantes.

41. La Recommandation de la Commission ne fait pas de distinction, dans le paragraphe 4 de son exposé des motifs, entre la tarification de gros et la tarification de détail⁷. A priori, toutefois, les décisions du régulateur en matière de tarification constituent un remède essentiellement appliqué aux produits sur le marché de gros, tandis que, sur les marchés de détail, les problèmes de concurrence doivent, dans l'optique de la Commission, être d'abord résolus par l'application de remèdes sur les marchés de gros sous-jacents et seulement en dernier recours par des remèdes appliqués sur les marchés de détail eux-mêmes .
42. D'ailleurs, selon le Conseil, au niveau du développement de la concurrence sur les marchés de détail, une approche trop stricte en matière de coûts, par exemple par l'application d'ajustements des coûts effectifs de l'opérateur PSM pour tenir compte de facteurs d'efficacité, peut être défavorable au développement des concurrents et, à la limite, peut être de nature à créer des problèmes de prix d'éviction.
43. Or, les extraits suivants du projet n°2 laissent entendre que l'IBPT aurait l'intention d'exercer un contrôle des prix tant pour des produits de gros que de détail :
- à la p. 6 : *« L'obligation de mettre en place un système de comptabilisation des coûts qui, bien que constituant une mesure distincte, présente une articulation étroite avec d'autres obligations que l'IBPT peut imposer à Belgacom, en particulier la séparation comptable et le contrôle des prix de gros et de détail. »*
 - à la p. 9 : *« Il appartient à l'IBPT de déterminer quel est le type de valorisation (HCA ou CCA) approprié pour déterminer les tarifs des services pour lesquels un opérateur est PSM... ».*
44. Une telle détermination des tarifs sur les marchés de détail par l'IBPT pourrait au demeurant être peu appropriée du point de vue économique, parce qu'elle pourrait rendre difficile pour l'opérateur soumis à cette obligation de pratiquer des tarifs en fonction, par exemple, de la croissance de la demande et en fonction de son portefeuille de produits et du cycle de vie (produits vendus à perte et difficulté de récupérer des coûts liés aux réseaux pour les produits en phase de lancement, nécessité d'avoir des produits « vaches à lait »).

⁷ Exposé des motifs de la Recommandation de la Commission du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, site internet de la Commission : http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecom/doc/info_centre/recomm_guidelines/relevant_markets/fr1_2003_497.pdf.