
DECRET N° 2021-072 /PR
portant définition des règles d'identification des marchés pertinents
et de désignation des opérateurs puissants dans le secteur
des communications électroniques

LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE,

Sur le rapport du ministre de l'économie numérique et de la transformation digitale,

Vu la Constitution du 14 octobre 1992 ;

Vu la loi n° 99-011 du 28 décembre 1999 portant organisation de la concurrence au Togo ;

Vu la loi n° 2012-018 du 17 décembre 2012 sur les communications électroniques, modifiée par la loi n° 2013-003 du 19 février 2013 ;

Vu le décret n° 2012-004/PR du 29 février 2012 relatif aux attributions des ministres d'Etat et ministres ;

Vu le décret n° 2014-088/PR du 31 mars 2014 portant sur les régimes juridiques applicables aux activités de communications électroniques modifié par le décret n°2018-145/PR du 03 octobre 2018 ;

Vu le décret n° 2014-112/PR du 30 avril 2014 portant sur l'interconnexion et l'accès aux réseaux de communications électroniques modifié par le décret n°2018-144/PR du 03 octobre 2018 ;

Vu le décret n° 2015-091/PR du 27 novembre 2015 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) ;

Vu le décret n° 2020-076/PR du 28 septembre 2020 portant nomination du Premier ministre ;

Vu le décret n° 2020-080/PR du 1^{er} octobre 2020 portant composition du Gouvernement, complété par le décret n° 2020-090/PR du 2 novembre 2020.

Le conseil des ministres entendu,

DECRETE :

CHAPITRE I^{er} : DISPOSITIONS GENERALES

Article 1^{er} : Objet

Le présent décret, pris en application de la loi n° 2012-018 du 17 décembre 2012 sur les communications électroniques telle que modifiée par la loi n° 2013-003 du 19 février 2013, ci-après désignée la « LCE », a pour objet de définir les règles relatives à l'identification des marchés pertinents et à la désignation des opérateurs puissants.

Article 2 : Champ d'application

Les dispositions du présent décret s'appliquent au marché des communications électroniques et aux opérateurs exerçant sur ce marché.

Article 3 : Définitions

Les définitions figurant dans la LCE sont applicables pour l'interprétation des dispositions du présent décret.

Toutefois, aux termes du présent décret, on entend par :

Marché adjacent : marché étroitement lié à un premier marché sur lequel un opérateur considéré comme puissant peut avoir une influence si ces deux marchés sont tels que la position dominante de l'opérateur sur l'un influence l'autre ;

Marché pertinent : marché de produits ou de services spécifiques de communications électroniques ouverts au public dont les caractéristiques justifient l'imposition d'obligations particulières ;

Opérateur puissant (opérateur possédant une puissance significative sur un marché pertinent) : un opérateur qui, individuellement ou conjointement avec d'autres, se trouve dans une position équivalente à une position dominante, c'est-à-dire qu'il est en mesure de se comporter dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et, en fin de compte, des consommateurs. Les opérateurs puissants et les marchés pertinents sont définis par l'Autorité de régulation ;

Prix relatif : prix d'un bien exprimé par rapport au prix d'un autre bien.

Article 4 : Principes

L'Autorité de régulation promeut l'instauration d'un marché ouvert et concurrentiel pour les réseaux et les services de communications électroniques et les ressources associées.

A ce titre, elle impose des obligations aux opérateurs désignés comme puissants sur un marché pertinent afin de garantir que ces opérateurs ne puissent utiliser leur puissance de marché pour restreindre ou fausser la concurrence sur ce marché pertinent, ni faire jouer cette puissance sur des marchés adjacents.

CHAPITRE II : IDENTIFICATION DES MARCHES PERTINENTS

Article 5 : Délimitation des marchés pertinents

La délimitation de marchés pertinents consiste à définir, en termes de produits et de services et en termes géographiques, les marchés pertinents dans le secteur des communications électroniques.

Article 6 : Critères d'identification de marchés pertinents

L'Autorité de régulation procède à l'identification des marchés pertinents. À ce titre, elle peut, notamment prendre en considération les critères suivants :

- la substituabilité de la demande ;
- la substituabilité de l'offre ;
- la délimitation géographique ;

- l'existence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée du marché ;
- l'absence d'une évolution des marchés vers une concurrence effective ;
- l'insuffisance du droit de la concurrence à remédier seul aux défaillances du marché.

L'Autorité de régulation peut appliquer tout autre critère qu'elle juge adapté aux conditions économiques des produits et services considérés, sous réserve d'en justifier la pertinence.

Article 7 : Substituabilité de la demande

La substituabilité au niveau de la demande consiste à identifier l'éventail des produits et services considérés comme substituables par les clients.

Deux produits ou services appartenant à un même marché sont substituables s'ils sont suffisamment interchangeables pour leurs utilisateurs, notamment du point de vue de l'usage qui en est fait, de leurs caractéristiques, de leur tarification, de leurs conditions de distribution ou encore des coûts de migration d'un produit vers un autre.

L'Autorité de régulation mesure le caractère interchangeable des produits et services. Elle peut évaluer le comportement du consommateur face à une variation de prix.

L'Autorité de régulation peut également tenir compte du fait que les utilisateurs considèrent ou non certains produits et services comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande.

Article 8 : Substituabilité de l'offre

La substituabilité au niveau de l'offre consiste à définir les capacités des fournisseurs à réorienter leur production vers certains types de produits et les commercialiser à court terme sans encourir aucun coût ni risque supplémentaire substantiel en réaction à des variations légères, mais permanentes, des prix relatifs.

L'Autorité de régulation peut faire usage de la substituabilité de l'offre comme critère complémentaire dans la délimitation des marchés pertinents.

Pour apprécier la portée de la substituabilité du côté de l'offre, l'Autorité de régulation peut tenir compte de la probabilité que des entreprises qui ne sont pas encore actives sur le marché pertinent des produits et services décident d'y entrer, dans un délai raisonnable.

Article 9 : Délimitation géographique

L'Autorité de régulation procède à la délimitation d'un marché de produits ou services sur une zone géographique définie, soit parce que l'analyse faite du comportement de la demande n'est valable que sur cette zone géographique, soit parce qu'il s'agit de la zone géographique à l'intérieur de laquelle les demandeurs se procurent ou peuvent se procurer le produit ou service en question.

Le marché géographique en cause comprend le territoire :

- sur lequel les opérateurs concernés sont engagés dans l'offre des produits ou services en cause ;
- sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes ;

- qui peut être distingué de zones géographiques voisines car les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable.

Certains marchés peuvent, par ailleurs, être géographiquement limités par des contraintes légales ou réglementaires.

Article 10 : Existence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée

L'Autorité de régulation fait une distinction entre les barrières structurelles à l'entrée et les barrières réglementaires à l'entrée.

Les barrières structurelles découlent des caractéristiques de la demande et de la structure des coûts. Elles peuvent résulter de l'existence de coûts d'investissements importants pour entrer sur le marché, de la présence d'infrastructures essentielles ou du contrôle d'externalités positives.

Les barrières réglementaires résultent de limitations légales ou réglementaires à l'exercice de l'activité d'opérateur telles que notamment l'attribution de licences, de ressources en numérotation ou en fréquences radioélectriques ou encore l'obtention des droits de passage sur le domaine privé ou des droits d'occupation du domaine public.

Article 11 : Absence d'une évolution du marché vers une concurrence effective

L'Autorité de régulation mesure la dynamique concurrentielle des marchés, notamment à travers l'évolution des parts de marchés des opérateurs présents sur ces marchés, les pratiques tarifaires et la diversité des offres afin de démontrer qu'un marché donné n'offre pas de perspective d'évolution de la concurrence.

Article 12 : Insuffisance du droit de la concurrence à remédier seul aux défaillances du marché

L'insuffisance du droit de la concurrence à remédier à lui seul aux défaillances du marché peut être prise en compte lorsqu'il est manifeste que l'application effective du droit de la concurrence ne peut être raisonnablement envisagée et qu'il ne permettrait de résoudre les difficultés de concurrence identifiées sur le marché.

CHAPITRE III : DESIGNATION DES OPERATEURS PUISSANTS

Article 13 : Présomption de puissance

Est réputé puissant tout opérateur qui, pris individuellement ou conjointement avec d'autres, se trouve dans une position équivalente à une position dominante lui permettant de se comporter de manière indépendante vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs.

Un opérateur des communications électroniques est réputé puissant sur un marché pertinent s'il détient une part de marché au moins égale à vingt-cinq pourcent (25%) de ce marché.

En ce qui concerne les méthodes utilisées pour mesurer la taille du marché et les parts de marché, l'Autorité de régulation peut utiliser un ou plusieurs des éléments ci-après :

- le nombre d'abonnés ;
- le chiffre d'affaires ;
- le volume du trafic.

L'opérateur peut également être réputé puissant sur un marché adjacent.

Article 14 : Autres principes applicables à la désignation d'un opérateur puissant

Outre les parts de marché des opérateurs, l'Autorité de régulation peut, notamment prendre en compte les caractéristiques du marché pertinent avant de conclure à l'existence d'une puissance sur le marché. À cet égard, elle peut mesurer la capacité d'un opérateur à se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs en utilisant, notamment les critères énumérés ci-dessous :

- la taille globale de l'opérateur ;
- le contrôle d'une infrastructure qu'il n'est pas facile de dupliquer ;
- les avancées technologiques ;
- l'absence ou la faible présence de contre-pouvoir des acheteurs ;
- l'accès facile ou privilégié aux marchés des capitaux et aux ressources financières, la diversification des produits et/ou des services ;
- les économies d'échelle ;
- les économies de gamme ;
- l'intégration verticale ;
- l'existence d'un réseau de distribution et de vente très développé ;
- l'absence de concurrence potentielle ;
- l'existence d'entraves à l'expansion.

L'Autorité de régulation peut appliquer tout autre critère qu'elle juge adapté aux marchés considérés, sous réserve d'en justifier la pertinence.

Article 15 : Puissance conjointe

Plusieurs opérateurs qui interviennent dans un marché caractérisé par une absence de concurrence effective et au sein duquel aucun opérateur pris isolément n'est puissant, peuvent exercer une puissance conjointe sur ce marché, même s'il n'existe aucun lien structurel ou autre entre ces opérateurs.

Une telle situation peut se produire sur un marché concentré et présentant plusieurs caractéristiques appropriées, notamment les suivantes :

- faible élasticité de la demande ;
- parts de marché similaires ;
- importantes barrières juridiques ou économiques à l'entrée ;
- intégration verticale avec refus collectif d'approvisionnement ;
- absence de contre-pouvoir des clients ;
- absence de concurrence potentielle.

Cette liste n'est pas exhaustive et les caractéristiques mentionnées ne sont pas cumulatives.

Dans ce cas, chacun des opérateurs est considéré comme puissant pour l'application de la LCE et de ses textes d'application.

CHAPITRE IV : OBLIGATIONS SPECIFIQUES AUX OPERATEURS PUISSANTS SUR UN MARCHE PERTINENT

Article 16 : Imposition d'obligations spécifiques aux opérateurs déclarés puissants

Sans préjudice des obligations générales incombant à tous les opérateurs, l'Autorité de régulation peut imposer aux opérateurs déclarés puissants sur un marché pertinent une ou plusieurs obligations spécifiques prévues dans la LCE.

Les obligations réglementaires spécifiques qui peuvent être imposées aux opérateurs puissants sur le marché peuvent s'appliquer tant aux marchés de gros qu'aux marchés de détail.

Article 17 : Autres obligations

L'Autorité de régulation peut, au besoin, imposer aux opérateurs puissants d'autres obligations non prévues dans la LCE lorsqu'elle les juge nécessaires pour instaurer une concurrence effective sur le marché. Dans ce cas, l'Autorité de régulation doit justifier de l'imposition de ces obligations supplémentaires.

Article 18 : Maintien, modification ou suppression d'obligations spécifiques

A l'issue de la période de validité d'une analyse de marché visée à l'article 22 du présent décret, l'Autorité de régulation peut, sur la base d'une nouvelle analyse de marché, décider du maintien, de la modification ou de la suppression des obligations mises à la charge d'un opérateur déclaré puissant.

Article 19 : Décisions adoptées en cas d'urgence

Dans des circonstances exceptionnelles, lorsque l'Autorité de régulation considère qu'il est urgent d'agir, par dérogation aux procédures prévues par les dispositions légales et réglementaires applicables, afin de préserver la concurrence ou de protéger les intérêts des utilisateurs, elle peut adopter immédiatement, après avis du ministre chargé des communications électroniques, des mesures proportionnées qui ne sont applicables que pour une période limitée.

CHAPITRE V : ADOPTION DES DECISIONS DE L'AUTORITE DE REGULATION

Article 20 : Obtention des documents et informations nécessaires aux travaux de l'Autorité de régulation

L'Autorité de régulation recueille les documents et informations dont elle a besoin pour identifier les marchés pertinents des communications électroniques et en effectuer l'analyse, désigner les opérateurs puissants sur ces marchés et déterminer les obligations qui leur sont applicables.

L'Autorité de régulation veille à la confidentialité des informations qui lui sont communiquées conformément aux dispositions légales et réglementaires applicables.

Cette obligation de confidentialité vaut également pour les informations reçues à titre confidentiel d'une autre autorité publique.

Article 21 : Mécanisme de consultation publique

Sauf dans les situations d'urgence, l'Autorité de régulation, avant d'adopter toute décision relative à l'identification des marchés pertinents, à la désignation des opérateurs puissants sur ces marchés et à la détermination des obligations applicables à ces opérateurs, doit donner aux opérateurs sur les marchés concernés la possibilité d'émettre des observations sur son projet de décision.

À cet effet, elle organise une consultation publique concernant la décision envisagée, qui doit comprendre les éléments suivants :

- la définition du marché pertinent concerné et les raisons qui justifient ce choix ;
- les éléments attestant l'existence d'un ou plusieurs opérateur(s) puissant(s) sur le marché ;
- les obligations qu'elle envisage d'imposer, de maintenir, de modifier ou de supprimer à l'égard des opérateurs précités, ainsi qu'une appréciation de la proportionnalité de ces obligations.

Une copie du dossier de consultation publique est transmise au ministre chargé des communications électroniques.

Le délai de consultation doit être raisonnable. Ce délai est de deux (2) mois, sauf lorsque la situation exige qu'il soit plus long ou court, auquel cas l'Autorité de régulation justifie de la fixation d'un délai différent.

Article 22 : Adoption de décisions définitives

À l'issue de la phase d'analyse des marchés, l'Autorité de régulation transmet au ministre chargé des communications électroniques un rapport qui contient, d'une part, la liste des marchés pertinents, et d'autre part, les noms des opérateurs désignés comme puissants sur ces marchés et les obligations qui leur sont applicables.

Les décisions de l'autorité de régulation relatives à la détermination des marchés pertinents, à la désignation des opérateurs puissants sur ces marchés ainsi qu'aux obligations qui leur sont applicables prévues aux articles 16 et 17 du présent décret, sont mises en œuvre après adoption en conseil des ministres du rapport mentionné à l'alinéa précédent.

Article 23 : Périodicité de l'analyse du marché

L'Autorité de régulation procède à l'identification des marchés pertinents, à la désignation des opérateurs puissants sur ces marchés et à la détermination des obligations qui leur sont applicables selon une périodicité qui dépend notamment de l'évolution des marchés concernés.

Cette périodicité est par défaut fixée à deux (2) ans. L'Autorité de régulation peut, sur décision justifiée, procéder à une nouvelle analyse des marchés pertinents avant le terme des deux (2) ans.

CHAPITRE VI : DISPOSITIONS DIVERSES ET FINALES

Article 24 : Coopération

L'Autorité de régulation peut solliciter l'avis de la Commission nationale de la concurrence et de la consommation avant l'adoption de toute décision relative à l'identification des marchés pertinents, la désignation des opérateurs puissants sur ces marchés et la détermination des obligations applicables à ces opérateurs.

La Commission nationale de la concurrence et de la consommation fournit à l'Autorité de régulation toutes les informations utiles obtenues dans le cadre de son pouvoir d'investigation et d'application de la réglementation.

Les informations que la Commission nationale de la concurrence et de la consommation considère comme confidentielles doivent être identifiées comme telles.

Article 25 : Exécution

Le ministre de l'économie numérique et de transformation digitale est chargé, de l'exécution du présent décret qui sera publié au Journal officiel de la République togolaise.

Fait à Lomé, le 24 JUIN 2021



Le Président de la République

SIGNE

Faure Essozimna GNASSINGBE

Le Premier ministre

SIGNE

Victoire S. TOMEGA-DOGBE

Le ministre de l'économie numérique
Et de la transformation digitale

SIGNE

Cina LAWSON



Pour ampliation,
Le Secrétaire Général
de la Présidence de la République


Ablamba Ahoefavi JOHNSON