

**Consultation publique
de l'Autorité de régulation des télécommunications
sur l'analyse
des marchés pertinents de la téléphonie fixe**

9 juillet – 9 septembre 2004

Réponse de France Télécom

L'analyse que l'Autorité de régulation des télécommunications soumet ici à la consultation publique porte sur « les marchés de la téléphonie fixe », les marchés pertinents 1 à 6 et 8 à 10 recensés par la Commission européenne.

France Télécom, comme dans sa réponse aux deux précédentes consultations publiques¹, se félicite de l'occasion offerte à tous les acteurs de donner leur point de vue.

Mais elle tient d'emblée à exprimer ici sa surprise sur le fond et la forme d'un document qui ne lui semble pas refléter équitablement la situation actuelle des marchés étudiés.

Dans le document soumis à consultation, qui se focalise comme les précédents sur France Télécom alors que d'autres acteurs ont pris une place importante voire prépondérante sur certains des marchés étudiés, les affirmations tiennent souvent lieu de justification. L'analyse des marchés comporte plusieurs erreurs sérieuses qui en compromettent les conclusions et est particulièrement rapide dans le cas des marchés de détail, surtout lorsqu'on la met en regard de ce qu'on peut véritablement appeler une explosion des obligations proposées.

Les propositions, relatives à des marchés que l'observatoire de l'ART décrit comme en déclin, aggravent en effet les obligations que la loi du 26 juillet 1996 avait imposées à France Télécom et en rétablissent certaines qui avaient pourtant été légalement allégées ou supprimées au vu du développement concurrentiel. Et surtout, alors que les obligations sur les marchés de détail doivent être l'exception, aucune de celles dont la loi du 9 juillet 2004 prévoit la possibilité n'est laissée de côté. Le document soumis à consultation propose de plus d'en cumuler certaines sur les mêmes « objets », au risque de tuer le marché par excès de régulation. En proposant que toutes les obligations envisagées par les textes s'appliquent sur ces marchés, le document arrive à la même conclusion que celle à laquelle il serait parvenu si les marchés en question étaient encore en monopole de fait : ceci revient curieusement à considérer que la régulation opérée depuis l'ouverture à la concurrence n'a eu aucun effet positif sur ces marchés.

Le document ne s'interroge pas sur l'efficacité du droit de la concurrence à traiter de problèmes réellement constatés. Le cadre réglementaire actuel en fait pourtant une condition de la définition des marchés pertinents et bien entendu de nouveaux marchés ou sous-marchés pertinents.

Les conséquences de telle ou telle obligation sur le marché et sur l'opérateur qui les supporterait ne sont pas étudiées. C'est pourtant à leur aune que le caractère proportionné des obligations doit se juger et non bien évidemment parce qu'elles existent déjà.

France Télécom exprime donc très vivement le souhait que l'analyse qui a présidé à la rédaction du document soumis à consultation publique soit reprise en profondeur et argumentée de façon incontestable, comme la loi le demande.

¹ Sur l'analyse du marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles et sur l'analyse des marchés du haut débit.



1. Résumé des points essentiels

La présente analyse soumise à la consultation du secteur devait traiter, en principe, des 9 marchés de la téléphonie fixe en position déterminée prévus par la Commission, et consacrer l'allègement réglementaire permis par les législateurs². Contre toute attente, le document ne traite plus seulement de services téléphoniques, identifie 24 marchés ou segments de marchés pertinents, qu'il propose de soumettre chacun à la régulation *ex ante*, et impose la création, de toutes pièces, d'un nouveau marché de gros de revente du service de raccordement au réseau téléphonique alors que le président de l'ART avait laissé entendre qu'il ne souhaitait pas ajouter de marché au périmètre défini par la Recommandation. Plus surprenant encore par rapport aux intentions affichées, le document propose de maintenir toutes les obligations existantes appliquées à France Télécom, d'ajouter des prescriptions supplémentaires sur les marchés de gros comme sur les marchés de détail, et de réguler *ex ante* les marchés innovants de la voix sur IP comme ceux de la téléphonie, à laquelle ils sont ici assimilés, alors que les régulateurs et législateurs qui se sont déjà penchés sur cette question reconnaissent que les méthodes de régulation de la téléphonie leur seraient au mieux inappropriées et au pire néfastes³.

France Télécom estime que, en toute logique, l'analyse des marchés prévus par la Commission aurait dû être effectuée en ne partant que de l'observation de la situation actuelle d'ensemble du marché, et ne pas être menée à rebours en partant des prescriptions du cadre réglementaire précédent dont le législateur et les textes européens ont demandé la révision sans *a priori*. Cet exercice aurait dû constituer l'occasion objective d'apprécier la situation des marchés visés indépendamment des analyses passées et d'ajuster le dispositif de régulation sectorielle sur les objectifs fondamentaux fixés par la Loi⁴.

Des concepts d'analyse "France Télécom – centriques" à l'excès

On ne peut que s'étonner que le document découpe les marchés de telle sorte qu'ils coïncident avec l'architecture du seul réseau téléphonique de France Télécom (le marché du CA-CT, du CT-CT etc.) sans observer que la définition qui en résulte apparaît sans objet pour les réseaux téléphoniques tiers et dénuée de sens pour les réseaux de nouvelle génération pourtant promis à devenir la référence. Cette analyse tournée vers le passé (le réseau « classique » de l'opérateur « historique ») semble dénoter un manque d'anticipation préjudiciable à une régulation efficace et tournée vers l'avenir.

Une extension du champ d'une régulation *ex ante* potentielle au-delà des marchés identifiés par la Commission

Alors que le périmètre défini par la Recommandation de la Commission du 11 février 2003 porte sur les seuls services de téléphonie en position déterminée, le document étend d'emblée le champ d'une régulation *ex ante* potentielle en faisant porter son analyse sur l'ensemble des produits dits « bande étroite ». Sélectionnés sur la base d'un critère technique discrétionnaire⁵, ces produits et services sont de natures diverses – voix, données - et ne présentent aucune similitude du point de vue de l'usage et de la demande des consommateurs. Au lieu de définir, comme la loi demande de le faire, un marché pertinent de produits ou services, au sens du droit de la concurrence, le document semble chercher à justifier le maintien d'une régulation des *réseaux* téléphoniques, approche désormais révolue en vertu du nouveau cadre.

² « (...) le projet de loi marque l'entrée dans une nouvelle phase de la régulation qui doit conduire graduellement au remplacement des règles sectorielles spécifiques par l'application du droit général de la concurrence. La régulation a en effet vocation à se réduire avec l'intensification de la concurrence (...) » (Exposé des motifs du projet de loi relatif aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle)

³ "The thing that scares me to death is saying that VoIP looks like telephony. The first mistake would be to treat it like a telephony. We'll make a very very serious mistake and it will take decades to fix it" (FCC Chairman Powell – FCC Consultation)

⁴ Article L.32-1 du code des postes et communications électroniques

⁵ Le codage numérique du service ne doit pas nécessiter une bande passante supérieure à 64 kb/s



Le refus d'isoler les segments concurrentiels

Les lignes directrices de la Commission du 11 juillet 2002 rappellent que, selon une jurisprudence constante, le marché géographique pertinent doit être défini comme le territoire sur lequel les entreprises concernées sont exposées à des conditions de concurrence similaires ou suffisamment homogènes⁶. Or dans le document en consultation, la segmentation des "marchés" est utilisée lorsqu'elle permet de mettre en relief une situation particulière de moindre concurrence, mais elle est écartée dès lors qu'elle aurait pour effet de révéler un segment très concurrentiel comme celui des zones d'affaires.

Les choix effectués par l'analyse aboutissent donc dissimuler l'existence des marchés les plus concurrentiels.

De sérieuses lacunes dans l'analyse de la puissance

A supposer que le choix de ces 24 marchés soit pertinent, il aurait été souhaitable que le document apportât le plus grand soin à l'analyse de la puissance des acteurs. Or la désignation de France Télécom est justifiée de façon très insuffisante. Certes les parts de marché qu'elle détient paraissent dépasser les seuils habituellement considérés comme des indices de dominance, mais cela découle en réalité des définitions retenues pour les marchés, de l'inclusion de « l'autoconsommation » et de l'absence de certaines données quantitatives tierces. Les arguments ne sont par ailleurs guère convaincants et comportent quelques sérieux erreurs, comme celle de laisser entendre que France Télécom disposerait d'avantages structurels parce que son réseau contient le plus grand nombre de commutateurs, ou qu'elle aurait un réseau commercial incomparable. De même, les projections prospectives sont des plus lacunaires et négligent les forces de ruptures actuellement à l'œuvre. France Télécom a la conviction que les parts de marchés présentées ne reflètent pas objectivement l'intensité concurrentielle, et estime regrettable que le document n'ait esquissé, sur aucun de ces marchés, un test tel que celui du monopoleur hypothétique qui aurait pu indiquer que France Télécom n'est pas en mesure de se comporter indépendamment de ses clients et de ses concurrents.

L'imposition de tous les "remèdes" possibles

Le caractère pour le moins discutable des conclusions du document en matière de puissance des acteurs est d'autant plus inquiétant que la conséquence tirée est la nécessité d'appliquer l'ensemble des obligations possibles répertoriées par la Loi. Le document se propose même d'outrepasser les limites fixées par la Loi en imposant à France Télécom la revente du service de raccordement au réseau téléphonique, alors que les textes ne permettent pas d'imposer sur un marché de détail l'un des remèdes réservés aux marchés de gros⁷.

France Télécom estime que le document affirme, sans la démontrer, la nécessité de lui imposer toutes les mesures possibles. L'analyse ne justifie pas non plus que les mesures préconisées sont aussi peu contraignantes que possible pour l'entreprise, ce dont il est permis de douter. Or, la proportionnalité des mesures est une obligation légale et sa démonstration ne peut se réduire à une simple impression.

Surtout, jamais il n'est envisagé que le droit de la concurrence puisse être suffisant à traiter un problème sur le marché, même dans les domaines les plus usuels.

Aucun allègement des obligations sur les marchés de détail

En contrepoint de toutes les nouvelles obligations, le document soumis à consultation ne propose de lui-même aucun allègement réglementaire. Il laisse bien entendre que la modification de la procédure de contrôle que le législateur avait souhaitée permettre constituerait un allègement, au motif que l'ART n'aurait plus à produire autant d'avis. Mais la mise en œuvre pratique proposée conduit, en réalité à alourdir, pour France Télécom, les procédures de contrôle en vigueur, sans que leur objectif ait été explicité et leur nécessité démontrée

⁶ §56 Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance - 11/7/2002

⁷ Contrairement à la démarche engagée par l'OFTEL puis par l'OFCOM, il ne s'agit pas ici d'aménager un marché de gros préexistant mais d'en engager la création de toutes pièces.



Les textes imposent – et la Commission l’a rappelé à maintes reprises - que la régulation des marchés de détail ne soit mise en œuvre que s’il est prouvé que la régulation des marchés de gros ne suffirait pas à résoudre d’éventuels problèmes concurrentiels résiduels. Le document n’apporte pas cette preuve. La présence d’une entreprise détenant des parts de marché significatives ne saurait constituer en soi la preuve d’une telle insuffisance : la dominance n’est pas condamnable, seul l’abus de position dominante l’est.

France Télécom s’étonne *a fortiori* qu’il puisse être envisagé que le dispositif actuel du contrôle tarifaire soit doublé d’un encadrement pluriannuel des prix de détail des communications, par le rétablissement de la « convention tarifaire » pour les communications locales et interurbaines, abandonnée pourtant fin 2000 au vu de la situation concurrentielle des marchés.

Un tel encadrement tarifaire, appliqué spécifiquement aux communications "de base" offertes par l’entreprise désignée dominante, ne devrait être envisagé que dans le cadre de l’attribution du service universel qui devrait être soigneusement distingué de la présente analyse.

Il est nécessaire surtout de souligner que cet encadrement et le contrôle individuel des tarifs, appliqués aux « mêmes objets », créeraient des contraintes en sens opposés et donc supprimeraient à eux deux l’essentiel des degrés de liberté tarifaire de l’entreprise, qui se trouverait, de ce fait, "administrée" par le régulateur plus qu’elle ne l’était par sa tutelle lorsqu’elle était un établissement public. Leur application conjointe serait clairement disproportionnée

Le problème du recul général de la téléphonie fixe n’est pas traité

L’analyse du marché aurait dû notamment conduire l’ART à s’interroger sur les causes et les conséquences du recul général du marché de la téléphonie fixe, qui fait l’objet d’une régulation lourde, au profit d’autres services peu régulés. L’Autorité aurait sans doute pu en tirer des conclusions d’une autre ampleur que celles relatives à la puissance de France Télécom sur le marché des communications entre la Guyane et Saint Pierre et Miquelon.

En fait, la démarche met en évidence une logique visant plutôt à aplanir les parts de marchés qu’à favoriser l’obtention d’avantages par les consommateurs, qui demeure pourtant l’enjeu principal de la régulation.

L’ART ne peut fixer de conditions au réexamen du marché et à l’allègement des contraintes imposées

Dans la mesure où l’ART ne voit pas, à ce jour, de fait motivant un réexamen de ces marchés avant la fin 2007⁸, il convient de rappeler que le réexamen périodique des marchés est obligatoire, faute de quoi la régulation *ex ante* resterait figée sur toute la durée d’application du nouveau cadre réglementaire jusqu’à la révision probable de ce dernier. Il n’apparaît pas que le calendrier envisagé par l’ART soit compatible avec celui des travaux de la Commission, qui prévoit de publier par exemple une première révision de sa Recommandation sur les marchés pertinents dès fin 2005.

De même, l’ART affiche conditionner une évolution de ses pratiques de contrôles tarifaires sur les marchés de détail, à l’occasion d’une analyse ultérieure, par "*les mises en œuvre avec succès des obligations sur les marchés de gros et notamment l’amélioration du processus d’industrialisation du dégroupage total et la mise en place d’une vente en gros d’un service de raccordement*"⁹. A la lecture de ces conditions, France Télécom comprend que le maintien et l’extension du contrôle *ex ante* des marchés de détail est considéré comme nécessaire afin de donner à l’entreprise dominante qui en espère l’allègement une motivation pour mettre en œuvre au mieux toutes les mesures correctrices conjointement imposées sur les marchés de gros.

⁸ § B- 2 page 12 et § B-10 page 42

⁹ § D-3 page 132



Plus qu'une analyse objective que l'on est en droit d'attendre d'une autorité de régulation nationale, ce document s'apparente à un réquisitoire qui s'appuie sur des raisonnements biaisés pour demander le maintien, voire l'aggravation, d'une régulation bureaucratique et inadaptée.

Alors même que la concurrence n'a jamais été aussi forte, cet accroissement de la régulation constitue un déni des principes même du nouveau cadre réglementaire et des normes supranationales qu'il appartient pourtant à l'Autorité d'appliquer.

2. Définition des marchés pertinents de détail

En constatant l'évolution significative de la concurrence, le législateur a adapté la réglementation sectorielle pour rendre ses instruments moins rigides, plus gradués et mieux ciblés aux problèmes concurrentiels encore susceptibles de se poser. Cette adaptation invite les régulateurs à faire usage de concepts féconds issus du droit de la concurrence mais dont l'usage "*demande au régulateur de mieux justifier ses modalités d'intervention*", car ainsi que l'a déclaré M. Mario Monti, commissaire européen chargé de la concurrence, "*la réglementation sectorielle devrait représenter l'exception et l'application des règles antitrust, la norme. Pour un opérateur, il est extrêmement astreignant d'être soumis à une réglementation ex-ante car cela implique une limitation de la liberté commerciale en l'absence de toute preuve qu'un quelconque abus ait été commis*".

La Commission européenne a donc entendu préventivement encadrer le nouveau dispositif réglementaire par une Recommandation¹⁰ comportant une liste limitative et dûment motivée de 18 marchés pertinents. Elle précisait également que l'identification d'un marché pertinent supplémentaire, dont l'éventuelle régulation *ex ante* resterait subordonnée à son approbation, devrait être nécessairement justifiée au regard de trois critères fondamentaux: la présence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée, une structure qui ne laisse pas présager d'évolution vers une situation de concurrence effective et l'incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul à la ou aux défaillances concernées du marché. Le choix de la Commission s'est porté au cas d'espèce, de manière limitative, sur deux marchés de détail d'accès au réseau téléphonique public en position déterminée, quatre marchés de détail de services téléphoniques en position déterminée et trois marchés de gros portant sur le départ d'appel, la terminaison d'appel et les services de transit sur le réseau téléphonique public fixe.

L'ART ne définit pas un marché pertinent de produits et services

Bien que liée par la définition des marchés pertinents telle qu'issue de la Recommandation, l'ART a souhaité étendre d'emblée le champ de son analyse à tous les produits dits « bande étroite », donc au-delà de ce qui a été identifié par la Commission. En préambule, France Télécom a expliqué pourquoi cette définition ne pouvait délimiter un marché pertinent : ces services n'ont en commun qu'une simple donnée technique, ce qui n'en fait pas un marché.

Or le document soumis à consultation prétend établir à partir du principe de neutralité technologique que les divers services "bande étroite" appartiennent au **marché pertinent** des communications téléphoniques, du simple fait que les « *consommateurs achètent leurs communications de bout en bout indépendamment des technologies ou des infrastructures sous-jacentes* » ! Cette démonstration est particulièrement spéieuse. Il est d'abord douteux d'affirmer que la technologie n'intervient pas dans les choix des consommateurs. Mais il est surtout erroné d'appliquer le principe de neutralité technologique de la sorte. En effet, ce principe vise à interdire des discriminations fondées sur des différences technologiques, mais ni à réglementer de manière identique des services différents utilisant une même technologie ni à affirmer que des services appartiennent à un même marché, ce qui est l'objet d'une analyse de la substituabilité côté demande et côté offre. Le principe de neutralité n'apporte donc en aucun cas la preuve de la validité du marché pertinent tel que défini. D'ailleurs

¹⁰ Recommandation du 11 février 2003



le document en méconnaît ensuite l'application en invitant les parties intéressées à s'exprimer sur l'opportunité de segmenter les marchés des communications bande étroite sur la base des technologies sous-jacentes !

Comme le document de consultation n'apporte finalement aucune preuve de la substituabilité entre ces divers services, on ne peut qu'être surpris de l'application de cette théorie aux services de voix sur IP, en contradiction certaine avec les propositions de la Commission. Ceci est d'autant plus regrettable qu'un simple examen aurait permis de mettre en évidence que ces divers services présentent des caractéristiques objectives d'usage bien différentes¹¹. L'ART indiquait à cet égard, dans un article de sa Lettre n°39 de juillet 2004 qu'elle consacrait aux enjeux de la VoIP, que cette dernière permettait l'intégration plus facile de services avancés ou de services liés au nomadisme.

Au regard des carences de l'analyse, tant sur la forme que sur la méthode employée, il est difficile de reconnaître la validité du marché pertinent proposé par le document, et notamment sur sa composante "VoIP".

Sur le fond, France Télécom partage l'avis très général du secteur qui considère prématuré de cataloguer d'entrée ces services émergents, à fort potentiel de différenciation, dans un marché pertinent, mature, de la téléphonie¹².

Au demeurant, cette position traduit une légitime interrogation quant à l'opportunité même d'envisager une régulation *ex ante* de ces services de communications électroniques, car à aucun moment les critères utilisés par la Commission européenne dans l'identification des marchés pertinents ne sont vérifiés pour les réseaux et services VoIP. Aucune barrière élevée et non provisoire à l'entrée n'est mentionnée pour ces services, de même qu'aucun problème concurrentiel effectif n'est signalé. On peut à cet égard consulter le document¹³ récemment publié par l'Ofcom suite à la dernière consultation, dans lequel Stephen Carter, Directeur Général de l'Ofcom, déclarait en guise de conclusion : "Broadband voice services are a new and emerging market. Our first task as regulator is to keep out of the way"¹⁴.

Néanmoins, dans l'hypothèse où l'Autorité retiendrait finalement la définition du marché pertinent proposée par le document soumis à consultation, il serait souhaitable qu'elle veille à la cohérence de ce choix tout au long de l'analyse du marché.

France Télécom a en effet relevé nombre d'incohérences dans le document actuel qui omet de signaler ou qui néglige la présence et les effets du développement soutenu de ces nouveaux services, en particulier dans les sections relatives à l'analyse de la puissance de marché. Dans cette même hypothèse, il serait surprenant de ne compter aucun des principaux fournisseurs de services VoIP parmi ceux recensés dans le tableau des acteurs examinés. A titre d'illustration, Free fournit à ce jour un double accès vocal à plusieurs centaines de milliers de clients mais ne figure pas dans ledit tableau. De même, il semblerait incohérent de ne pas accorder à ce phénomène de rupture l'importance qu'il mérite dans les projections de marché, ce que le document actuel semble contester.

En conclusion, France Télécom émet le souhait que soit adoptée dans la présente analyse une définition du marché pertinent plus conforme à ce que la Commission avait suggéré, d'en rester aux seuls services téléphoniques, sans préjudice des analyses ultérieures qui pourraient reconsidérer ce choix à partir d'éléments plus tangibles de substituabilité effectivement observés sur le marché.

¹¹ La bande passante des services de VoIP peut dépasser 64 Kb/s et ces services présentent des caractéristiques que l'on ne peut reproduire économiquement à l'aide d'un réseau téléphonique, comme la faculté d'établir une connexion permanente (*Push & Talk*).

¹² Dans sa Lettre n°39, l'ART n'envisageait d'ailleurs de substituabilité entre les deux marchés « *qu'à terme* »

¹³ <http://www.ofcom.org.uk>

¹⁴ « Les services de voix sur accès large bande constituent un marché émergent innovant. Notre première tâche en tant que régulateur est de se tenir à l'écart. »



Au cas d'espèce, France Télécom considérerait un contrôle de ces marchés de détail émergents comme une extension abusive de la régulation *ex ante*.

Une segmentation géographique des marchés s'impose

Les conclusions du document en matière de segmentation géographique précèdent la définition précise des marchés retenus et notamment la segmentation selon l'axe « clients ». Or il est essentiel que ce contour soit précisé avant d'envisager un examen géographique plus précis du fonctionnement des marchés.

Aussi, France Télécom ne peut se satisfaire du parti pris consistant à ne pas subdiviser le territoire national au motif que le réseau de France Télécom – argumentation une fois de plus "France Télécom centrique" - couvre la totalité de ce périmètre et que ses politiques tarifaires, en particulier en tant qu'opérateur du service universel, ont majoritairement tendance à être fixées au niveau national. En effet, seule la situation concurrentielle objective devrait déterminer une éventuelle segmentation géographique. Dès lors, on ne peut accepter l'affirmation qui suppose que les conditions de concurrence sont relativement homogènes sur l'ensemble du territoire alors même que l'analyse du marché a, entre autres, pour objet d'examiner ce genre de questions. Il est très regrettable que ce raisonnement circulaire empêche l'analyse de mettre en lumière le fonctionnement particulièrement concurrentiel des zones denses pour les non-résidentiels, ce qu'un examen objectif et circonstancié aurait révélé (cf. annexe 1).

Le document reconnaît bien qu'il existe des conditions hétérogènes par le déploiement localisé d'infrastructures concurrentes¹⁵, mais il estime qu'il ne s'agit là que de "poches". Ce sont pourtant les départements les plus importants sur le plan économique et leur poids dans le marché national est, de fait, très significatif. Ainsi, les dix premières agglomérations françaises représentent de l'ordre de 45% du marché de l'accès primaire numérique et plus de 35% des accès numériques de base. Le document de consultation précise d'ailleurs les raisons de la forte intensité concurrentielle dans les agglomérations des zones denses: « *du point de vue de l'offre, les accès primaires connaissent une concurrence plus forte que les autres accès, par l'usage de liaisons louées, le développement du dégroupage de la boucle locale ou par le déploiement localisé de boucles optiques métropolitaines* ».

Il est *a contrario* tout à fait spécieux d'affirmer que le jeu concurrentiel n'est pas circonscrit à ces zones au motif que les entreprises multi-sites concernées seraient invariablement dépendantes d'une offre en zone non dense puisqu'elles y auraient nécessairement un site en complément de leurs sites en zone dense ! Il s'agit là d'une prise de position erronée et démentie par l'expérience : la structuration même des appels d'offre témoigne s'il en est de l'importance du facteur géographique dans la mise en concurrence par ces entreprises, qui choisissent volontiers des prestataires différents pour différentes zones.

France Télécom observe pour sa part, avec les éléments d'analyse complémentaires portés en annexe 1, que ses parts de marché en zones denses sont en constante diminution et sont déjà tombées en dessous des seuils rappelés par l'Autorité de régulation en section B-1 de son introduction. Comme il est essentiel que le marché soit défini de façon à être suffisamment homogène du point de vue de l'intensité concurrentielle¹⁶, France Télécom estime que la segmentation géographique des marchés téléphoniques de détail pour les non-résidentiels en zone dense d'une part, et non dense d'autre part, est impérative.

La pression concurrentielle certaine de la téléphonie mobile

S'il est vraisemblable qu'un téléphone fixe ne peut se substituer à un téléphone mobile, l'expérience montre que la réciproque est fautive. Les consommateurs utilisent leur terminal mobile depuis leur domicile dans des proportions de plus en plus importantes, en France particulièrement. Ainsi, selon l'IDATE¹⁷, le trafic vocal départ

¹⁵ § B – 5.2 p 21.

¹⁶ § 56 des Lignes Directrices de la Commission de juillet 2002

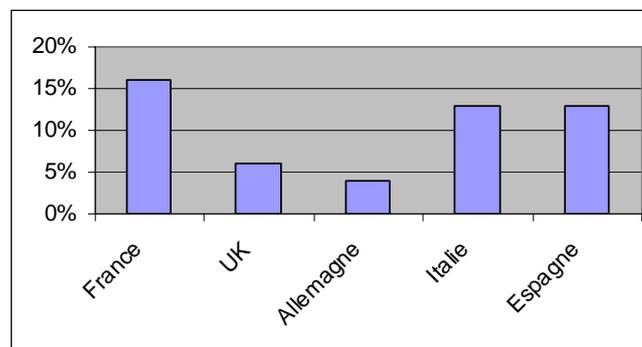
¹⁷ Etude de l'IDATE, juin 2004 « Substitution & convergence : Quel avenir pour la téléphonie fixe ? »



mobile représente 60% du trafic départ fixe (18% à peine en 1999), contre 40% en Grande-Bretagne, elle-même dépassant de plusieurs points la moyenne européenne.

On peut observer d'autre part les effets d'une réelle substitution entre accès au service téléphonique : les comportements de résiliation ou de non-souscription de l'abonnement fixe au profit du mobile se sont considérablement développés chez les consommateurs sensibles à une hausse tarifaire relative. L'ART ne tient pas compte de ce phénomène, au motif qu'il résulterait de la logique des forfaits développée par les opérateurs mobiles. Cette explication ne change pourtant rien à la réalité de cette substitution: dans son analyse des marchés pertinents de la terminaison d'appel mobile, l'ART évoquait une étude Credoc commandée par elle-même et par le CGTI, qui mettait en évidence qu'«*en juin 2003, 14% de nos concitoyens ne disposent plus de lignes fixes » contre « 5% en 1990 »*, et de comprendre que la différence traduit bien une substitution du fixe par le mobile.

Le graphique ci-dessous illustre que le nombre de foyers n'ayant plus que le mobile est particulièrement important en France (données 09/2002¹⁸):



Au stade de la définition du marché pertinent, France Télécom ne contestera pas la séparation des deux marchés, mais la substitution du fixe par le mobile présente un effet de pression concurrentielle notoire que l'Autorité de régulation doit prendre en compte dans son analyse dès lors qu'il s'agit de déterminer s'il existe une éventuelle puissance de marché, ce que le document ne fait pas.

L'ajout du marché des communications fixe vers mobile à la liste des marchés pertinents n'est pas justifié

Nous ne pouvons que souscrire à l'analyse de l'ART selon laquelle « les appels vers les mobiles constituent un marché distinct de celui des communications locales et interurbaines, qui sont des communications interpersonnelles entre postes fixes ».

Pour autant cela ne signifie pas que le marché des communications fixes vers mobiles constitue un marché pertinent comme le sous-entend l'ART. En effet, il convient au préalable de vérifier que les trois critères rappelés par la Commission européenne sont bien satisfaits. A cet égard, le raisonnement tenu par l'ART selon lequel n'importe quel segment d'un marché satisfait *de facto*, individuellement, à chacun des critères utilisés par la Commission dès lors que le marché global de départ y satisfait lui-même est une erreur méthodologique majeure car l'intensité concurrentielle des marchés initialement envisagés par la Commission n'est pas supposée homogène sur chacun de ces segments. Les 18 marchés initiaux devaient en effet faire l'objet d'une segmentation après analyse. Le document soumis à la consultation n'apporte aucune preuve de la pertinence du marché des appels fixe vers mobile au travers de l'applicabilité conjointe de ces trois critères.

¹⁸ OVUM 2004, sur des sources "Telecoms services indicators, study for EU commission, DG information society" de septembre 2002



Au demeurant, France Télécom estime que l'ART n'a pas défini ni examiné convenablement le marché de détail des communications interpersonnelles vers les mobiles, ni au titre de cette analyse, ni au titre de la précédente sur les marchés pertinents de la TA mobile. Or, comme l'a déjà indiqué France Télécom, des effets de substituabilité patents existent au niveau de la demande entre appels fixe vers mobile et appels de mobile vers mobile dès lors que plus de 70% des français disposent d'un mobile. Elle s'étonne en outre de ne pas voir évoqués l'importance et les volumes considérables détournés par les "hérissons" sur le marché fixe vers mobile bien mis en évidence par la première analyse de marché effectuée par l'Autorité.

Tous les faits démontrent donc que les appels fixe vers mobile ne constituent pas un marché pertinent en tant que tel, et qu'une définition en tant qu'ensemble des communications interpersonnelles vers les mobiles s'impose. Or ce marché, ainsi que l'indique la Commission, ne nécessite pas de régulation *ex ante* et doit pouvoir être convenablement régulé par le seul droit commun de la concurrence.

3. Analyse de la puissance sur les marchés de détail.

L'examen des divers marchés en vue de déterminer le degré de puissance des acteurs est plus que sommaire et parsemé de contre-vérités.

La puissance sur les marchés de l'accès

Le document évoque une situation de concurrence qui porte essentiellement sur le marché de l'accès primaire, et ce, dans les principaux centres urbains qui ont fait l'objet d'un déploiement d'infrastructure alternative de fibres optiques.

On ne peut donc que souligner, une fois de plus, la nécessité de distinguer le marché des zones denses en concurrence notoire de celui, peu comparable, des autres zones. Nous invitons l'Autorité de régulation à examiner l'analyse de marché jointe en annexe 1 mettant en évidence l'intensité concurrentielle très forte du marché des zones denses.

Les données quantitatives du marché global ne peuvent donc qualifier convenablement la situation concurrentielle très hétérogène du marché. Il apparaît en outre que les données en valeur sont très peu fiables car les opérateurs alternatifs à France Télécom commercialisent leurs accès primaires au sein d'offres couplées qui ne mettent plus en évidence le chiffre d'affaires provenant de l'accès, ou qui mettent en œuvre une importante subvention croisée entre accès et communications, ce que France Télécom ne peut elle-même réaliser pour des raisons réglementaires¹⁹.

C'est pourquoi, l'analyse ne doit porter crédit qu'aux seules indications quantitatives en volume. Il est à cet égard très surprenant que le document ne comporte pas ces chiffres (en volume) et affirme que ces indications concernant les accès primaires concurrents ne sont pas disponibles.

En effet, les volumes du marché des accès primaires affichés dans l'annexe C6 du document, confirment que seuls les volumes réalisés par France Télécom ont été pris en compte, en provenance d'ailleurs d'une autre source que celle des questionnaires quantitatifs semble-t-il.

France Télécom ne peut ensuite souscrire à l'affirmation selon laquelle elle dispose pour l'accès d'une infrastructure très difficile à répliquer et de fortes économies d'échelle et de gamme.

Les supposées économies d'échelle dans l'accès sont en effet très relatives car les modèles indiquent que les coûts moyens du réseau d'accès décroissent rapidement à leur plancher à mesure que la densité de clients

¹⁹ Les offres alternative à celles de France Télécom couplent accès et communications : ceci peut notamment être constaté sur les offres « Dialog Integral SDSL » de Cegetel ou bien « 9 Com Unique » de 9 Telecom.



augmente. Il en résulte qu'un opérateur qui ne couvrirait pas les zones les moins denses n'en subirait pas pour autant des coûts moyens de boucle locale plus élevés même si sa part de marché est moindre que celle de France Télécom. L'ART dispose à cet effet de modèles de coûts élaborés et devrait, le cas échéant, étayer son analyse par les indications numériques correspondantes. Par ailleurs, on ne voit pas pourquoi France Télécom disposerait d'un avantage exclusif d'économie de gamme, alors que tous les opérateurs alternatifs partagent leurs coûts fixes entre divers services à l'instar de France Télécom.

Il est faux en outre d'affirmer que l'infrastructure de transmission nécessaire au raccordement des –presque- 600 nœuds de son réseau est très difficile à reproduire puisqu'elle est d'ores et déjà reproduite par Cegetel interconnectée à tous les CA de France Télécom notamment.

On ne peut enfin se satisfaire de l'analyse prospective par trop sommaire. En effet, il est regrettable que l'ART n'ait pas analysé les causes de la baisse amorcée du chiffre d'affaires de l'accès résidentiel. On ne peut en effet ignorer la pression concurrentielle des mobiles déjà effective, et l'existence d'autres phénomènes de rupture avec le dégroupage. Or il suffit qu'une telle pression soit suffisante pour priver France Télécom de sa faculté d'agir indépendamment de ses concurrents et des consommateurs.

Dès lors, France Télécom observe que les effets prospectifs du dégroupage ne sont pas considérés avec justesse quand le document soumis à consultation refuse de se projeter au-delà de mi 2004, affirmant que le dégroupage ne concernait que 300 répartiteurs sur 12000 au début de l'année, alors qu'au 15 août 2004, 771 répartiteurs étaient déjà ouverts au dégroupage et que cette possibilité sera offerte, sur la période de l'étude, à une frange de répartiteurs desservant entre 65 et 80% de la population française.

La puissance sur les marchés des communications

Comme pour les marchés de l'accès, France Télécom ne peut que déplorer que l'Autorité n'ait apporté aucune démonstration de l'aptitude de France Télécom à se comporter indépendamment de ses clients ou de ses concurrents ni cherché à analyser les causes et la signification du recul généralisé du marché des communications, en chiffre d'affaires comme en volume. Le document soumis à la consultation se contente d'exposer les parts de marché de France Télécom et de constater qu'elles dépassent le seuil annoncé en préambule. En particulier une seule section de 6 lignes, très insuffisante, est consacrée à l'analyse prospective de l'évolution de ce marché²⁰.

La baisse des parts de marché de France Télécom est sous-estimée

France Télécom estime que la baisse globale du marché fixe pour les non résidentiels entre 2001 et 2003 n'est pas de 17,3% en volume, comme affiché par le document, mais devrait se rapprocher de 11%, ce qui reste considérable²¹. Pour expliquer cette différence, il est possible que l'analyse ait omis de comptabiliser les volumes de trafic transportés au départ de boucles locales alternatives. A cet égard, comme les besoins en communications électroniques sont réputés en constante croissance, le recul généralisé en valeur comme en volume de la téléphonie fixe, dont les prix sont pourtant en baisse, témoigne d'une intense pression concurrentielle. D'un point de vue méthodologique, c'est la définition du marché pertinent qui apparaît problématique car il demeure d'importantes substitutions externes au périmètre retenu. A titre d'illustration, en tenant compte de cette substitution externe au marché des communications locales et interurbaines non résidentielles fixes, la baisse de la part de marché en volume de France Télécom en 2 ans serait de plus de 22% au lieu des 12% annoncés par le document soumis à la consultation²². Sur les marchés résidentiels, le constat est semblable.

²⁰ " l'évolution récente des parts de marché suggère qu'il est peu probable que France Télécom perde sa prédominance sur l'ensemble des marchés des communications dans les 2-3 ans à venir"

²¹ On peut se référer utilement aux études IDC d'octobre 2002 réactualisée en 2004 sur « le marché professionnel des services Voix et Données en France »

²² En considérant que la baisse globale de 12% (soit 10% pour France Télécom seul) du marché constitue un transfert à des concurrents externes au marché



En outre, le document manque de souligner qu'il y a manifestement plus qu'un flottement sur la part de marché de France Télécom si on en juge par le graphique p158 du document de consultation qui tendrait à prouver que les opérateurs transporteurs alternatifs à France Télécom détiendraient plus des 2/3 du marché en nombre de clients²³.

La validité des conclusions de l'ART sur la puissance de France Télécom s'en trouve remise en cause : manifestement il n'est pas loisible à France Télécom de se comporter indépendamment de ses clients et de ses concurrents. Si c'était le cas, France Télécom n'aurait pas besoin d'envoyer, par année, plus de 50 décisions tarifaires à l'ART en vue de pouvoir réajuster ses tarifs téléphonique : une hausse tarifaire relative entraînerait un effet notoire sur sa part de marché tel qu'elle n'en tirerait aucun bénéfice, bien au contraire. Elle n'est pas exposée seulement à la concurrence classique des opérateurs fixes alternatifs, mais également à celle des opérateurs mobiles, et, de plus en plus, à celle provenant du développement du dégroupage.

L'analyse de la puissance de France Télécom sur le marché des communications présente des contre-vérités flagrantes

A titre liminaire, la lecture du document soumis à consultation laisse entendre que la fonction de commutation présenterait une économie d'échelle, c'est à dire des coûts moyens décroissants à mesure que le nombre de clients et de commutateurs augmente. En fait la complexité du réseau, et notamment le nombre de machines de commutation qu'une communication est obligée de traverser croît avec le nombre de clients et la taille du réseau, ce qui se traduit en réalité par une dés-économie d'échelle qui avantage plutôt les opérateurs ayant un réseau de taille plus modeste

On relève ensuite que France Télécom disposerait d'un autre avantage considérable du fait de l'importance de son réseau de distribution qui serait sans comparaison avec ceux de ses concurrents. Ceci n'est pas convaincant : si le document souligne par exemple que Cegetel ne dispose que de 6 têtes d'agences commerciales en région, il omet explicitement de signaler l'utilisation de plus de 500 points de vente Espace SFR. Il serait souhaitable également de tenir compte de tous les points de vente dans les grandes chaînes de distribution françaises généralistes ou spécialisées utilisées de façon intensive par les opérateurs alternatifs, ou du développement des modes de relation client-opérateur à distance, ce que le document ne fait pas.

Concernant les barrières au changement d'opérateur, l'Autorité de régulation estime que la double facturation d'un client de l'accès France Télécom, utilisant pour ses communications la sélection du transporteur, constituerait une "complexité"²⁴ préjudiciable au marché. France Télécom estime que ce terme est très exagéré car il ne s'agit que de recevoir une facture pour l'accès et une autre pour ses communications. Des millions de consommateurs reçoivent d'ailleurs une troisième facture pour leur mobile, une autre de leur FAI et une dernière pour le bouquet de chaînes auquel ils sont abonnés, sans que personne ne se soit jamais plaint de cette « complexité ».

Cette affirmation n'est d'ailleurs pas justifiée : le document évoque "*certaines études*", qu'il ne produit pas, et ne cite que Data Nova qui indique que la moitié des clients souhaitant revenir d'un opérateur alternatif auprès de France Télécom estime que la double facturation est un inconvénient. Cette statistique est cependant spéieuse car elle ne porte que sur moins de 0,3% des foyers, ceux ayant exprimé le choix de revenir chez France Télécom. Comme seule la question de la double facturation leur a été posée, rien ne prouve que ce choix était à l'origine de leur décision. Il est surprenant enfin que l'Autorité de régulation ne relève pas dans cette même étude que, pour plus de 85% de la totalité du marché, les consommateurs sont indifférents ou favorables à la double facturation. Encore une fois, l'analyse présentée n'est pas objective mais biaisée.

Compte tenu de l'absence d'analyse prospective objective et des diverses erreurs de raisonnement, la désignation de France Télécom en tant qu'entreprise puissante sur le marché de détail des communications apparaît spécialement contestable, notamment sur le marché du local / interurbain où

²³ Les opérateurs alternatifs semblent avoir déclaré entre 1/4 et 1/3 de leurs clients en présélection, Comme il y a au total de l'ordre de 5 millions lignes présélectionnées, il en résulte que de 15 à 20 millions de clients font appel aux services des opérateurs alternatifs

²⁴ "Une complexité pour l'utilisateur dans la gestion de ses factures ainsi que dans la maîtrise de ses dépenses" p 41



l'entreprise constate une baisse nettement plus importante de sa part de marché que celle présentée dans le document de consultation²⁵.

Comme ce dernier ne mentionne finalement aucun problème concurrentiel précis justifiant l'application de l'article L 38-1 du code des postes communications électroniques - une part de marché importante ne constitue pas en elle-même un « obstacle au développement d'une concurrence effective » - on ne pourra qu'être surpris de découvrir la dureté des remèdes qui seront ensuite avancés à l'encontre de l'opérateur ici désigné et se réserver toute possibilité de les contester.

4. Sur la délimitation des marchés pertinents de gros

En correspondance avec les marchés pertinents de détail de la téléphonie en position déterminée, la Recommandation de la Commission identifie trois marchés de gros susceptibles d'être régulés ex ante : départ d'appel, terminaison d'appel et transit sur le réseau téléphonique. Comme sur les marchés de détail, on relève d'emblée une non-conformité dans la délimitation des marchés pertinents²⁶ qui ne devraient porter que sur les prestations intermédiaires d'acheminement de communications téléphoniques, et non de la régulation d'un réseau et de toutes les fonctions qu'il est susceptible de rendre.

À cet égard, France Télécom s'étonne de l'approche méthodologique du document soumis à la consultation qui construit son analyse à partir de la structure détaillée²⁷ du réseau de France Télécom qu'il examine ensuite segment par segment. Cette approche, profondément marquée par les pratiques antérieures de la régulation des réseaux, ne peut, par construction, que préjuger des conclusions de l'analyse et est dans ces conditions éminemment contestable. Il est d'ailleurs tout à fait singulier que le document délimite deux marchés de transit différents CA-CT et CT-CT alors que la Recommandation ne le fait pas²⁸. Il était pourtant préconisé de définir le marché du transit par simple différence entre celui du départ d'appel et celui de la terminaison d'appel. Force est de constater que le schéma suivi par le document est très différent puisqu'il procède à la recherche des diverses possibilités de substitution à chaque segment du réseau de France Télécom comme si ces derniers formaient les étapes successives d'un itinéraire imposé. Il n'en est rien. Le schéma exposé en page 44 est à cet égard particulièrement trompeur car il laisse entendre que la traversée des deux commutateurs CA et CT du réseau de France Télécom serait nécessaire avant de pouvoir accéder à d'autres réseaux. Or, en pratique, plus de 66% du trafic est directement acheminé entre le premier commutateur et le réseau du concurrent en 2003, plus de 80% aujourd'hui, contre 26% en 2001.

On peut, ici encore, déplorer la méconnaissance des principes de neutralité et d'objectivité et que toute l'analyse soit marquée d'un profond tropisme vis-à-vis du réseau téléphonique de France Télécom. Ce n'est pas sans conséquences : l'Autorité de régulation ne peut que reconnaître que l'approche du document de consultation s'accommode très difficilement de la réalité des réseaux téléphoniques tiers²⁹, et apparaît tout à fait inapplicable aux technologies de dernière génération!

France Télécom appelle surtout l'attention du régulateur sur les incohérences méthodologiques de la définition du marché dit « CA-CT », qui n'est qu'une construction théorique puisqu'aucune offre ne se présente de la sorte. La distinction de deux marchés de transit apparaît très artificielle : chaque acheteur conserve la faculté de choisir sa structure d'achat et ses propres investissements en cohérence, ce qui témoigne qu'en pratique les deux marchés de transit ne constituent qu'un seul marché pertinent.

²⁵ 22% au lieu du 12% sur le marché des entreprises et presque 15% au lieu de 8 sur le marché des résidentiels

²⁶ « inclure dans le marché toutes prestations techniques fournies à un opérateur lui permettant d'acheminer entre deux points fixes communications véhiculées sur un canal à 64 kb/s » ce qui englobe des offres totalement étrangères au marché, comme les LL bas débit, ou des offres de bitstream.

²⁷ « Ce schéma présente l'architecture type de réseau téléphonique de l'opérateur historique français, qui sert de référence,... » §A 3.1 p 44

²⁸ L'Autorité n'hésite pourtant pas à écrire que ses conclusions sont cohérentes avec celles de la Recommandation dont elle affirme avoir tenu le plus grand compte.

²⁹ « L'évaluation des parts de marchés respectives des différents acteurs sur le CT-CT est un exercice particulièrement complexe dans la mesure où les architectures de réseau des opérateurs alternatifs sont souvent différentes de celle de France Télécom. » p 73



La démarche suivie dans le document ne semble avoir en fait d'autre finalité que d'isoler les différents segments du réseau de France Télécom, de les considérer comme participant de marchés distincts, afin de pouvoir y imposer des contraintes de régulation distinctes et de reconstituer le dispositif réglementaire précédent³⁰ ainsi qu'il apparaîtra ultérieurement dans la partie remèdes. France Télécom ne saurait souscrire à une telle analyse dans la mesure où elle n'est que l'instrument d'une régulation, non dans l'intérêt du consommateur mais pour la préservation d'une rente au bénéfice de ses concurrents ainsi qu'il sera exposé plus loin. On ne saurait trop dès lors recommander que l'analyse du marché de transit soit mise en conformité avec la Recommandation sur le marché 10.

France Télécom relève ensuite que le document soumis à la consultation ne propose pas de segmentation géographique du "marché CA-CT" et indique que la segmentation géographique « *masquerait des informations de compréhension du marché* ». Ceci ne constitue pas une justification valable car une segmentation permet au contraire d'enrichir l'information pour une meilleure connaissance du marché. De même, affirmer que la "concurrence qui s'exerce d'abord en zone dense ne peut remettre en cause la nature essentiellement nationale du marché" ne démontre pas pourquoi ce dernier aurait nécessairement cette nature. A cet égard il est fait référence au choix de considérer les marchés de détail comme nationaux, et il est affirmé qu'en conséquence ces contraintes se répercutent sur les marchés de gros. L'Autorité de régulation a pourtant préconisé exactement le contraire, pour les mêmes motifs, dans son document de consultation sur les marchés pertinents 11 et 12 de la Recommandation. On ne peut d'ailleurs accepter le raisonnement circulaire refusant la segmentation du marché au motif que l'unicité des tarifs de gros est souhaitée par le régulateur.

Le document reconnaît pourtant que la concurrence existe manifestement dans 14 des 18 zones de transit. Il y a en effet aujourd'hui 14 ZT dans lesquelles au moins trois opérateurs dépassent le seuil de 50% de CAA raccordés, dont 8 ZT où le taux de raccordement aux CA dépasse 70%. Mais il soutient que les quatre zones les moins denses ne font pas l'objet de conditions de concurrence suffisantes. Cette différence devrait normalement le conduire à segmenter géographiquement le marché, mais il estime que la segmentation permettrait à France Télécom de développer une subvention croisée agressive des zones peu concurrentielles vers les zones très concurrentielles³¹. Il est très regrettable que pour illustrer la portée de cet argument, l'analyse n'ait pas quantifié les tailles respectives de chacun des marchés ce qui aurait mis en évidence son caractère absurde. Il serait ici d'ailleurs tout à fait justifié de parler de « poches » de moindre concurrence. Le document présente à cet égard un parti pris désarmant dont on pourrait sourire s'il n'entraînait pas de lourdes conséquences : « *une réelle concurrence ne peut s'exercer et influencer sur le comportement de l'opérateur historique que si elle s'exerce sur l'ensemble du territoire national* ».

Sur la conclusion enfin, le document soumis à la consultation commet la même erreur de raisonnement que sur les marchés de détail en postulant que le marché « CA-CT » vérifierait de facto les 3 critères d'éligibilité en tant que marché pertinent, du simple fait que c'est un segment du marché global du transit déjà retenu par la Commission.

Au cas d'espèce, ceci est grossièrement faux car, des 3 critères préalables exigés par la Commission, aucun n'est objectivement vérifié pour le marché « CA-CT » :

- il n'existe plus depuis longtemps la moindre barrière à l'entrée pour les 4 opérateurs dont le taux de raccordement au CA a dépassé les 70%, Cegetel vient d'ailleurs d'annoncer publiquement qu'elle est désormais raccordée à tous les commutateurs de France Télécom,
- l'évolution de la concurrence sur ce marché est extrêmement vive, à mesure que le taux de présence des divers opérateurs s'accroît,
- l'insuffisance du droit de la concurrence n'est pas démontrée.

³⁰ Et pourtant, la recommandation de la Commission mettait même en doute que ledit marché du transit continue à figurer parmi les marchés pertinents au cours de la période d'exercice !

³¹ « *une segmentation masquerait sa faculté d'adopter des stratégies lui permettant de profiter de l'absence d'opérateurs concurrents sur certaines zones pour subventionner des stratégies plus agressives sur les zones où existent des offres concurrentes.* »



Cet argument sera d'ailleurs employé par le document sur le marché du « CT-CT » avec la même absence de fondement.

5. La puissance sur les marchés de gros

Le document constate un quasi-monopole de fait de la part de France Télécom sur le marché de gros du départ d'appel intra-CA. France Télécom exprime le souhait que les analyses de ce marché fassent figurer à l'avenir les volumes de communication au départ des boucles locales alternatives, que les accès soient optiques ou métalliques. L'ART devrait exercer les pouvoirs dont elle dispose dans le cas où les opérateurs concernés n'auraient pas communiqué les volumes correspondants, à l'instar du marché de l'accès numérique primaire d'ailleurs.

Il faut regretter, en préambule, que la présente analyse ne prenne pas plus en considération les éléments dynamiques de l'évolution du marché, ainsi que les phénomènes de ruptures déjà identifiés et que les deux derniers semestres ont pourtant bien mis en évidence. Elle n'a pas non plus examiné plus en détail les parts de marchés sur la collecte du trafic Internet alors qu'elle doit disposer des informations correspondantes dans les réponses aux questionnaires quantitatifs. A cet égard, France Télécom croit devoir signaler qu'elle n'est plus, en 2004, le premier fournisseur de collecte du trafic Internet.

Partant, l'argumentaire de l'ART visant *in fine* à affirmer la dominance de France Télécom sur les marchés du transit (« CA-CT » et « CT-CT ») et à lui imposer des mesures correctrices *ex ante* repose essentiellement sur un développement en deux étapes :

- 1^{ère} étape : France Télécom dominerait globalement au niveau des coûts
- 2^{ème} étape : France Télécom, en l'absence d'une régulation *ex ante*, pourrait exercer un effet de levier vertical important lié à sa puissance sur les marchés de gros adjacents.

1^{ère} étape : l'argument de l'avantage structurel en matière de structure de coût

Le document affirme que les opérateurs alternatifs sont structurellement moins efficaces que France Télécom qui bénéficierait d'avantages de coûts du seul fait de sa puissance sur les marchés de détail - conclusion dont nous avons déjà contesté la véracité - et des volumes « d'autoconsommation » associés.

En substance, le premier et principal argument avancé à l'encontre de France Télécom consiste donc en une supposée domination globale au niveau des coûts (économies d'échelle, économies d'envergure, etc.). Il n'y a pourtant aucune tentative pour évaluer l'ampleur de ce prétendu avantage.

On peut admettre qu'un opérateur qui disposerait d'une infrastructure de réseau équivalente en taille et en technologie à celle de France Télécom mais avec des volumes de trafic moindres serait effectivement désavantagé. En pratique cependant, il y a unicité (péréquation géographique) des tarifs de France Télécom, qu'ils relèvent du marché de détail ou du marché de l'interconnexion. Ces tarifs reflètent donc les économies d'échelle moyennes réalisées sur le réseau général de France Télécom, qui couvre en propre l'ensemble du territoire national sachant qu'une part importante des coûts est causée en fait par la dispersion géographique de la demande, donc imputable dans une large mesure à la couverture des zones peu denses.

En comparaison, les opérateurs alternatifs obéissent à une pure logique commerciale pour le déploiement de leurs réseaux. Ces opérateurs n'ont pas vocation à dupliquer le réseau de France Télécom, le déploiement d'une infrastructure de réseau en propre n'étant jamais une finalité en soi, mais un moyen, parmi d'autres options possibles, pour faire aboutir leurs activités sur les marchés. Ils disposent ainsi, eux, de la possibilité d'arbitrer en fonction des avantages économiques attendus, entre la construction d'infrastructures en propre à partir des meilleures technologies industriellement disponibles, ou l'achat de prestations fournies par d'autres opérateurs dont France Télécom. De fait ils sont en mesure de cibler les déploiements en propre, limitant ceux-ci aux zones géographiques et aux axes réputés économiquement rentables, tandis que pour les zones où ils n'ont pas d'intérêt économique à investir en propre, ils peuvent bénéficier des économies d'échelle réalisées en moyenne par France Télécom sur l'ensemble du territoire. Par conséquent, il n'est nullement démontré en



quoi les économies d'échelle moyennes de France Télécom surpasseraient systématiquement celles réalisées par les opérateurs tiers avec des volumes d'activités moindres certes, mais sur des infrastructures aussi limitées qu'optimisées car non contraintes à une couverture géographique en propre de l'ensemble du territoire. En contradiction avec cette théorie de domination globale au niveau des coûts, il est d'ailleurs surprenant que le document reconnaisse aux prestations de simple transit régionales un coût pour l'opérateur tiers nécessairement supérieur à l'usage de sa propre infrastructure³².

Les assertions du document comportent un sérieux biais méthodologique susceptible de remettre en cause la validité des conclusions. En effet, il est très regrettable de prendre l'architecture du réseau de France Télécom – du réseau de transit surtout – comme référence constante. Le raisonnement s'en trouve considérablement faussé car cela incite ensuite à argumenter comme si les opérateurs tiers présents sur ces marchés de gros avaient nécessairement vocation à répliquer cette architecture, ce qui n'est assurément pas le cas.

Par ailleurs, une approche centrée sur les volumes d'autoconsommation et les économies d'échelle qu'ils permettraient d'atteindre³³ ne peut que conduire à des conclusions absurdes : lorsque la part de marché de France Télécom sur le « marché CA-CT » sera réduite à sa seule autoconsommation, à l'instar de sa situation actuelle sur le marché « CT-CT », c'est à dire lorsque sa part de marché sur les volumes effectivement échangés entre des entités juridiques distinctes sera nulle, France Télécom apparaîtra toujours dominante aux yeux du régulateur, qui, s'il persiste dans sa logique, continuera probablement de lui imposer des mesures *ex ante*³⁴.

Pourtant, il est courant que les autorités de concurrence ne comptabilisent pas l'autoconsommation dans l'analyse de la puissance sur le marché³⁵. Ceci devrait inciter l'ART à réviser sa méthodologie³⁶ en la matière.

On peut enfin s'interroger sur l'efficacité pour le consommateur de remèdes particuliers motivés par des « économies d'échelle qui donnent donc un avantage structurel à l'opérateur historique »³⁷. La finalité de la régulation est pourtant d'apporter un avantage aux consommateurs, aussi quel intérêt y a-t-il à promouvoir à ce point une duplication des infrastructures, laquelle se traduira inmanquablement par une perte globale d'efficacité productive rendant à terme cette démarche inefficace pour le consommateur ?

2^{ème} étape : l'argument de l'effet de levier

³² p 47

³³ L'ART considère ainsi que les pertes de parts de marché de France Télécom sur les marchés de l'acheminement CA-CT et CT-CT ne sont pas révélatrices « d'un marché devenu concurrentiel qui justifieraient une levée de toute régulation *ex-ante* ».

³⁴ Le constat d'un marché de détail devenu concurrentiel n'offre pas non plus la garantie que la régulation du marché de gros sous-jacent sera allégée. Ainsi dans la recommandation de la Commission concernant les marchés pertinents de produits et services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* ; on peut lire le passage suivant :

« On pourrait estimer, par exemple, que le recours à la sélection et à la présélection de l'opérateur a rendu concurrentiel le marché national des appels résidentiels. Cependant, dans la mesure où c'est précisément l'obligation réglementaire d'assurer la présélection qui a permis l'apparition d'une concurrence effective, il peut se révéler inopportun de supprimer cette obligation sans analyser au préalable les conséquences plus générales de cette suppression. »

A méditer, en comparaison, l'évolution de la doctrine réglementaire aux Etats-Unis où la politique consistant à imposer aux opérateurs historiques locaux les conditions de la disposition des prestations de gros aux nouveaux entrants (CLECs) est progressivement abandonnée, suite au constat que les CLECs avaient cessé d'investir en propre pour se contenter de n'être que des revendeurs des prestations des opérateurs historiques.

³⁵ Voir par exemple, Shell /DEA cas N° COMP/M.2289, Lagardère / Natexis / VUP, cas N° COMP M 29.78

³⁶ Méthodologie qu'elle a elle-même définie dans le précédent cadre par la décision N° 98-982 du 19 novembre 1997 établissant pour 1999 la liste des opérateurs exerçant une influence significative sur un marché des télécommunications en comptabilisant, pour la première fois, le trafic d'interconnexion dit 'interne'.

³⁷ Le cadre sous-jacent dans lequel l'ART place son analyse considère que l'ensemble des opérateurs disposent de la même technologie, avec laquelle ils sont en mesure de produire des produits ou services de qualité équivalente. Du point de vue des consommateurs, ces produits ou services étant alors substituables les uns aux autres, le critère essentiel de différenciation réside dans le prix ; le facteur discriminant devient donc la capacité de chacun de ces opérateurs à générer des économies d'échelle.



Tout au long du document, le lecteur retrouve de manière itérative l'argument qu'un opérateur, s'il n'était pas régulé sur tel ou tel marché, risquerait d'exploiter "un effet de levier" avec d'autres marchés auxquels il a pourtant été prescrit, quelques pages auparavant, l'imposition d'une régulation maximale...

Il en va ainsi également des « marchés » de gros de l'acheminement CA-CT et CT-CT.

L'analyse initiale de la puissance sur le marché de gros du départ d'appel intra-CA amène l'ART à proposer d'imposer à France Télécom sur ce marché la liste exhaustive des obligations réglementaires *ex ante*. Passant ensuite à l'analyse de la puissance sur le marché de gros de l'acheminement « CA-CT », le document explique qu'en l'absence d'une régulation sur ce marché, France Télécom pourrait exploiter l'effet de levier sur le marché de gros... du départ d'appel intra-CA ! Idem quelques pages plus loin dans l'analyse du marché de gros de l'acheminement « CT-CT », dans laquelle il est expliqué qu'en l'absence d'une régulation, France Télécom pourrait exploiter l'effet de levier sur le marché de gros de l'acheminement « CA-CT ».

En pratique, si l'usage de la théorie de "l'effet de levier" n'a pas lieu d'être proscrit, il semble préférable de ne pas abuser de cet argument, au risque de créer un raisonnement circulaire entre deux marchés, à l'exemple du cas évoqué ci-dessus.

Un contre-pouvoir des acheteurs très sous-estimé

Par ses développements sur le rôle de France Télécom vis à vis des opérateurs tiers, le document soumis à la consultation semble ignorer qu'il existe au moins 4 opérateurs exerçant sur le marché de gros du transit commuté, offrant un large choix de solutions alternatives à France Télécom pour les autres opérateurs peu déployés à l'interconnexion. Il semble ignorer de même le fait que l'interconnexion entre réseaux soit transitive : il suffit à un opérateur de s'interconnecter à un opérateur comme Cegetel (qui a dupliqué l'infrastructure longue distance de France Télécom en totalité) pour bénéficier de l'ensemble de ses capacités d'acheminement, de ses interconnexions directes avec les autres opérateurs majeurs et de son interconnexion avec France Télécom au cas où Cegetel ne disposerait pas de la totalité des destinations.

L'interconnexion au réseau de France Télécom n'est donc pas indispensable pour un opérateur donné

Le document semble également ignorer que tous les opérateurs majeurs, fixes et mobiles, sont aujourd'hui directement interconnectés entre eux et qu'ainsi l'essentiel du trafic dit « de transit » ne passe pas par le réseau de France Télécom.

Pour ce qui concerne le contre-pouvoir des acheteurs, France Télécom trouve surprenante l'affirmation selon laquelle « même le plus important acheteur de prestations de CA-CT ne pourra exercer de pression suffisante sur le niveau des tarifs et les conditions de fourniture de la prestation que France Télécom serait en mesure d'imposer en l'absence de régulation » alors que toute l'action réglementaire depuis de nombreuses années a consisté à empêcher France Télécom de baisser ses tarifs autant que le fonctionnement normal (non régulé) du marché l'aurait exigé. Cette affirmation est d'autant plus paradoxale que c'est un remède sous forme de prix plancher que l'Autorité entend imposer à France Télécom à la fin de son analyse.

En définitive, France Télécom observe que l'analyse de la puissance sur le marché « CA-CT » n'expose que des arguments théoriques, n'avance aucun élément factuel, et méconnaît la réalité. S'agit-il de justifier le maintien d'une contrainte appliquée dès l'origine ? Ce serait surprenant puisque l'analyse du « marché » tend à montrer que cette contrainte n'a pas été efficace. France Télécom perçoit mal l'objectif visé. En effet le maintien d'un tel schéma conduirait à empêcher France Télécom de baisser ses tarifs et à ménager un espace économique protégé pour ses concurrents, ce qui n'est pas l'objet de la régulation sectorielle.

Concernant le marché « CT-CT », l'ART propose de déclarer France Télécom puissant du fait des avantages structurels dont elle disposerait. La législation stipule cependant qu'un opérateur est dit puissant s'il peut se comporter de façon significative indépendamment de ses concurrents et de ses clients.



France Télécom est surprise de cette conclusion alors que l'ART a relevé par ailleurs qu'une « douzaine d'opérateurs est pourtant déjà interconnectée sur l'ensemble des zones de transit de France Télécom, et certains possèdent des infrastructures de transport suffisamment importantes pour assumer, en lieu et place de France Télécom, un service de transit sur l'ensemble du territoire métropolitain ». Ceci témoigne du fait que les conditions favorables à la concurrence sont présentes et qu'il n'y a plus de barrière à l'entrée sur le marché du transit. Que faut-il de plus pour envisager sereinement son fonctionnement nominal, et donc sans régulation ex ante ?

6. Sur les mesures correctrices

La définition éventuelle de mesures correctrices constitue le terme du processus d'analyse des marchés. A cet égard, les textes européens et nationaux affirment explicitement que la **proportionnalité** d'une obligation (à venir) s'entend par rapport **au problème constaté** et à ce qui est **strictement nécessaire** pour le traiter, entre autres parce qu'il est **démonstré que le droit de la concurrence n'y suffit pas**.

D'emblée, on relèvera que le dispositif de mesures correctrices dont le document dresse ici l'esquisse n'est rien moins que la liste exhaustive de toutes les obligations possibles envisagées par les textes. Les prescriptions de l'ancien cadre sont notamment énoncées explicitement, et, reconduites automatiquement de façon lapidaire alors même que les textes communautaires exigent la justification de la proportionnalité de toute obligation.

Loin d'envisager des allègements réglementaires que le législateur a souhaité permettre, il est proposé un accroissement des obligations dans tous les marchés sans jamais concevoir un traitement par le droit de la concurrence, même dans ses domaines les plus usuels (lorsqu'il s'agit par exemple de traiter d'éventuels prix d'éviction).

En contraste avec le renforcement singulier des obligations, on déplore, le plus souvent, la faiblesse de l'analyse voire l'absence de raisonnement venant étayer l'affirmation de leur nécessité et de leur caractère proportionné (Le raisonnement implicite est : « *France Télécom a une position dominante donc l'obligation est proportionnée* »). Une telle négligence est particulièrement dommageable lorsque la création de nouveaux marchés est proposée; il est vrai que la démonstration correspondante, que les autorités de régulation ont l'obligation d'apporter, semble particulièrement difficile à faire (ex. du marché de l'acheminement « CA-CT », inventé non pour permettre le développement de la concurrence mais pour favoriser certains concurrents).

Il est nécessaire de rappeler que ce n'est pas parce que les autorités nationales **peuvent** imposer les obligations potentielles prévues dans les articles 9 à 13 de la directive « Accès » qu'elles sont **tenues** de les imposer à une entreprise du seul fait de sa dominance, et surtout de les imposer toutes.

Il est notable que l'analyse affiche très clairement le souhait de ne pas s'écarter des préconisations réglementaires antérieurement imposées, et ce, alors qu'il revient à l'ART d'examiner les situations de dominance et les remèdes sans se référer aux pratiques antérieures. Ainsi elle n'hésite pas à affirmer qu'elle « *a estimé nécessaire de traiter le marché de la terminaison d'appel sur le réseau de France Télécom avec ceux du départ d'appel et du transit au vu de la nécessité de gérer au mieux la continuité avec la régulation actuelle de l'opérateur historique, qui s'exerce précisément sur l'ensemble de ces marchés* »³⁸.

Cette présentation confirme que l'analyse a bien été menée à contre-courant en considérant les prescriptions de l'ancien cadre comme un acquis réglementaire intangible. Le souci légitime d'assurer une certaine continuité entre les régimes de régulation issu du cadre réglementaire prévu pour l'ouverture à la concurrence et issu du cadre réglementaire de 2002, ne doit pas conduire à dénaturer le principe même de l'analyse des marchés qui ne peut préjuger des conclusions.

³⁸ p 83



Le document soumis à consultation laisse en outre entendre qu'il n'a, *a priori*, pas souhaité explorer l'allègement des marchés de gros, tant qu'il y avait débat sur la régulation du marché de détail³⁹. Cette idée est contestable : il n'y a pas de raison *a priori* le retrait d'une mesure qui n'est plus justifiée en tant que telle sur un marché de gros au seul motif que le marché de détail resterait régulé par ailleurs, et notamment tant que l'examen correspondant n'a pas été mené jusqu'à son terme.

Des obligations d'accès non proportionnées

On relève d'emblée que la segmentation des marchés de gros, en concordance avec la seule topologie du réseau de France Télécom, ne semble avoir d'autre finalité que de rendre aisée la formulation des remèdes qui consistent à maintenir toutes les obligations d'accès existantes spécifiques à l'architecture de ce réseau. Avec la même conviction, le document de consultation préconise la conservation de tous les points d'interconnexion existants, et de toutes les prestations d'accès aux sites de France Télécom, même lorsque ces derniers ne sont pas ou plus utilisés.

Pour examiner le caractère proportionné de ces mesures, il convient d'abord d'en vérifier la stricte nécessité. Or, le simple fait qu'une offre ou qu'une modalité existe ne prouve pas qu'il soit nécessaire d'en imposer explicitement le maintien. A l'appui d'une telle mesure conservatoire généralisée, le document n'apporte que des considérations purement théoriques, et néglige, une fois de plus, la réalité des offres de gros alternatives à celles de France Télécom, dont l'existence est désormais établie sur l'ensemble du territoire.

Le document omet en particulier de souligner **la dynamique d'évolution de la part de marché de France Télécom sur le transit. Or on peut à présent estimer celle-ci à moins de 1% du marché effectif « CT-CT »** (celui qui résulte effectivement de transactions entre acheteurs et vendeurs de la prestation). En outre, le document de consultation laisse entendre que l'interconnexion avec France Télécom serait nécessaire aux opérateurs tiers, alors que nombre d'entre eux, de toutes tailles, ont fait le choix de ne plus s'interconnecter avec elle (ou pour une part infinitésimale de trafic).

Il est très clair que ce marché a acquis son autonomie, que l'intensité concurrentielle y est une réalité, et qu'en conséquence, la mise en place de mesures ex ante serait non seulement contestable du point de vue de la nouvelle réglementation mais superflue voire néfaste à un bon fonctionnement de ce marché, en limitant par exemple la concurrence et en imposant des prix d'équilibre supérieurs à ceux qui résulteraient du fonctionnement normal du marché non régulé.

Par ailleurs, comme la désignation de France Télécom en tant qu'entreprise dominante repose essentiellement sur son 'auto-consommation', sa part du marché libre étant en très forte décroissance, voire déjà négligeable, on ne peut que souligner la curiosité que constituerait une obligation imposant à France Télécom le maintien d'une prestation d'accès qu'elle ne vend plus.

En conséquence, il n'apparaît pas même nécessaire d'examiner d'autres critères, pour conclure dès à présent au caractère manifestement non proportionné des remèdes proposés par le document sur les marchés de gros du « CA-CT » ou du « CT-CT » que seules les règles du droit de la concurrence devraient à présent régir.

A titre accessoire, on relèvera la confusion selon laquelle la sélection du transporteur constituerait un remède dont l'imposition serait rendue possible au titre de l'article 12 de la directive « Accès ». Ce n'est pas le cas. La sélection du transporteur est une disposition particulière qui peut être imposée au titre de l'article 19 de la directive « Service universel » et qui ne vise que le raccordement au réseau téléphonique public offert par les entreprises reconnues puissantes sur ce marché. Les développements sur les diverses modalités pratiques de cette obligation n'ont donc pas leur place dans une telle analyse des marchés de gros de l'acheminement. A cet égard, l'analyse pêche par une désinvolture surprenante en préconisant de « *maintenir l'ensemble des exigences imposées dans les décisions 97-345 ... et 01-691* » sans même évoquer leur contenu.

³⁹ « L'ART a considéré qu'il était dans l'esprit des directives de chercher en premier lieu à alléger les obligations pesant aujourd'hui sur les opérateurs puissants sur les marchés de détail avant d'alléger les obligations existantes sur les marchés de gros » p 121



France Télécom estime nécessaire de souligner que la nécessité d'ouvrir à la sélection du transporteur les communications interpersonnelles vers les numéros 087B n'est pas établie, au regard d'une part de la faible importance que l'Autorité attribue à ces services dans son analyse prospective et d'autre part du fait qu'une telle évolution semble redondante par ses effets avec ceux attendus par l'Autorité en matière de revente du service de raccordement au réseau téléphonique. Même dans l'hypothèse, où ces services seraient amenés à se développer de façon considérable, ce qui ne peut être exclu, c'est la puissance même de France Télécom sur l'accès qui en serait définitivement affectée. Un tel « remède » apparaît par conséquent pour le moins prématuré.

Il en va de même de la sélection du transporteur vers les services spéciaux, dont on ne voit pas trop la pertinence compte tenu du principe sous-jacent selon lequel la concurrence s'y effectue côté appelé et non côté appelant. La coexistence de dispositions réglementaires de part et d'autre étant difficilement concevable, il serait alors nécessaire d'abroger les dispositions du côté des appelés, ce qui représenterait une évolution d'une importance considérable. France Télécom souhaite ne pas préjuger une telle mesure au regard de sa réelle complexité, et de la difficulté supplémentaire d'organiser de surcroît la revente du service de raccordement au réseau téléphonique.

Concernant ensuite la prestation de facturation pour compte de tiers des communications des services spéciaux dont elle assure la collecte au départ de son réseau, France Télécom ne peut que rappeler sa position sur la question du recouvrement des créances. Elle a en effet soutenu avec constance qu'un recouvrement de créances effectué par France Télécom n'est pas nécessaire à l'entreprise interconnectée, et que cette prestation relève du marché de l'affacturage. Plutôt que de l'imposer, ce qui semblerait déplacé, il apparaît préférable de laisser aux acteurs la liberté de fournir, ou pas, cette prestation selon les circonstances objectives. L'ART ne peut contester d'ailleurs que certaines offres de facturation pour le compte de tiers aient librement été complétées de la prestation de recouvrement.

Sur l'interconnexion forfaitaire enfin, France Télécom estime que l'imposition *ex ante* d'une offre au CT est superfétatoire compte tenu de l'intensité concurrentielle sur le marché du « CA-CT » et notamment du fait que France Télécom n'y est plus le premier fournisseur

Sur l'obligation de vente en gros du service de raccordement

Il convient en premier lieu de rappeler une nouvelle fois que l'Autorité de régulation des télécommunications ne peut s'abstraire des dispositions réglementaires prévues par la Recommandation de la Commission du 11 février 2003 sur la liste des marchés pertinents.

Ainsi l'article 15 de la directive « cadre » du 7 mars 2002 prévoit en alinéa 3 que « les autorités réglementaires nationales tiennent le plus grand compte de la recommandation et des lignes directrices pour la définition des marchés pertinents correspondant aux circonstances nationales, en particulier sur leur territoire, conformément aux principes du droit de la concurrence. Les autorités réglementaires nationales suivent les procédures prévues aux articles 6 et 7 avant de définir des marchés qui diffèrent de ceux figurant dans la recommandation » (que ces marchés diffèrent par leur périmètre du fait d'une segmentation plus fine, ou qu'ils soient identifiés en plus de ceux déjà visés par la recommandation).

De même il convient de noter que les obligations qui peuvent être imposées aux opérateurs réputés avoir une puissance significative sur un marché donné – indiquées aux articles 9 à 13 de la directive accès - sont cantonnées audit marché tel que défini par la recommandation.

A contrario, il n'est pas loisible à l'ART d'imposer des obligations qui ne découleraient pas directement de l'analyse des marchés selon le formalisme strictement délimité par les directives : « les autorités réglementaires nationales n'imposent pas les obligations définies aux articles 9 à 13 aux opérateurs qui n'ont pas été désignés conformément au paragraphe 2 ».



L'Autorité est donc bien contrainte dans l'imposition des différents remèdes qu'elle préconise par l'analyse des marchés. Pourtant le document soumis à consultation se fonde sur l'article 12, 1.d de la directive « Accès » pour justifier de la capacité de l'ART à imposer à France Télécom la vente en gros du service de raccordement au réseau téléphonique. Or cet article se réfère strictement à l'article 8 de la même directive qui vise l'analyse des marchés identifiés par la Commission. En outre, il concerne la possibilité d'imposer à une entreprise dominante la fourniture d'un service particulier dans le cadre de la mise à disposition de l'accès à un élément de réseau ou à une ressource de réseau. Il convient par conséquent de souligner le caractère accessoire qu'un tel service doit constituer au regard de la prestation d'accès à un élément de réseau.

Les mesures correctrices ne peuvent donc concerner qu'un marché déjà défini, ou le cas échéant un nouveau marché qu'il conviendra de délimiter précisément et de soumettre à l'appréciation de la Commission. Le document recèle ici une grave erreur méthodologique puisqu'il préconise la revente en gros du raccordement sur la base de la situation du marché de détail⁴⁰, au lieu de rattacher une pareille obligation à un marché de gros qui, en tout état de cause, n'a ni été défini ni a fortiori examiné. Aucune offre de gros de raccordement au réseau téléphonique n'existe d'ailleurs⁴¹.

Rappelons en effet que les lignes directrices de la Commission (paragraphe 108) font obstacle à ce qu'une ARN impose une des obligations des articles 9 à 13 de la directive « accès » en remède à une position dominante sur un marché de détail: *«Les obligations réglementaires spécifiques qui peuvent être imposées à des entreprises puissantes sur le marché peuvent s'appliquer tant aux marchés de gros qu'aux marchés de détail. En principe, les obligations relatives aux marchés de gros sont définies aux articles 9 à 13 de la directive « Accès ». Quant aux obligations relatives aux marchés de détail elles sont définies aux articles 17 à 19 de la directive « Service universel ».* Ainsi l'Autorité ne pourrait justifier des remèdes que sur la base des articles de la directive « service universel » prévus au chapitre III (articles 16, 17, 18 et 19), remèdes qui doivent rester en toute hypothèse proportionnés aux objectifs de la régulation et qui ne comportent pas la possibilité pour un régulateur d'imposer la revente en gros d'un service de détail.

De même, l'ART ne peut imposer la revente en gros du raccordement en tant qu'obligation sur un marché de gros dès lors qu'elle n'a pas identifié le marché de gros correspondant, n'en a pas fait l'analyse, et ne s'est pas non plus appuyée sur l'analyse d'un marché dont ce marché aurait pu constituer un segment connexe⁴².

Par ailleurs, aucun élément de fait ne vient corroborer ensuite l'analyse de l'ART puisque, loin de confirmer les écueils de la double facturation, l'étude Datanova précitée démontre au contraire l'influence marginale de la facilité que représente la facture unique pour le client.

En outre il convient de noter que les effets de levier concernant l'utilisation des données clients demeurent soumises aux règles de la concurrence qui constituent un rempart efficace et opératoire à tout comportement déloyal en la matière.

Enfin, le document de consultation qui laisse entendre que présélection et offre de gros du service de raccordement iraient de pair est inquiétant du point de vue de la préservation du droit des consommateurs : imposer leur appariement constituerait un abus caractérisé.

⁴⁰ « L'autorité entend précisé quatre prestations d'accès spécifiques qu'elle propose d'imposer à France Télécom au vu de la situation des marchés de détail sous-jacents aux marchés de gros sur lesquels France Télécom exerce une situation dominante »

⁴¹ Il est à noter que la situation du Royaume-Uni était à cet égard bien différente lorsque l'OFTEL a demandé à la Commission l'autorisation d'ajouter ce marché à la liste des marchés pertinents : le régulateur britannique avait en effet engagé la démarche d'analyse WLR avec le secteur de longue date, avec pour offre préexistante l'offre de BT « Calls & Access ».

⁴² La recommandation de la Commission (point 3.3) a indiqué précisément le caractère impératif de la démarche :

« Inversement, une obligation imposée dans un segment connexe qui ne serait ni nécessaire ni proportionnée à la solution d'un problème sur un marché recensé ne peut être considérée comme une composante de la mesure correctrice proposée. Si la mesure correctrice imposée sur le segment connexe allait au-delà de ce qui est nécessaire pour remédier au problème sur le marché recensé, alors ce remède ne serait pas proportionné. Dans ce cas, si une ARN avait d'autres raisons de croire qu'un tel remède serait nécessaire pour le segment connexe, alors il lui faudrait le désigner comme un marché pertinent et l'analyser séparément pour imposer cette obligation ».



En conclusion, l'absence de fondement juridique et les contradictions sur les motifs invoqués, suffisent à remettre en cause les préconisations du document en matière de revente en gros du raccordement. Une telle obligation ne saurait être accessoire au marché de détail de l'accès et elle n'est fondée sur aucun marché pertinent de gros, qu'il aurait d'ailleurs fallu présenter à l'approbation de la Commission pour en justifier l'examen.

Sur les obligations de transparence

Le document de consultation propose que France Télécom publie une offre de référence unique pour l'ensemble des marchés objets de la présente consultation, dont le contenu serait défini *a minima* par les prestations existantes.

En préambule, l'ART indique que l'application de mesures de transparence serait nécessaire pour trois raisons :

- les choix des opérateurs alternatifs sont grandement influencés par les conditions dans lesquelles ils peuvent s'interconnecter avec l'opérateur historique,
- elle permet de « *concourir à limiter la capacité de l'opérateur historique à déstabiliser ses concurrents ou favoriser ses filiales* »,
- et enfin elle permet aux opérateurs de "contrôler" l'obligation de non discrimination.

En premier lieu, France Télécom estime qu'il ne saurait être question ici « d'opérateur historique » mais il s'agit là sans doute d'un simple problème de rédaction.

En second lieu, elle souhaite rappeler que l'obligation de publier une offre de référence, bien que possible, doit être proportionnée et fondée sur les problèmes concurrentiels effectivement constatés : l'affirmation de la seule dominance ne peut justifier son imposition. De même, les développements théoriques du document exposant les effets d'une telle mesure ne constituent pas non plus la preuve de sa nécessité. Si tel était le cas, les directives auraient mentionné ces différentes considérations théoriques et générales et n'auraient pas laissé aux autorités nationales la possibilité de ne pas imposer cette obligation. Il n'en est rien. France Télécom proteste par ailleurs contre les allégations gratuites selon lesquelles elle aurait cherché ou chercherait à déstabiliser ses concurrents et favoriser ses filiales : un procès d'intention ne saurait tenir lieu d'analyse de marché.

Sur le dernier argument enfin, il convient de rappeler que selon la loi, il n'appartient pas aux opérateurs mais au régulateur de contrôler une obligation de non-discrimination, auquel cas la transmission des conventions d'interconnexion apparaît suffisante.

La publication d'une offre de référence pour toutes les prestations et pour tous les marchés ici examinés n'est donc pas nécessaire au bon fonctionnement des marchés et constitue une obligation disproportionnée.

Le document n'envisage jamais que le droit commun de la concurrence puisse traiter d'un éventuel comportement anticoncurrentiel discriminatoire.

Il est envisagé de plus d'imposer la publication d'indicateurs de qualité, avec pour seule justification le risque d'une dissymétrie qui rendrait impossible la réplique à même niveau de qualité des offres de détail du groupe France Télécom si l'offre de gros n'est pas la même que celle que France Télécom fournit à ses propres services. Ce risque est cependant purement théorique et l'argument ne prend appui sur aucun fait constaté. Il est surtout difficile de comprendre pourquoi le droit de la concurrence ne suffirait pas à traiter de tels problèmes.

Un pouvoir est bien confié aux régulateurs pour définir les règles de publication, toutefois ce pouvoir s'exerce sans préjudice des dispositions reconnues tant par le droit communautaire que par le droit national visant la confidentialité des informations



Sur le contrôle des tarifs de gros

S'agissant des mesures de contrôle tarifaire sur les marchés de gros, indépendamment des options proposées, France Télécom comprend bien évidemment que l'Autorité entende fournir aux opérateurs alternatifs des incitations suffisantes pour que ceux-ci investissent en propre dans des infrastructures de réseaux concurrentes, de sorte qu'une concurrence durable des réseaux et des services puisse s'installer dans le long terme⁴³.

Or si France Télécom est sensible à la thèse de l'Autorité sur les conditions nécessaires à l'émergence d'une concurrence durable dans le long terme, elle ne peut en revanche adhérer aux propositions énoncés dans le document de consultation pour y parvenir, d'autant plus qu'il lui est systématiquement opposé l'absence originelle d'infrastructures alternatives, alors même que la situation actuelle est objectivement tout autre (cf. le déploiement massif des infrastructures des principaux opérateurs tiers aux commutateurs d'abonnés de France Télécom).

Selon le document, les contraintes tarifaires *ex ante* qui seraient imposées à France Télécom seraient de nature à favoriser l'élargissement de « *l'espace économique* » des opérateurs concurrents qui feront le choix de déployer leurs infrastructures de réseaux jusqu'aux commutateurs d'abonnés de France Télécom.

Concrètement, il s'agirait sur les marchés de gros du transit d'imposer des planchers tarifaires aux prestations fournies par France Télécom ce qui aurait, sinon pour objet, du moins pour effet de dégrader leur compétitivité, en particulier sur le marché de l'acheminement CA-CT : le coût des prestations de France Télécom fournies à ce niveau serait renchéri artificiellement, or c'est celui où viennent s'interconnecter les "petits" opérateurs, ceux-là même dont le document de consultation nous explique⁴⁴ qu'ils sont en pratique sous la dépendance économique de l'offre de gros de France Télécom, leurs volumes de trafic étant réputés trop faibles pour leur permettre de rentabiliser des offres concurrentes à celles de France Télécom. Il y a donc une contradiction évidente dans le document.

Il serait aussi envisagé, sous couvert d'une incitation supplémentaire à l'investissement, de « modifier » le cas échéant la méthode de valorisation des coûts des prestations de départ d'appel intra-CA, dans le but, cette fois, d'obtenir pour les tarifs de ces prestations des baisses encore plus importantes. Nous reviendrons ultérieurement sur cette conception selon laquelle **les méthodes de coûts** des prestations pourraient être révisées de façon opportuniste.

En tout état de cause, cette baisse supplémentaire sur le tarif de l'intra-CA, à défaut de refléter l'évolution des coûts correspondants, profiterait comparativement plus aux opérateurs interconnectés aux CA qu'aux opérateurs interconnectés au CT, car combinée aux conditions tarifaires envisagées pour France Télécom sur le marché du CA-CT, elle aurait pour effet d'accroître la compétitivité des premiers par rapport aux seconds.

Il est donc à tout le moins paradoxal que ces opérateurs sur lesquels l'analyse s'appuie dans un premier temps pour suggérer d'imposer des obligations réglementaires *ex ante* à France Télécom au prétexte que cette dernière pourrait pratiquer des prix excessifs en présence d'une faible puissance d'achat compensatrice de la part des premiers, soient justement ceux qui seraient pénalisés par les remèdes proposés en matière de modalités tarifaires puisqu'ils auront à supporter un surcoût lié au renchérissement des offres de France Télécom sur les marchés du transit et qu'ils perdront en compétitivité vis-à-vis des plus gros opérateurs largement déployés au niveau des commutateurs d'abonnés de France Télécom.

⁴³ Cf. p. 13 de la Recommandation de la Commission concernant les marchés pertinents de produits et services dans le secteurs des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* :

« Il est essentiel de disposer d'infrastructures de réseaux concurrentes pour qu'une concurrence durable des réseaux et des services puisse s'installer dans le long terme. Dès qu'il existe une concurrence effective, le nouveau cadre prévoit la suppression des obligations réglementaires *ex ante*. »

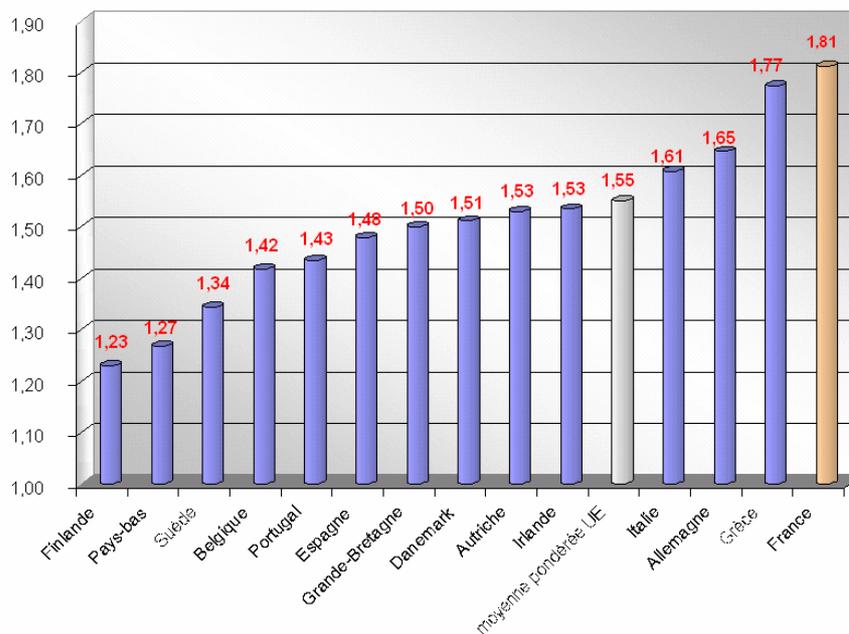
⁴⁴ Voir dans le chapitre consacré à l'analyse et à l'identification des opérateurs puissants sur les marchés de gros, les parties consacrées à la « faible présence de contre-pouvoir des acheteurs » sur les marchés de l'acheminement CA-CT et CT-CT.



L'argumentation manque de cohérence quand elle affirme que les remèdes proposés vont accroître l'incitation des opérateurs alternatifs à déployer leurs réseaux jusqu'aux commutateurs d'abonnés de France Télécom, alors qu'elle reconnaît par ailleurs que la plupart des opérateurs admettent que « *les zones sur lesquelles ils ne sont pas aujourd'hui interconnectés au niveau des commutateurs d'abonnés ne seront pas suffisamment rentables pour justifier de nouveaux investissements* ».

D'une manière générale, il ne nous semble pas que la poursuite d'une logique consistant à entraver la compétitivité de France Télécom par un renchérissement artificiel de ses offres par rapport à celles de ses concurrents, soit compatible avec le fonctionnement concurrentiel de ce marché dont on peut affirmer aujourd'hui plus que l'émergence, les incitations tarifaires à l'investissement dans les infrastructures de réseaux alternatives en France ayant été, de longue date, nettement plus fortes que dans les autres pays de l'Union européenne.

La France est ainsi aujourd'hui parmi les pays de l'Union à 15 membres, celui pour lequel l'écart relatif entre le tarif du simple transit et le tarif de l'intra-CA est le plus élevé, comme l'illustre le graphique ci-dessous : ⁴⁵



graphique 1 – ratios (tarif de terminaison simple transit / tarif de terminaison intra-CA) pour l'année 2003

Au passage, France Télécom note qu'une intervention de cette nature sur les marchés de gros, au prétexte de développer la concurrence sur ces marchés, la pénaliserait également ainsi que ses clients finals sur les marchés de détail, compte tenu des modalités envisagées pour le contrôle tarifaire (non discrimination, test de squeeze).

Les préconisations du document soumis à consultation reviennent donc à protéger les marchés de gros du transit pour accroître les marges des opérateurs intermédiaires au détriment du consommateur final, ce qui n'est pas l'objet de la réglementation sectorielle. Il serait beaucoup plus efficace pour le marché et le consommateur de laisser jouer librement la concurrence et de sanctionner les éventuels abus par le droit de la concurrence.

⁴⁵ Source : d'après l'annexe 1 du 9^{ème} rapport de la Commission européenne sur la mise en oeuvre par les Etats membres du paquet « télécom » sur les communications électroniques, novembre 2003.
http://europa.eu.int/information_society/topics/ecomm/doc/all_about/implementation_enforcement/annualreports/9threport/annex1191103.pdf



Dans les propositions de contrôle des prix de gros, le document de consultation n'envisage qu'une seule possibilité, l'orientation des tarifs vers les coûts, dont il est par ailleurs loin de prouver le caractère proportionné, alors que d'autres remèdes sont à l'œuvre dans plusieurs pays européens

On ne peut s'empêcher de considérer que cette imposition est justifiée d'une façon des plus légères voire tautologique : « *en l'absence d'une obligation de fixer des tarifs reflétant les coûts, rien ne peut garantir que l'opérateur historique ne facture pas les prestations correspondantes à ces tarifs* ».

Cette obligation se réfère en pratique à l'article 13 de la directive Accès qui identifie deux situations très différentes dans lesquelles un manque de concurrence peut entraîner des effets dommageables pour les consommateurs finals⁴⁶. Dans la première, la question est de savoir si l'opérateur peut exploiter directement sa puissance sur le marché à travers un prix excessif. Dans la seconde, il s'agit de savoir si l'opérateur, par un effet de ciseau dans un environnement d'intégration verticale, peut empêcher la concurrence de se développer en fixant un tarif qui ne permette pas le recouvrement des coûts.

Même dans ce second cas, la directive Accès ne considère l'orientation vers les coûts que comme une possibilité et ne cache pas dans ses considérants qu'elle comporte un risque du point de vue de l'investissement. Elle n'exclut nullement des règles différentes, du type « retail minus » ou des régimes de plafonnement des prix.

De plus, dans un contexte en totale rupture, exposé au développement rapide d'offres sur d'autres réseaux que le réseau téléphonique, il est plus que douteux que de tels tarifs puissent constituer le bon équilibre d'un marché non régulé.

France Télécom considère que le document de consultation n'apporte pas la démonstration qu'une obligation d'orientation des tarifs de gros vers les coûts, et surtout d'une obligation généralisée, soit proportionnée compte tenu du contexte et de l'analyse du développement de la concurrence sur plusieurs marchés de gros. Cette obligation paraît même disproportionnée de façon caricaturale dans certains cas.

Concernant enfin les modalités d'un tel contrôle tarifaire, il est proposé d'imposer un délai préalable de 6 mois⁴⁷ avant toute entrée en vigueur d'une modification tarifaire d'une offre de référence, ce qui est anormalement élevé. De tels délais renvoient à l'approbation annuelle d'un catalogue, pratique qui n'est plus envisagée par le nouveau cadre. L'ART estime qu'il s'agit de donner suffisamment de « *visibilité* » aux acteurs pour leur permettre « *de répercuter ces évolutions sur les prix de détail dès leur application* », mais cet argument est irrecevable dans la mesure où elle ne peut imposer la répercussion d'une évolution d'un tarif amont aux diverses offres de détail du secteur. Il convient de souligner surtout que cette mesure ne serait pas compatible avec les exigences d'un marché en concurrence⁴⁸.

Sur la séparation comptable

Dans sa réponse à une consultation précédente⁴⁹, France Télécom avait souligné la confusion introduite par le document de consultation entre deux obligations qui relèvent pourtant de deux articles distincts de la directive

⁴⁶ Prix excessif, effet de ciseau.

⁴⁷ Selon le schéma envisagé par l'ART, France Télécom devrait ainsi publier ses projets de modification 6 mois auparavant, des informations comptables et financières devant être fournies 3 mois avant cette publication à l'Autorité.

⁴⁸ S'agissant des activités du groupe neuf telecom sur le marché des opérateurs, on peut lire ainsi dans son rapport d'activité 2003 :

« La division Opérateur dispose d'avantages concurrentiels éprouvés : la modernité et la capillarité du réseau du groupe, une gamme complète de produits (infrastructures et services), des tarifs compétitifs et la réactivité de ses équipes, élément fondamental pour des clients particulièrement sensibles au « time to market ». »

A titre de comparaison, le régulateur britannique a proposé d'imposer un délai de notification avant toute entrée en vigueur d'éventuelles modifications des tarifs de 90 jours qu'il a ramené à un délai de notification de 28 jours pour les services de BT qu'il a reconnu potentiellement concurrentiels, i.e ces services susceptibles d'être concurrentiels d'ici la fin du price-cap en cours.

Une étude comparative réalisée récemment pour le compte de l'ECTA, association des opérateurs alternatifs européens, a, avec une note de 0 sur un maximum de 5, classé la France en dernière position sur le critère de la rapidité des procédures réglementaires.

Cf. http://www.ectaportal.com/html/index.php?pgd=news_article&rec=9&sc=2

⁴⁹ Consultation publique de l'Autorité de régulation des télécommunications sur l'analyse des marchés du haut débit (23 juin – 9 août 2004).



Accès : la séparation comptable (article 11) et la tenue d'un système de comptabilisation des coûts (article 13). France Télécom observe que le texte de la présente consultation opère cette fois une plus grande distinction entre les deux⁵⁰.

La nécessité et le caractère proportionné de ces obligations font cependant l'objet d'affirmations qui ne sont pas étayées par un raisonnement ou une analyse.

Ainsi, pour justifier la généralisation à tous les marchés d'obligations relatives à la séparation comptable, il ne suffit certainement pas d'écrire⁵¹ que la charge « *apparaît mesurée pour France Télécom, en particulier si l'on tient compte de son expérience [...] La charge correspondante n'est ainsi que celle de l'adaptation des outils et de leur fonctionnement* » pour en conclure que « *La mise en œuvre des obligations de séparation comptable [...] apparaît ainsi proportionnée au besoin du marché analysé* ».

Ceci reviendrait à définir la proportionnalité ainsi : « ce qui s'est fait doit continuer à se faire parce que facile à faire ».

Que cette obligation ait été mise en œuvre dans le passé n'est pas une preuve de la nécessité de la poursuivre ni de son caractère proportionné, que les directives font obligation aux autorités de régulation de justifier. C'est là une caractéristique fondamentale du nouveau cadre réglementaire.

France Télécom considère en particulier que le document de consultation n'apporte aucune justification à l'imposition d'une obligation généralisée de séparation comptable et aucune preuve de son caractère « proportionné » au regard des problèmes observés et de la capacité du droit de la concurrence à y remédier.

La rédaction du document de consultation permet une lecture inquiétante de la conception des obligations relatives à un système de comptabilisation des coûts (article 13 de la directive Accès et article 17 de la directive Service universel).

Une première lecture du document de consultation laisse croire que l'Autorité de régulation des télécommunications envisage de revenir sur toute sa pratique et toutes ses décisions antérieures concernant les systèmes de comptabilisation des coûts. France Télécom, qui veut croire qu'il s'agit d'un problème de rédaction, va expliciter ce point.

L'Autorité de régulation des télécommunications a toujours considéré, comme les autres autorités nationales, un système de comptabilisation des coûts comme un tout avec de fortes exigences en matière de cohérence des sources et des méthodes, dont un auditeur peut retracer le lien avec les données de l'entreprise sans ambiguïté et dont les évolutions sont justifiées, identifiables et auditables.

Or le document suggère qu'à l'occasion d'un problème particulier (exemple : intra-CA, F-3, page 114) ou d'un autre (exemple : CA-CT, F-4.2.1, page 115), et indépendamment les uns des autres, l'Autorité de régulation des télécommunications pourrait « faire évoluer sa méthodologie de valorisation des coûts ».

France Télécom appelle l'attention de l'Autorité de régulation des télécommunications sur l'impossibilité d'élaborer un système qui ait une cohérence, et surtout un sens, avec des méthodes d'élaboration des coûts qui diffèreraient d'un produit à l'autre. Il serait du reste impossible pour l'auditeur d'avoir un avis sur la cohérence d'un tel système et de le contrôler.

De plus, la rédaction du texte de consultation donne une impression de coup par coup méthodologique en fonction du résultat à atteindre, incompatible avec la volonté d'équité qui doit animer l'action du régulateur.

⁵⁰ Cependant, contrairement à ce qui est écrit par exemple au chapitre 6 (A-2, la séparation comptable, page 87), France Télécom rappelle que la séparation comptable n'a pour finalité la vérification de l'orientation, lorsqu'elle s'applique, des tarifs vers les coûts.

⁵¹ Comme c'est le cas dans l'annexe G – Obligations comptables (page 175) de la consultation.



France Télécom exprime donc fortement le souhait d'une refonte de la rédaction des passages concernant les systèmes de comptabilisation des coûts, qui écarte toutes les interprétations erronées et dangereuses.

France Télécom rappelle ici les quelques grands principes mis en œuvre depuis 1998 dans les pays de l'Union européenne⁵².

- Une méthode de coûts, qu'il s'agisse des coûts complets « historiques » ou des coûts de remplacement, s'applique nécessairement à l'ensemble du modèle. Une entreprise peut élaborer un modèle en coûts « historiques » (« HCA ») et un modèle en coûts de remplacement (« CCA »), mais elle ne fera jamais un modèle qui utilise pour certains produits les coûts historiques et pour d'autres les coûts de remplacement. Un tel modèle hybride n'aurait aucun sens et n'existe nulle part : France Télécom exprime sa confiance dans le fait que le régulateur ne lui demandera pas d'en élaborer un.
- En effet, puisque les différents produits utilisent des éléments communs de réseau, l'emploi de méthodes qui varieraient suivant les produits irait **à l'encontre du principe de non-discrimination**. Le coût d'un produit résulte de l'utilisation que fait ce produit de certains éléments de réseau. Comme l'ont précisé les recommandations européennes, la non-discrimination impose que le coût unitaire de l'utilisation d'un élément de réseau soit le même quel que soit le produit aval. Ceci revient à dire que, si le système de comptabilisation des coûts doit être cohérent et non-discriminatoire, **la méthode de valorisation de l'élément de réseau est forcément unique**.
- Il ne faut pas confondre **mesure** d'un coût, qui résulte du modèle retenu, et **utilisation** de ce coût ; l'objectif d'un système de comptabilisation des coûts est de faire apparaître la mesure d'un coût.
- Les méthodes les plus couramment utilisées dans les pays de l'Union européenne, qui y ont été fortement incitées par les divers textes européens, sont des méthodes en coûts de remplacement.

L'imposition d'obligations généralisées relatives à la séparation comptable représente une charge considérable au vu d'un objectif qui peut être atteint autrement

L'article 11 de la directive Accès⁵³ représente, par rapport à l'article 10⁵⁴ qui le précède, un alourdissement considérable, que le professeur Martin Cave qualifie de la façon suivante : « *a considerable ratcheting up of the regulatory burden on the firm with SMP* »⁵⁵ dans un ouvrage suscité par la Commission européenne.

Son analyse est que, plutôt qu'un tel fardeau, les autorités nationales devraient imposer à l'entreprise **l'obligation d'être capable de démontrer, au cas par cas**, qu'elle ne fait pas de discrimination et n'abuse pas de sa position dominante sur le marché pertinent. C'est ce qu'exige le droit de la concurrence pour une entreprise en position dominante et l'esprit du nouveau cadre réglementaire européen est de rapprocher la réglementation du droit de la concurrence.

France Télécom, qui tient à confirmer que, contrairement à ce qui est dit dans le document de consultation, la mise en œuvre d'une séparation comptable est une charge très lourde, considère que l'imposition d'une obligation généralisée de séparation comptable n'a pas été justifiée dans le document de consultation et que celui-ci n'apporte aucune preuve de son caractère « proportionné ».

Pour mémoire, les directives rappellent aux autorités nationales que l'accès du public à l'information doit se faire « dans le respect de la réglementation communautaire et nationale en matière de secret des affaires ».

⁵² La mise en œuvre a été inégale, mais l'étude commandée par la Commission européenne en 2002 a montré qu'elle l'était de façon très satisfaisante en France (*Study on the implementation of cost accounting, methodologies and accounting separation by telecommunication operators with significant market power*, 3rd July 2002, Prepared for the European Commission, DG Information Society, Public Report).

⁵³ Obligations relatives à la séparation comptable.

⁵⁴ Obligations de non-discrimination.

⁵⁵ Cave Martin, in "The Economics of Antitrust and Regulations in Telecommunications, Perspectives for the New European Regulatory Framework", Edward Elgar, Cheltenham, 2004.



7. Sur les obligations appliquées aux marchés de détail

Rappelons encore une fois que l'article 17 de la directrice Service universel repose sur l'idée que, si les marchés de gros sont concurrentiels ou régulés, l'entrée sur les marchés de détail sera suffisante pour assurer le développement de la concurrence. La régulation sur les marchés de détail doit se concentrer sur la protection du consommateur et non sur l'abus de position dominante.

Ainsi, lorsqu'il est démontré que les obligations d'interconnexion et accès ne conduisent pas à l'atteinte des objectifs fondamentaux inscrits à l'article L32-1 du Code des postes et communications électroniques, l'imposition sur un marché de détail d'une obligation parmi celles mentionnées à l'article L38-1 du même code n'est possible que si elle est proportionnée à la réalisation de ces objectifs et établie en tenant compte de la nature des obstacles au développement d'une concurrence effective identifiés lors de l'analyse du marché de détail. La Loi confie au régulateur le soin d'apporter la preuve que chaque mesure correctrice qu'il entend appliquer satisfait bien conjointement à ces trois conditions.

Au cas d'espèce, le document propose en premier lieu d'imposer à France Télécom, sur chacun des marchés qu'il a recensés, toutes les obligations possibles dénombrées par les textes. En second lieu, il préconise de lui imposer l'obligation de mettre sur le marché une offre de revente du raccordement au réseau téléphonique. Il apparaît cependant qu'une telle démarche va au-delà de ce que permet la Loi.

France Télécom considère que le document de consultation n'apporte pas de justification aux mesures proposées et que celles-ci ne sont pas proportionnées.

Pour démontrer que ces mesures répondent effectivement aux conditions de proportionnalité fixées par l'article L38-1, il ne suffit certainement pas de renvoyer à la désignation de France Télécom en tant qu'entreprise puissante, ni d'illustrer de façon théorique les indications et les effets de telles obligations.

Il n'est pas recevable non plus de justifier un dispositif *a maxima* alors que seule la « *très forte position de puissance de France Télécom sur le marché de l'accès* » est désignée comme obstacle effectif à la concurrence en conférant à l'opérateur la possibilité de favoriser ses offres sur les marchés les plus concurrentiels par « *un effet de levier horizontal* ». En effet, lorsque deux marchés sont impliqués conjointement par un effet de levier, et s'il y a effectivement lieu de prendre des mesures pour remédier à ce type d'abus au regard des pratiques constatées, alors la régulation d'un des deux marchés est suffisante⁵⁶, en l'occurrence celui présentant l'intensité concurrentielle la plus faible. Dès lors, imposer par principe toutes les obligations possibles à chaque offre de détail ne peut que conduire à la sur-régulation.

Les propositions concernant le contrôle des prix de détail comportent des clauses qui interdisent toute gestion saine d'une entreprise

France Télécom est stupéfaite qu'il soit envisagé de lui imposer l'obligation, contraire à toute saine gestion d'entreprise, d'avoir à orienter individuellement le tarif de ses produits vers leur coût, indépendamment de la demande qui s'adresse à ces produits ou de leur degré de maturité.

Cette disposition, dont France Télécom ne peut croire qu'elle figurerait dans le document définitif, serait unique en Europe et condamnerait l'entreprise à qui elle serait appliquée.

Aucune visibilité n'est donnée sur les critères et les méthodes d'analyse économique objectives que l'ART entend appliquer pour son contrôle tarifaire

⁵⁶ Il n'y a plus d'effet de levier possible entre deux marchés A et B lorsque A ou B est régulé : il n'est pas nécessaire de les réguler tous les deux. Ainsi, il est illogique d'imaginer réguler les offres de communication, soumises à la pression de la concurrence, au motif qu'elles pourraient sinon subventionner le marché de l'accès dans la mesure où ses tarifs sont déjà contrôlés.



France Télécom estime que les obligations de non-discrimination, de proscription des couplages abusifs et des tarifs d'éviction sont préconisées sur la base de considérations très générales qui apparaissent non opératoires et exposées à l'arbitraire⁵⁷.

De manière pour le moins contradictoire, l'Autorité indique qu'une telle analyse doit s'effectuer au cas par cas et énonce dans le même temps une liste de situations qui interdiraient par nature tout couplage à France Télécom sur « *l'ensemble des marchés de détail de services de communication en bande étroite* ». Or cette liste n'est pas pondérée par l'étude des situations spécifiques ; plus encore elle est infirmée par les positions exprimées encore très récemment par le Conseil de la concurrence.

En la matière le Conseil n'a jamais entendu considérer de manière mécanique le caractère abusif de tout couplage entre des offres régulées et des offres non régulées, mais a bien procédé à l'analyse circonstanciée des effets sur le marché de telles offres, notamment au regard de la situation effective des concurrents qui « *ne disposent pas encore de la possibilité de commercialiser des offres similaires* »⁵⁸.

Ce point est d'autant plus préoccupant que la régulation préconisée par le document consiste en une reconduction des obligations actuelles et sur des échéances qui pourraient méconnaître les évolutions même du marché.

L'interdiction par principe de couplage entre des offres régulées et non régulées non seulement n'apparaît pas comme une mesure proportionnée, mais surtout est contraire à la jurisprudence du Conseil de la concurrence en la matière. Celui-ci, dans sa récente décision 04-D-22 du 21 juin 2004, a ainsi décidé que : « *La position dominante occupée par France Télécom sur le marché de la téléphonie fixe ne saurait justifier que le lancement d'offres couplant des services de téléphonie fixe et mobile lui soient a priori et par principe interdites alors qu'elles seraient autorisées aux concurrents dès lors que ces derniers seraient en mesure d'offrir ce type de services.* ».

En conséquence France Télécom ne peut souscrire aux conclusions de l'Autorité quant à la prohibition générique de tout couplage qui lui serait imposée sur les services de communication en bande étroite. A l'aune de l'importance prise par les offres "triple play" aux yeux des consommateurs, une telle mesure condamnerait l'entreprise qui verrait cette possibilité réservée à ses seuls concurrents.

Enfin, il est regrettable que la consultation n'aborde nulle part les « obligations de transparence » du régulateur. On constate que la plupart des autres pays, et au premier rang d'entre eux la Grande-Bretagne, disposent de lignes directrices relatives à la conduite des analyses économiques *ex ante* telles que les tests d'effet de ciseau tarifaire, tests sur la pratique des couplages, etc. Leur absence en France apparaît préjudiciable à la transparence future du contrôle tarifaire, et l'on ne peut se satisfaire que l'Autorité considère comme « *particulièrement difficile de définir a priori une liste des situations dans lesquelles des offres de détail seraient susceptibles de présenter de tels effets* » pour justifier que son analyse se fera ensuite au cas par cas selon des critères non connus à l'avance, au risque de faire du contrôle tarifaire *ex ante* une procédure en opportunité.

Le marché n'en n'étant plus au stade de l'ouverture à la concurrence, il est surprenant que le document soumis à la consultation n'envisage pas la possibilité que les pratiques ici envisagées soient convenablement traitées par le seul droit commun *ex post*, alors même qu'il s'agit souvent de sujets très classiques de droit de la concurrence (contrôle de la non discrimination par exemple)..

⁵⁷ Ex : « La discrimination sera considérée comme « abusive » lorsqu'elle n'est pas objectivement justifiable, par exemple au regard des différences de coûts, qu'elle conduit à empêcher l'entrée sur un marché ou à restreindre la concurrence ou, encore, qu'elle porte atteinte aux intérêts des utilisateurs. »

⁵⁸ Décision n° 00-MC-19 du 5 décembre 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par l'Autorité de régulation des télécommunications. On citera de même la Décision n°01-MC-06 du 19 décembre 2001 relative aux saisines et aux demandes de mesures conservatoires présentées par les sociétés Télé 2 et Cégétel où le Conseil a considéré qu'un couplage peut avoir pour effet de dissuader les clients de s'intéresser aux nouvelles offres de concurrents « *dès lors qu'ils ne sont pas actuellement en mesure de proposer une offre comparable* ».



Dans la mesure où l'Autorité imposerait la revente du service de raccordement au réseau téléphonique à France Télécom, elle pourrait estimer nécessaire de conserver un contrôle tarifaire *ex ante* transitoire sur l'offre de détail correspondante, mais elle devrait parallèlement convenir qu'il n'est plus justifié d'imposer un tel contrôle sur les autres offres pour lesquelles les mesures correctrices sur les marchés de gros sont effectives

Sur la surveillance des évolutions tarifaires

Le document soumis à consultation laisse entendre que, l'article L38-1 du Code des postes et communications électroniques prévoirait la possibilité d'imposer à une entreprise dominante sur un marché de détail la communication de ses tarifs à l'ART préalablement à leur mise en œuvre. France Télécom étant désignée puissante sur chaque marché de détail identifié au cours de l'analyse, le document propose de lui imposer cette obligation pour toutes ses offres. Or, le document soumis à consultation omet d'observer que l'article L38-1 prévoit explicitement que l'imposition éventuelle de cette obligation devrait être proportionnée à la réalisation des objectifs mentionnés à l'article L. 32-1 et établie en tenant compte de la nature des obstacles au développement d'une concurrence effective identifiés lors de l'analyse du marché.

En tout état de cause, le Code ne prévoit pas que cette obligation puisse être imposée de façon binaire et généralisée à tout le marché.

L'article 5 de la directive Cadre dispose que les informations demandées par l'autorité réglementaire nationale doivent être proportionnées à ses besoins pour l'accomplissement de sa tâche et qu'en conséquence chaque demande d'information doit être motivée. A l'évidence, les remèdes préconisés par le document ne respectent pas l'esprit de la directive. La transmission systématique d'un dossier peut difficilement être considérée comme proportionnée à l'objectif. On relèvera au passage le paradoxe que constitue « *un dossier **sommaire** incluant une description **complète** de l'offre : description des prestations, éléments contractuels et tarifaires, compte d'exploitation prévisionnel* »..

Ces mesures conduisent à un alourdissement évident des procédures de contrôle en vigueur à ce jour et ne présentent aucun caractère de nécessité. Dans les faits la proposition se traduirait, dans une majorité des cas, par la mise en œuvre d'une procédure à deux temps : information puis homologation. Or c'est bien au contraire à l'aune de la simplification des procédures actuelles qui conduisent dans les faits à des délais insupportables pour l'entreprise, qu'il convient de mesurer la proportionnalité des remèdes préconisés. Considérant que l'Autorité n'a plus d'avis à produire, et n'a plus qu'à motiver une opposition à la mise en œuvre d'un tarif, il apparaît que cette procédure de surveillance lui procure un réel assouplissement, dont elle est cependant l'unique bénéficiaire.

France Télécom estime pour sa part que l'imposition d'une procédure de surveillance systématique de tous les tarifs est une mesure ni proportionnée ni adaptée à la nature des obstacles effectifs à la concurrence, obstacles qui n'ont pas été formellement identifiés d'ailleurs. Il convient d'indiquer tout d'abord que les textes ne prévoient pas d'imposer la communication préalable à l'Autorité de « **tous** » les tarifs d'une entreprise dominante sur un marché, mais seulement de « **certains** » tarifs. On peut à cet égard se référer utilement au projet de décret D-314 du Code des postes et communications électroniques.

Il n'apparaît pas préjudiciable au bon fonctionnement de la concurrence qu'une procédure de surveillance puisse ne pas porter sur toutes les offres de chacun des marchés ici recensés. Aussi, dans le cadre des pouvoirs d'opposition conférés au régulateur, il est capital de définir la portée d'une obligation de transmission de la description des offres à l'Autorité en définissant de manière restrictive sur quels marchés ou segments cela est strictement nécessaire. En l'occurrence, et hors considération de service universel, une telle procédure n'apparaît pas justifiée pour les offres sur le marché des communications en général, ni pour celles de l'accès à destination des non-résidentiels.

Le document soumis à consultation semble exclure à ce propos qu'un allègement puisse être mis en œuvre dans la régulation des offres de détail au motif que ceci ne serait pas conforme avec les dispositions de la Loi. Ceci n'est pas le cas: la Loi a d'ores et déjà entendu conférer à l'ART les moyens d'imposer certaines mesures de façon proportionnée, et donc de définir un dispositif moins contraignant que le précédent si cela est justifié.



Sur l'encadrement pluriannuel des tarifs de détail

Le document soumis à la consultation propose d'imposer un mécanisme de plafonnement des prix aux tarifs de base fixe / mobile d'une part, et aux tarifs de base des communications locales et interurbaines d'autre part.

Bien qu'il se réfère toujours aux opérateurs réputés exercer une influence significative sur un marché pertinent, il ne se place plus dans le contexte de l'article L. 38-1 (rédaction fixée par la loi du 9 juillet 2004) mais dans celui de l'article L. 35-2 (rédaction fixée par la loi du 31 décembre 2003 transposant la directive sur le service universel et la protection des consommateurs).

Il propose de revenir à la situation antérieure à 2001, abandonnée après l'avis du conseil de la concurrence au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie qui l'avait saisi en juillet 2001 d'un projet de lignes directrices concernant l'homologation des tarifs de téléphonie fixe de France Télécom.

Pour mémoire, les offres de téléphonie fixe dans leur grande majorité étaient soumises simultanément à deux modes de régulation dont les objectifs étaient différents, voire contradictoires : la convention tarifaire pluriannuelle (1996-2000) et l'homologation des tarifs.

Dans son avis, rendu le 6 novembre 2001, le conseil entre autres :

- recommandait de traiter différemment les services de téléphonie fixe relevant du service universel, dont il demandait une **définition précise et limitative**, et les autres services de téléphonie fixe,
- rappelait que les objectifs concernant ces deux catégories de services sont différents et que les modes de régulation doivent être adaptés à chacune (un test destiné à montrer qu'un tarif n'est pas d'éviction n'est pas adapté au tarif des services relevant du service universel),
- recommandait d'envisager de passer à d'autres formes de contrôle tarifaire et en particulier à un encadrement tarifaire, qui « pourrait constituer une forme de régulation **alternative** à l'homologation préalable actuelle, en présentant une plus grande flexibilité d'emploi pour le régulateur et un caractère moins contraignant pour France Télécom ».

Le mot important ici est « **alternative** ». En 2001, cet avis a pesé dans la décision du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et du ministre chargé des télécommunications de ne pas renouveler la convention tarifaire pluriannuelle de France Télécom. **Si un tel encadrement tarifaire devait être mis en place pour un certain nombre de services, il devrait se substituer aux autres mesures de contrôle tarifaire.**

France Télécom souhaite aussi rappeler que l'avis du conseil de la concurrence inviterait dans ce cas à définir un **panier nettement défini et délimité** de services. Ce n'est certainement pas ce qu'envisage le texte soumis à consultation, qui s'appuie sur des statistiques obsolètes⁵⁹ pour qualifier de « tarifs de base » les tarifs de tous les services téléphoniques que retiennent des consommateurs qui ne souscrivent à aucune option de France Télécom.

Soit il est souhaité que les offres de service universel soient régulées par un contrôle tarifaire, auquel cas ceci doit être fait suivant les procédures prévues pour le service universel, soit il est souhaité appliquer un encadrement pluriannuel des prix à une entreprise au titre de sa dominance, auquel cas ceci ne devrait porter que sur le panier des offres sous-jacentes au marché considéré.

Dans ces conditions, France Télécom considère que l'empilement de régulations différentes que décrit le document constituerait un dispositif trop contraignant pour l'entreprise, par sa lourdeur, par la suppression de tout degré de liberté tarifaire et par sa portée enfin, qui concernerait la grande majorité de ses services, à l'inverse de ce qui est recommandé dans l'avis du conseil de la concurrence de novembre 2001, et prôné par les directives et la loi du 9 juillet 2004 pour les marchés de détail.

⁵⁹ L'étude de Datanova indiquerait qu'au moins deux tiers des foyers ne souscrivent à aucune option (donc moins d'un tiers souscrivant à au moins une option). Or, en juin 2004, le nombre de foyers souscrivant à au moins une option était déjà largement supérieur à 40% !