

**Consultation publique de l'ARCEP
sur
les projets de décisions relatifs aux marchés de la téléphonie
fixe**

15 juin – 15 juillet 2005

Réponse de France Télécom

France Télécom remercie l'Autorité de Régulation des Communications électroniques et des Postes de lui permettre de commenter les projets de décisions relatifs aux marchés de la téléphonie fixe avant qu'ils ne soient notifiés à la Commission européenne.

Elle tient tout d'abord à souligner que la définition des marchés a été améliorée de façon significative par rapport aux textes précédemment publiés, qu'elle se rapproche considérablement de la recommandation de la Commission et qu'elle présente désormais la consistance nécessaire.

Mais elle tient également à exprimer son étonnement quant aux faiblesses de l'analyse, tant sur la vérification de la pertinence des marchés que de celle de la puissance des acteurs. L'analyse est menée souvent à charge, exploite des informations probablement périmées et qui n'ont pas été réactualisées de façon prospective et s'appuie sur des arguments généraux qui ne sont pondérés d'aucune comparaison quantitative. Les affirmations y tiennent encore trop fréquemment lieu de justification.

Enfin et surtout, il convient d'observer que les propositions formulées aggravent l'ensemble des obligations que la loi du 26 juillet 1996 avait imposées à France Télécom et en rétablissent certaines pour des raisons de pure forme. Plus particulièrement, alors que les obligations sur les marchés de détail devraient être l'exception, aucune de celles prévues par la loi du 9 juillet 2004 ou les récents décrets d'application, n'est laissée de côté. Tandis que la régulation des marchés de gros s'est aggravée, celle des marchés de détail s'est paradoxalement accrue elle aussi, contrairement à l'esprit du nouveau cadre, en augmentant la portée et les contraintes du contrôle tarifaire *a priori*, mais également *a posteriori*. Au soutien d'un tel accroissement de la régulation, l'irruption d'aucun blocage de concurrence n'est mentionnée. D'évidence ce renforcement généralisé de la régulation présente un caractère non proportionné.



France Télécom exprime donc très vivement le souhait que le projet de décision soit modifié de telle sorte à n'imposer de remèdes que sur des marchés sur lesquels de réels blocages de concurrence auront été identifiés et qui soient d'une part strictement nécessaires et aussi peu contraignants que possible, conformément aux textes européens et nationaux.

Définition des marchés pertinents de détail

France Télécom relève avec satisfaction que le champ d'analyse couvert par l'ARCEP s'approche désormais de celui de la Recommandation de la Commission en ce qu'il vise « les marchés de la téléphonie fixe » plutôt qu'un ensemble de services en « bande étroite » conformément à la demande qu'elle avait formulée en septembre 2004. Corrélativement, ce projet de décision conclut à la définition de marchés pertinents en nombre plus réduit, plus conformes, eux aussi, à la Recommandation. Leur nouveau découpage permet de réunir à présent des services précédemment distingués ce qui donne à l'analyse une perspective plus globale. C'est en cela du reste qu'elle doit s'accompagner d'une observation très fine permettant de comprendre les jeux concurrentiels au-delà d'une simple comparaison des parts de marché agrégées. Or, ce projet de décision s'avère particulièrement silencieux quant au comportement réel des acteurs sur le marché permettant d'éclairer la nature et l'importance des pressions concurrentielles exercées réciproquement par les divers acteurs, alors même que leur prise en compte est au cœur du processus d'analyse des marchés prévu par l'article 16 de la directive « cadre » 2002/21/CE du 7 mars 2002, et par l'article L.37-1 du code des postes et communications électroniques.

Sur la substituabilité des services téléphoniques fixes et mobiles

France Télécom exprime à nouveau ses réserves quant aux conclusions du document soumis à consultation sur la non-substituabilité des services mobiles avec les services fixes. Il est désormais évident qu'il existe des effets de perméabilité très significatifs entre ces deux marchés, ainsi que le considérait l'Autorité à l'examen des données quantitatives fournies par l'étude de Credoc de 2005 :

- « *Le nombre d'abonnés au téléphone fixe continue de diminuer, notamment chez les jeunes et les personnes de condition modeste. En juin 2004, 15% des personnes interrogées déclarent ne pas avoir d'abonnement au réseau fixe à leur domicile. Elles n'étaient que 10% en 2000. On observe bien un effet de substitution entre le fixe et le mobile, le portable devient naturel.* »
- « *Aujourd'hui, 84% des 18 ans et plus disposent d'une ligne de téléphone fixe à leur domicile, alors que la proportion était de 90% il y a seulement quatre ans. La substitution entre les abonnements filaires et mobiles se poursuit.* »

Les données quantitatives sur l'évolution du taux d'équipement mesurée par le Credoc sont d'ailleurs très explicites :

Taux d'équipement en %	2003	2004	Variation
------------------------	------	------	-----------



est équipé d'un téléphone fixe <u>et</u> d'un téléphone mobile	50	53	6%
est équipé d'un téléphone fixe seulement	36	31	-14%
est équipé d'un téléphone mobile seulement	12	14	17%

Si l'on observe le trafic en fin 2004, le nombre de minutes de communication au départ d'un poste fixe ne représente plus que 57% de l'ensemble des minutes de communication fixe et mobile, alors que ce ratio dépassait les 66 % deux ans plus tôt. Suivant cette tendance, le trafic en minutes au départ des mobiles aura dépassé fin 2006 le trafic total en minutes au départ du fixe qui décroît régulièrement¹.

Pourtant le document soumis à consultation considère que les deux types de services ne sont pas substituables entre eux au motif que les comportements couramment observés de substitution découlent principalement de la politique de forfaits quasi-généralisée sur les réseaux mobiles et du niveau relativement élevé du prix des communications depuis un poste fixe vers un mobile en comparaison de celui des communications d'un mobile vers un autre. Or, l'explication du phénomène ne justifie pas qu'il soit ignoré dans la présente analyse de marché. Tandis que l'absence de forfaits globaux au départ du fixe devrait être comblée au cours de la période d'analyse, la comparaison des prix relatifs des communications apparaît d'ores et déjà plus que douteuse.

L'analyse du marché se doit d'être prospective² et, dès lors, la question de la prise en compte de la pression concurrentielle exercée par les services mobiles sur les services de communication en position déterminée est dès à présent pleinement posée. Elle appelle une révision du marché de détail en conséquence ainsi que de sa pertinence.

Sur la substituabilité des communications téléphoniques selon leurs accès

France Télécom observe que le contour des marchés a considérablement évolué sur cette thématique, et s'est efforcé de prendre en considération les derniers arguments du Conseil de la concurrence. La définition du marché en acquiert d'autant plus de finesse que l'analyse

¹ Les données quantitatives publiées par l'Autorité le 17 juin 2005 indiquent une baisse du trafic fixe vocal de 4% au cours des deux dernières années.

² L'Autorité a elle-même considérée d'autres formes de substitution dans son rapport d'activité 2004 : « le phénomène de convergence prend aujourd'hui plusieurs formes : continuité d'accès aux services (offre de nomadisme pour les professionnels, services intégrés sur plusieurs accès, unification du service client, etc.), substitution du fixe par le mobile (développement d'offres de téléphonie mobile illimitée, offres d'abondance en téléphonie mobile, etc.), substitution du mobile par le fixe (projet BluePhone de BT, essor de la voix sur IP, etc.). Ce mouvement ne paraît pas devoir se ralentir à court terme et devrait conduire à la multiplication des partenariats entre acteurs d'origines diverses. »



a distingué avec soin les différentes possibilités d'accès aux services téléphoniques, en précisant pour chacune des catégories d'offres d'accès si leur usage principal se limitait à la téléphonie ou non.

France Télécom adhère à cette segmentation des marchés de l'accès, conforme aux principes de neutralité technologique, indépendante de toute considération sur les remèdes et dont les frontières reflètent les différences objectives de nature fonctionnelle entre les offres, d'appréciation des consommateurs et de jeux concurrentiels entre les acteurs.

France Télécom estime cependant que l'exclusion des communications de « Voix sur Internet (Vol) » du périmètre retenu pour le marché est difficile à justifier. Au soutien de cette analyse, elle souhaite rappeler que peu de choses sépare à ce jour les communications Vol des communications fournies sur accès VLB (Voix sur large bande) et que leur distinction n'apparaît pas opératoire. Elle ne saurait tout d'abord être effectuée en fonction de la qualité du fournisseur (par exemple, s'il est déclaré ou pas). Elle se heurte ensuite au constat que toutes deux connaissent les mêmes difficultés à maîtriser la qualité de service de bout en bout. En effet, même si certains opérateurs disposent de moyens supplémentaires pour prévenir la congestion dans l'accès, moyens dont la mise en œuvre reste théorique, les deux catégories de communications Vol et VLB sont évidemment sensibles aux mêmes congestions dans le réseau. Corrélativement, dans un contexte où les accès hauts débit autorisent une bande passante de plus en plus élevée, la qualité du service de communication offert s'accroît pour l'une comme pour l'autre. Un examen attentif des offres montre de plus qu'elles présentent chacune des limitations fonctionnelles comparables et ne se distinguent guère l'une de l'autre par la promesse faite au client. Il existe donc une pression concurrentielle assez naturelle entre les diverses propositions disponibles sur le marché à partir d'un accès haut débit et entre lesquelles le consommateur est libre d'exercer son choix à tout instant.

Sur la segmentation des clientèles résidentielle et professionnelle

Le projet de décision considère que *« s'il existe un certain degré de substituabilité en maintien de la demande (en fonction des clientèles résidentielles et professionnelles), celle-ci n'est pas totale »*. Il précise également que *« les canaux de distribution et de commercialisation, et plus généralement les politiques de marketing, sont distincts entre les deux clientèles. Il convient donc de segmenter les marchés pertinents de produits par type de clientèle. »*. France Télécom adhère aux principes de cette segmentation.

Elle souligne en revanche que ces mêmes principes conduisent nécessairement à l'identification d'un segment supplémentaire au sein de la clientèle professionnelle, le segment des grandes entreprises. Ce segment se distingue du reste du segment professionnel par des canaux de distribution et de commercialisation, et des politiques de marketing distincts. Sa caractéristique principale est une présence commerciale individualisée. Du point de vue de France Télécom, il est constitué de 300 très grands comptes (gérés par la Direction des Grands Comptes –DGC-) et 1800 grands comptes



entreprises (constituant le segment de marché dénommé « platine » de la Direction Commerciale Entreprise –DCE-), soit 2100 comptes clients (1,8% des comptes clients entreprises).

Sur ce haut du marché de la clientèle professionnelle, les forces commerciales sont dédiées exclusivement (clients très grands comptes) ou quasi-exclusivement (marché des clients grandes entreprises hors très grands comptes, dénommés clients « Platine ») à un compte. Les mécanismes et les dynamiques de décisions en jeu nécessitent une forte et large présence commerciale. Ainsi les ingénieurs commerciaux assurent, sur ce haut de marché Entreprises, plus d'un contact hebdomadaire avec chaque client.

Sur ce segment les clients se caractérisent par un chiffre d'affaires annuel des prestations de télécommunications supérieures à 200 k€/an qui se répartit statistiquement moitié sur des produits voix, moitié sur des produits de data.

Sur la pertinence des marchés de détail tels que délimités

Il est rappelé qu'un marché peut être considéré comme pertinent, au regard de la recommandation de la Commission, si trois critères sont cumulativement satisfaits :

- la présence de barrières à l'entrée élevées et non provisoires ;
- l'absence d'évolution vers une situation de concurrence effective ;
- l'efficacité insuffisante du droit de la concurrence.

Au cas d'espèce, le document soumis à consultation affirme la pertinence de l'ensemble des marchés de détail identifiés sans vérifier si ces trois critères cumulatifs sont satisfaits. Il est seulement fait mention :

- que « *ces marchés sont marqués par la présence de l'opérateur historique qui se trouvait avant l'ouverture à la concurrence en 1998, en position de monopole* » : ce qui est vrai mais anecdotique et n'a aucun caractère démonstratif ;
- qu'il « *est très difficile techniquement et économiquement de dupliquer la boucle locale* » : certes, mais cette analyse n'a pas pour objet de couvrir le marché pertinent du dégroupage ;
- qu'il est, de même, « *très difficile de dupliquer le réseau de commutation d'abonnés* » : ce qui est beaucoup plus surprenant sauf à considérer que cette duplication doit nécessairement se faire avec les technologies du passé. L'argument ne s'applique en outre qu'aux seuls marchés de l'accès ;
- qu'« *il y a d'importants coûts irrécupérables pour les nouveaux opérateurs* » : les investissements correspondants ayant été à ce jour consentis par de nombreux



opérateurs concurrents au cours des 8 années passées, comment justifier qu'il subsiste des barrières à l'entrée élevées et non provisoires sauf à considérer que ceci est inévitable et structurel dans un secteur de l'économie où la présence de coûts fixes importants est consubstantielle à l'activité d'opérateur de réseaux ;

- et, enfin, que « *le seul droit de la concurrence apparaît insuffisant pour remédier aux problèmes de concurrence existant sur ces marchés. Il n'est en effet pas en mesure de pouvoir contrôler efficacement au cas par cas des évolutions tarifaires sur les marchés de détail qui pourraient néanmoins avoir des conséquences sur le développement de la concurrence* » : cette affirmation n'est absolument pas démontrée car le Conseil de la concurrence est parfaitement à même d'agir à titre conservatoire afin de s'opposer rapidement et de façon directe à tout acteur du marché. Il traduit de plus un raisonnement circulaire consistant à affirmer que l'autorité de concurrence ne peut exercer efficacement un contrôle *ex ante* du marché de détail et de conclure qu'en conséquence que ces marchés sont pertinents comme si le contrôle *ex ante* de ces marchés détail était une nécessité qui allait de soi.

Il apparaît ainsi que l'argumentaire du projet de décision considérant que tous les marchés de détail proposés sont bien pertinents est entaché d'erreurs manifestes, ce qui est particulièrement préjudiciable dans la mesure où plusieurs marchés de détail de la téléphonie ne répondent d'ores et déjà plus aux conditions préalables permettant de les considérer comme des marchés de détail pertinents au titre de la régulation sectorielle. Il en va ainsi de tous les marchés pour la clientèle des grandes entreprises, du marché des communications vers l'international pour la clientèle professionnelle en général (il faut d'ailleurs relever qu'aucune disposition de régulation spécifique d'un marché de gros ne vient en pratique remédier à un hypothétique blocage de concurrence sur ce marché de détail) ou encore sous peu de l'ensemble des marchés de communications téléphoniques compte tenu de l'importance du développement des marchés de communications voix sur IP en général et de la convergence des marchés fixe et mobile.

Définition des marchés de gros

France Télécom relève avec satisfaction que la définition des marchés de gros s'est considérablement rapprochée de la recommandation de la Commission pour ne plus porter que sur les prestations intermédiaires d'acheminement de communications téléphoniques. Conformément aux préconisations formulées par le secteur, l'ARCEP s'est efforcée d'être aussi neutre que possible pour définir les différents marchés de gros ; il subsiste néanmoins une certaine propension dans le projet de décision à illustrer les définitions retenues en fonction de l'architecture du réseau de France Télécom. Ceci n'apparaît cependant pas préjudiciable à la robustesse des définitions, mais démontre au contraire qu'un même concept est susceptible de s'appliquer aux divers réseaux couverts par l'analyse.

France Télécom suggère cependant d'inclure dans la définition retenue une précision permettant de désigner le point d'articulation des diverses définitions de départ d'appel, de



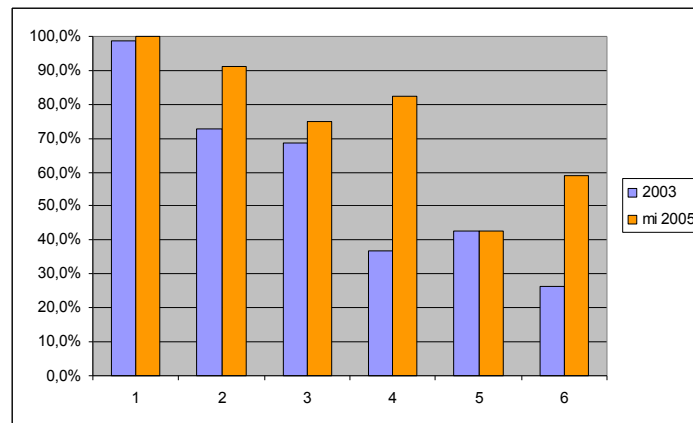
terminaison d'appel ou de transit, comme le premier équipement de commutation ou de routage pertinent traversé au sens de l'interconnexion.

Le projet de décision indique par ailleurs que « *les prestations de gros qui seraient livrés sur de nouvelles interfaces, et notamment sur des interfaces VoIP, ou plus généralement tout autre trafic bande étroite sont incluses dans le marché* ». Il convient à cet égard de rappeler que le marché pertinent est défini de telle sorte à couvrir l'acheminement de communications téléphoniques, et non de tout « *trafic bande étroite* ». Il semble souhaitable de réviser la rédaction du texte sur ce point. Précisons d'autre part, que cette définition ne doit pas conduire l'ARCEP à considérer que toute interface serait par nature acceptable et pertinente.

Nonobstant ces précisions, la définition des marchés proposés semble suffisamment consistante. Elle emporte notamment dans le marché du transit le trafic téléphonique qui serait acheminé entre deux points d'interconnexion quelle que soit la nature de ce réseau, fixe comme mobile, et quel que soit la route employée pour faire transiter le trafic. Il s'ensuit cependant que l'appréciation du marché devra veiller à bien prendre en considération l'ensemble des offres participant au marché, ce dont il est permis de douter à la lecture du projet de décision.

En 2004, lors de la première consultation publique sur l'analyse de ce marché, France Télécom avait fait valoir que la proportion de commutateurs d'abonnés interconnectés directement au réseau des tiers était très importante dans 14 zones parmi les 18 zones transit que comporte le réseau. Comme les 4 zones restantes ne représentent qu'une très faible proportion du trafic d'interconnexion total en minute, France Télécom avait souhaité que le marché du transit soit malgré tout considéré comme concurrentiel dans sa globalité. À défaut, elle proposait de segmenter le marché du transit en métropole pour tenir compte des différences de densité concurrentielle entre les zones. L'ARCEP n'a pas donné suite à cette demande, considérant que la concurrence devait s'exercer partout et que celle qui s'était établie dans ces 14 zones ne justifiait pas en tant que telle une segmentation géographique. En effet selon son analyse une frontière ne peut être clairement identifiée entre ces zones puisque susceptible de s'étendre en fonction du volume de trafic acheminé par les opérateurs alternatifs et de l'évolution des prix relatifs du transit dans les « zones de faible densité de raccordement ».

En réalité, comme il était prévisible, le déploiement des opérateurs alternatifs s'est encore accru au cours des deux dernières années jusqu'à combler effectivement le retard de raccordement aux commutateurs d'abonnés dans les quatre zones de plus faible densité. Ainsi, 31% du nombre d'accès aux commutateurs de transit ont basculé vers les CAA au cours des 18 derniers mois. Ce mouvement se traduit même par une baisse de 82% du parc des accès forfaitaires de transit au cours de la même période. La courbe du taux de raccordement aux commutateurs d'abonnés pour les 6 opérateurs alternatifs les plus importants montre bien l'accroissement de ce paramètre au cours des 18 derniers mois et l'importance du taux moyen de raccordement aux commutateurs d'abonnés obtenu.



Mais, s'il n'y a effectivement pas lieu de segmenter géographiquement le marché du transit intra territorial, la pertinence de ce marché au titre de la régulation ex ante peut être sérieusement contestée. Comme précédemment les trois critères cumulatifs ne sont pas vérifiés. Au contraire, le projet de consultation utilise des arguments très généraux sans s'attacher à une analyse fine des marchés considérés :

- présence de l'opérateur historique sur l'ensemble des marchés ;
- réseaux très capillaires de cet opérateur ;
- difficultés techniques et économiques à dupliquer la boucle locale ainsi que les commutateurs d'abonnés ;
- importance des coûts irrécupérables ;
- insuffisance du seul droit de la concurrence du fait qu'il ne peut mettre en oeuvre les outils spécifiques à la régulation ex ante (notamment le contrôle tarifaire où la séparation comptable) !

Comme pour les marchés de détail, ces arguments relèvent de la pure rhétorique et sont dommageables à la qualité du projet de décision. Mais il est surtout très regrettable que, concernant le marché de transit intra territorial, le document de consultation se refuse à reconnaître l'existence d'une véritable concurrence qui transparaît tant au travers des faits que des indicateurs. Le document de consultation affirme qu'il « *existe à ce jour une ouverture de ce marché à la concurrence, mais que ce marché nécessite encore une régulation ex ante pour favoriser et accompagner ce nouveau développement de la concurrence* ». Force est de constater pourtant que deux opérateurs alternatifs sont en pratique interconnectés à l'ensemble des commutateurs d'abonnés de France Télécom, que quatre autres acheminent plus de 90 % de leur trafic directement aux commutateurs d'abonnés, et que plusieurs opérateurs alternatifs ont exprimé à de nombreuses reprises devant l'ARCEP qu'il existait sur le marché un choix entre des offres de transit concurrentes à celle de France Télécom à ce point intéressantes qu'ils n'utilisaient plus du tout les offres d'interconnexion de cette dernière.

Ajoutons de plus que la définition proposée pour le marché du transit intra territorial engloberait des prestations de transit inter opérateurs qui n'ont jamais fait l'objet d'une



régulation ex ante et qui, depuis l'ouverture à la concurrence, étaient librement commercialisées sans que jamais quiconque n'ait trouvé à y redire. Cette extension du champ de la régulation au moment même où la naissance d'une concurrence effective est constatée constitue le plus grand des paradoxes.

Comment dès lors concilier la décision proposée avec l'exigence affirmée avec constance dans les textes que la régulation d'un marché ne peut être envisagée que s'il existe des barrières à l'entrée élevées et non provisoires, et si aucune évolution vers une situation de concurrence effective ne peut être observée sur le marché ?

C'est pourquoi France Télécom demande à l'ARCEP de ne pas considérer le marché du transit intra territorial comme pertinent. Tout maintien de la régulation ex ante sur ce marché serait contraire aux principes du cadre réglementaire.

De la même manière, il est permis de douter que les marchés constitués des prestations de transit inter territoires soient pertinents. En effet, seul un paragraphe est consacré dans le projet de décision à la vérification de la pertinence de ce marché : « *sur les marchés inter-territoires, les barrières à l'entrée sont toutes aussi élevées que pour le marché du départ d'appel. En effet, bâtir des offres compétitives sur ces marchés nécessite l'accès à des infrastructures difficiles à dupliquer, si ce n'est impossible à l'horizon de la présente analyse (câbles sous-marins notamment). Et il n'est donc pas possible d'envisager une évolution vers une situation de concurrence effective sans intervention d'une régulation ex ante pour les raisons exposées ci-dessus* ». Cette explication est évidemment insuffisante puisqu'elle ne répond qu'à un seul critère sur les trois que l'autorité de régulation nationale doit vérifier. Il convient de plus de rappeler que ce marché du transit n'adresse que l'acheminement de communications téléphoniques, et non pas de communications à haut débit. Il n'y a donc pas de nécessité impérieuse à employer des moyens de transmission sous-marins pour acheminer ces communications. Compte tenu de la quantité modeste de trafic (le document soumis à consultation fait d'ailleurs l'inventaire de toutes les liaisons existantes) rien ne s'oppose en pratique à employer des systèmes de transmission par satellite très faciles à déployer, ou d'autres systèmes VoIP qui permettent d'acheminer en pratique une proportion importante du trafic ; les systèmes terrestres ou sous-marins étant disponibles en secours ou pour écouler des pointes de trafic exceptionnelles. France Télécom demande en conséquence à ce que ces marchés de transit téléphonique inter territoires ne soient pas considérés comme pertinents en vertu de simples arguments de principe.

Sur l'influence significative exercée par France Télécom

Sur l'influence significative sur les marchés de l'accès au réseau téléphonique

Le caractère général de l'analyse soumise à la consultation méconnaît le fonctionnement concurrentiel des marchés de l'accès sur le segment des professionnels et des grandes entreprises. En effet, sur ce segment l'offre est déjà abondante notamment pour les produits



de l'accès primaire numérique qui compte une dizaine de fournisseurs. Or ceci ne transparaît pas dans l'analyse des parts de marché qui n'ont pas été réévaluées au cours des diverses révisions du document depuis sa première version de juillet 2004. Si l'on en juge par le projet de décision, les parts de marché de France Télécom dans l'accès pour la clientèle professionnelle seraient de l'ordre de 98 à 99 % en valeur comme en volume, et ce pour les années 2001 à 2003 qui sont les seuls mentionnées par le document.

Pour sa part, France Télécom avait dans sa réponse à la consultation publique de juillet 2004, déjà souligné qu'il était essentiel de conduire une analyse en volume pour apprécier la part de marché réelle des acteurs car les offres de ses concurrents regroupent accès et communications. Dès septembre 2004, selon les éléments d'analyse dont elle disposait, France Télécom avait indiqué que la part de marché des opérateurs alternatifs sur l'ensemble du territoire était de l'ordre de 25% en ce qui concerne l'accès numérique primaire. Ce qui, rapporté aux zones géographiques les plus denses où la concurrence s'exerce avec le plus d'acuité, confère aux opérateurs alternatifs une part de marché avoisinant 50% sur ce segment. Pourtant, le projet de décision souligne que « *la prise en compte de cette information ne modifierait pas fondamentalement les niveaux de parts de marché auxquels (elle) parvient sur la base des indications des opérateurs* ». Non sans contradiction, il est également indiqué que « *le nombre de lignes pour la clientèle professionnelle n'inclut pas les accès numériques primaires car l'hétérogénéité des données transmises par les différents opérateurs ne permet qu'une estimation de ce segment en volume* ». En conséquence, bien qu'ayant été informée voici un an que son analyse du marché était incomplète voire faussée en raison du recueil de données quantitatives inexactes, ce que l'ARCEP ne conteste pas d'ailleurs, elle n'a pas jugé utile de solliciter le secteur pour réviser son appréciation initiale et, au contraire, poursuit son analyse avec des données obsolètes et selon toute vraisemblance sans corrélation avec la réalité.

D'un point de vue prospectif également, il est dommageable que les effets du dégroupage soient sous-estimés pour la clientèle professionnelle. En effet, l'argument essentiel avancé par le projet de décision consiste à affirmer que les programmes d'investissements des opérateurs en dégroupage ne devraient concerner que la moitié de la population. Or, la clientèle des entreprises est plus concentrée que l'ensemble du marché ce qui rehausse notablement le taux de couverture du dégroupage. Même pour la clientèle résidentielle d'ailleurs, cette perspective est déjà dépassée compte tenu des déploiements en cours dont la portée dépasse largement la moitié du marché.

Ainsi donc, tant les données de marché actuelles que les perspectives futures contredisent les conclusions du projet de décision sur le marché de l'accès téléphonique pour la clientèle professionnelle. Comme sur ce marché il existe d'ores et déjà différentes offres de gros effectives (dégroupage, TDSL, LPT,...), l'esprit du nouveau cadre réglementaire devrait conduire en toute hypothèse l'ARCEP à conclure à l'absence de puissance de France Télécom sur ce marché de détail.



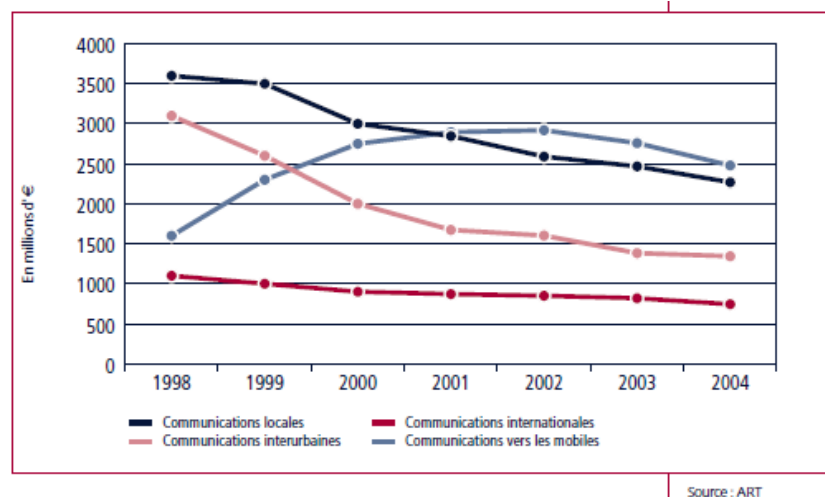
Sur l'influence significative sur les marchés des communications téléphoniques fixes

Comme pour les versions précédemment publiées de cette analyse, il convient de souligner que la puissance des acteurs n'est établie que sur la base des parts de marché, et sur le constat que celles de France Télécom ne seraient pas susceptibles de baisser suffisamment au cours des trois années à venir pour passer en dessous d'un seuil critique de 40%. D'autres critères qualitatifs ont été examinés par l'ARCEP, comme la présence d'économies d'échelle et de gamme, le contrôle d'une infrastructure difficile à dupliquer ou encore l'existence d'un réseau de distribution de vente très développé. De tels arguments sont évidemment peu vraisemblables ainsi que France Télécom a déjà pu le montrer et ne constituent qu'un discours érigé sur des lieux communs.

France Télécom entend tout d'abord éclairer l'évolution des parts du marché des communications sur le segment des grandes entreprises, qui met en exergue que la baisse de la part de France Télécom est régulière, continue et suffisamment rapide pour s'approcher et franchir au cours de la période d'analyse le seuil de 40 %. Elle invite à cet égard l'Autorité à consulter l'annexe confidentielle détaillée à cet effet. Les évolutions qui y sont mentionnées prouvent à l'envi qu'il n'est pas loisible à FT de se comporter sur ce segment de marché des grandes entreprises de manière indépendante de ses clients et de ses concurrents.

Ensuite sur les autres marchés de communications, au-delà du débat sur les parts de marché ou sur la capillarité du réseau de France Télécom, il faut déplorer que le document soumis à la consultation omette totalement d'analyser le fonctionnement réel du marché et n'apporte aucune démonstration sur l'aptitude de France Télécom à se comporter indépendamment de ses clients ou des ses concurrents. L'analyse n'a-t-elle pas évoqué au stade de la définition du marché, que les offres de voix sur accès large bande ou les offres mobiles avaient exercé des pressions concurrentielles certaines sur les offres de communications fixes ? L'analyse n'a-t-elle pas relevé que les marchés de détail des communications fixes connaissent à la fois une diminution très forte en valeur, mais également en volume³ et paradoxalement une évolution dynamique et structurante par la généralisation d'offres d'abondance illimités et forfaitaires ?

³ Le trafic global hors Internet bas débit accuse une baisse annuelle d'un peu moins de 2% par an (données : Rapport annuel de l'ARCEP 2004)



Il est pour le moins curieux que cette évolution, dont le premier bénéficiaire est le consommateur, ne trouve pas écho dans la présente analyse en ce qu'elle témoigne manifestement de la vigueur concurrentielle du marché. C'est également le signe qu'il existe d'importantes possibilités de substitutions extérieures au périmètre retenu pour le marché pertinent et qui n'ont manifestement pas été prises en considération (la baisse du volume global de trafic alors que les offres de détail sont de plus en plus abondantes en est la caractéristique indéniable).

Il s'ensuit que, même si France Télécom détenait encore sur certains marchés des parts importantes, leur décroissance régulière ajoutée à celle du volume global du marché ne lui permettent pas de disposer de la faculté de se comporter indépendamment de ses clients et de ses concurrents, fussent-ils désignés dans le marché pertinent ou pas.

Sur l'influence significative de France Télécom sur les marchés de gros

France Télécom n'a pas de commentaires à formuler quant aux conclusions de l'ARCEP qui estime qu'elle détient une influence significative sur les marchés de gros du départ d'appel en position déterminée et de la terminaison d'appel sur son réseau propre.

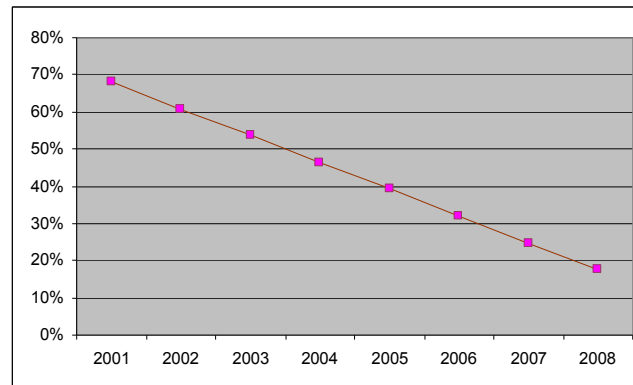
Concernant le marché du transit intra territorial en revanche, le projet de décision apparaît beaucoup moins convaincant. France Télécom observe cependant avec satisfaction que l'Autorité s'est efforcée de prendre en compte les remarques formulées par le Conseil de la concurrence dans son avis n°05-A-05 en retirant des parts de marché calculées les volumes de production interne, y compris en intra groupe.

Mais tandis que les parts de marché de France Télécom calculées par l'ARCEP baissent régulièrement au cours des années 2001 à 2003 pour aboutir à une part de marché de 53 % environ telle qu'estimée par l'Autorité, le projet de décision omet parallèlement de prolonger



l'évolution constatée au cours de ces trois années pour mettre en évidence la situation prospective de ce marché au cours de la période d'analyse.

Si l'on se réfère au graphique ci-dessous qui n'est que le prolongement de la courbe régulière amorcée pour des années 2001 à 2003, on perçoit l'écueil méthodologique que représente cette omission. Il est symptomatique de considérer que la valeur estimée pour l'année 2005 serait inférieure à 40 %.



En guise de corollaire, cette perte de parts de marché s'accompagne nécessairement d'un transfert au profit d'autres acteurs. Deux opérateurs semblent tout particulièrement désignés, Cegetel et Neuf Télécom en ce qu'ils sont très actifs sur le marché du transit ainsi que Completel a pu le souligner publiquement. Le document d'analyse attribue à chacun de ces opérateurs une part de marché en 2003 avoisinant 20%, ce qui est suffisamment important pour justifier que l'ARCEP examine si ces acteurs disposent d'une influence significative. Mais, plutôt que de se placer dans une perspective prospective, l'ARCEP a simplement vérifié que ces deux acteurs ne disposaient pas d'une influence significative conjointe, l'un et/ou l'autre avec France Télécom, laquelle ne saurait évidemment être mis en évidence. Pour autant, la réévaluation de la part de marché de ces opérateurs pour l'année 2005 est significative, puisqu'elle devrait être portée à 30% chacun.

Or, depuis le mois de mai 2005, la fusion de ces deux sociétés est annoncée. Une fois consommée, cette fusion devrait porter la part de l'ensemble à plus de 60% du marché total du transit intra territorial. D'autant plus que la fusion de ces deux opérateurs fait de la société SFR un acteur libre dont les liens organiques avec Cegetel se trouveraient distendus ne permettant plus de considérer les volumes de production que Cegetel réalise pour SFR comme des volumes internes.

Il résulte de ce qui précède que France Télécom ne détient aucune influence significative sur le marché de gros du transit intra territorial, que l'on peut considérer comme parfaitement concurrentiel. Son évolution future consacrée par la fusion des deux opérateurs Cegetel et Neuf Télécom devrait en revanche imposer une nouvelle analyse du marché par l'émergence d'un acteur disposant d'une influence significative effective avec des parts de marchés supérieures à 60%. Le projet de décision de l'ARCEP apparaît à cet égard tout



particulièrement inadapté puisqu'il organise la disparition de la concurrence sur ce marché par la protection absolue d'un acteur disposant d'ores et déjà d'une influence significative latente.

Sur les marchés du transit inter-territoires enfin, France Télécom ne comprend pas selon quels critères le projet de décision affirme qu'elle détiendrait une influence significative alors qu'aucune démonstration vraisemblable ne vient étayer cette analyse. Le raisonnement suivi repose exclusivement sur la détention par France Télécom d'infrastructures qui seraient difficile à dupliquer. À cet égard le document dresse l'inventaire des infrastructures de transmission permettant d'atteindre ces différents territoires. Il souligne au passage le montant considérable des investissements dans les câbles sous-marins et en déduit que ces câbles seraient difficiles à dupliquer.

Ce raisonnement est cependant battu en brèche car le marché ici considéré n'adresse que l'acheminement en transit de communications téléphoniques (donc de communications bas débit), lesquelles ne nécessitent nullement l'utilisation de câbles sous-marins ainsi que l'ARCEP l'explique d'ailleurs en prenant pour exemple Saint-Pierre-et-Miquelon pour laquelle elle n'a identifié qu'un lien satellite et deux faisceaux hertziens. Par ailleurs, les câbles sous-marins servent principalement de nos jours à l'acheminement de services de données.

Les liens satellites sont parfaitement adaptés à l'acheminement de communications téléphoniques, ils sont très faciles à mettre en oeuvre et n'entraînent aucun coût irrécupérable significatif. Leur dimensionnement peut en outre être optimisé par l'utilisation des câbles sous-marins concurrents, en secours et en débordement. Dès lors le raisonnement conduit par l'ARCEP viserait plutôt un marché des capacités de transmission haut débit inter-territoires voire international mais en aucun cas celui du transit de communications téléphoniques inter territoires, lequel ne présente aucune barrière importante et non provisoire à l'entrée. France Télécom considère donc ne détenir aucune influence significative sur ces marchés, et estime a fortiori illégale toute obligation ex ante qui lui serait imposée au seul motif qu'elle a eu le tort d'avoir investi pour rompre l'isolement de ces départements et territoires éloignés.

Sur les obligations pour les marchés de gros de la téléphonie

A titre liminaire il convient de souligner que le dispositif de mesures correctrices prévu par le projet de décision n'est rien moins que la liste exhaustive de toutes les obligations possibles envisagées par les textes à quelques particularités près, comme celle d'interdire à France Télécom de pratiquer des tarifs d'éviction sur le marché de gros du transit intra territorial.

Plus encore que sur les marchés de détail, il n'est jamais envisagé un traitement par le seul droit de la concurrence sur les marchés de gros.



Les mesures proposées constituent de plus une extension significative du champ de la régulation sans que cette extension soit justifiée. Il est en effet pour le moins étonnant que huit ans après l'ouverture à la concurrence, l'ARCEP estime nécessaire d'imposer à France Télécom une obligation de fournir *« des prestations d'acheminement entre ses commutateurs et ceux des opérateurs de boucles locales tiers, afin de permettre aux opérateurs de transiter par l'opérateur historique pour joindre les abonnés des autres opérateurs de boucles locales »*, alors que cette prestation n'a jamais fait l'objet d'une obligation et qu'elle était librement offerte depuis lors dans des conditions commerciales.

Au-delà du caractère surprenant d'une telle obligation, la question de la proportionnalité des mesures est posée : or celle-ci impose non pas de vérifier qu'une mesure est utile pour l'atteinte d'un objectif mais qu'elle est strictement nécessaire.

Sur le caractère proportionné des mesures correctrices proposées

Les textes européens et nationaux imposent aux autorités de régulation nationales que les éventuelles mesures correctrices qui seraient prescrites à l'issue de l'analyse d'un marché pertinent soient strictement proportionnées aux problèmes concurrentiels identifiés.

A cet égard, les lignes directrices de la Commission (2002/C 165/03) sont explicites :

« Le respect du principe de proportionnalité sera un critère fondamental qu'utilisera la Commission pour apprécier les mesures proposées par les ARN dans le cadre de la procédure visée à l'article 7 de la directive 'Cadre'. Le principe de proportionnalité est bien établi en droit communautaire. Il impose que les moyens mis en oeuvre pour atteindre un objectif donné se limitent à ce qui est nécessaire et suffisant pour atteindre cet objectif.

Un projet de mesure est considéré comme compatible avec le principe de proportionnalité si la mesure à prendre poursuit un but légitime et si les moyens employés sont à la fois nécessaires et aussi peu contraignants que possible; autrement dit, ils doivent correspondre au minimum nécessaire pour atteindre ce but. »

C'est pourquoi il ne suffit certainement pas pour respecter ce principe d'affirmer que la mesure proposée *« est proportionnées aux objectifs mentionnés à l'article L. 32-1 du CPCE »*.

L'absence de proportionnalité des mesures proposées dans le projet de décision apparaît patent, notamment lorsqu'il est prescrit la reconduction d'une obligation de fournir des prestations d'accès actuellement fournies. L'imposition de remèdes systématiques et non proportionnés n'est pas sans conséquences préjudiciables. Ainsi le projet de décision prévoit d'imposer à France Télécom de *« ne pas retirer un accès déjà accordé à un opérateur sauf accord préalable exprès de l'Autorité »* : outre le caractère inutilement contraignant d'une



telle obligation systématique, elle pourrait constituer un blocage à la libre évolution des réseaux notamment au regard de caractéristiques technologiques vis-à-vis desquels le régulateur se doit d'être absolument neutre et de laisser faire les forces du marchés. Si le but poursuivi d'une telle mesure n'est pas fondamentalement illégitime, elle est en revanche inutilement contraignante, et donc non proportionnée.

De la même manière, l'ARCEP propose d'imposer à France Télécom qu'elle s'engage sur chaque prestation fournie, sur un niveau de qualité de service, et à proposer un mécanisme incitatif à son respect, qui pourra notamment reposer sur un système de pénalités incitatives ou sur la reconnaissance par France Télécom de sa responsabilité commerciale. D'après l'ARCEP, une telle mesure « *s'avère nécessaire pour pallier les éventuelles réticences de France Télécom dans la fourniture à ses concurrents d'une offre satisfaisante en terme de qualité de service* ». France Télécom considère qu'une telle mesure prononcée de façon aussi générale et systématique constitue un modèle d'obligation non proportionnée puisque dans la majeure partie des cas sa stricte nécessité n'est pas établie, tandis qu'elle peut se révéler infiniment contraignante voir absurde dès lors que n'importe quelle prestation pourrait se voir instrumentalisée pour exiger la reconnaissance de la responsabilité commerciale de France Télécom. La mesure n'est en tout état de cause pas nécessaire puisque l'ARCEP dispose également du pouvoir de sanction en cas de non respect d'une disposition réglementaire ce qui rend un éventuel système de pénalités superfétatoire.

Sur la publication d'une offre technique et tarifaire détaillée

Comme pour les autres mesures proposées, la publication d'une offre de référence détaillée est une mesure qui apparaît non proportionnée. En effet, son caractère détaillé et complet est justifiée par l'Autorité en vertu de l'article D.307 qui précise que l'offre de référence devra être « *suffisamment détaillée pour que l'opérateur demandeur ne paie que l'utilisation des moyens strictement liés à la prestation demandée* ». Or, cette disposition ne s'oppose pas à la tarification de certaines prestations sur devis, ni n'exige que l'ensemble des tarifs soit effectivement inscrit dans l'offre de référence et non uniquement dans les conventions conclues entre les parties. L'exigence va donc au-delà de ce qui est strictement nécessaire. Cette exigence est également particulièrement contraignante dans un contexte où le marché du transit est soumis à une vive concurrence. La publication à l'avance d'une offre de référence complète et détaillée est préjudiciable à la concurrence sur le marché du transit en donnant la possibilité aux opérateurs de déterminer à l'avance un tarif sans risques.

Il convient de plus de rappeler que certaines prestations avait été retirées du champ du précédent catalogue d'interconnexion au motif que lesdites prestations étaient réputées en concurrence. Au cas d'espèce, le remède préconisé par l'ARCEP constituerait une régression significative dans l'allégement de la régulation obtenu au cours des années précédentes. Sauf à considérer que des éléments de faits seraient venus modifier la situation concurrentielle précédemment identifiée, une telle mesure apparaît non seulement peu cohérente avec les analyses antérieures de l'Autorité, mais tout simplement contraire aux objectifs assignés à la régulation par les directives communautaires et le législateur.



Enfin, France Télécom souligne que les délais de préavis exigés ne sont pas compatibles avec les contraintes opérationnelles en vigueur sur le marché puisque certains tarifs dépendent de prestations fournies par d'autres opérateurs en aval et dont la modification intempestive nécessiterait une modification des tarifs de l'offre de référence sans délai.

Sur les obligations pour les marchés de détail de la téléphonie

A titre liminaire, France Télécom adhère au principe général d'après lequel *« il n'est pas nécessaire à ce jour d'imposer des obligations sur les prestations de communications fournies par France Télécom qui ne sont pas associées à un accès inclus dans le marché pertinent de l'accès »*. L'esprit du cadre réglementaire exige en effet une stricte retenue de la régulation *ex ante* d'un marché de détail lorsque celle du marché de gros sous-jacent suffit à assurer son fonctionnement pleinement concurrentiel. Or l'abondance de la gamme des offres de gros sur accès haut débit est effectivement suffisante pour garantir cette condition sur ce segment du marché des communications téléphoniques ainsi qu'en témoigne le vif développement observé sur le marché.

Afin de lever toute ambiguïté au projet de décision, il conviendrait que les considérants des sections V.2 et V.3 fassent référence aux communications téléphoniques associées aux accès inclus dans le marché pertinent de l'accès plutôt qu'aux communications VLB dont le périmètre est légèrement différent, pour les marchés de la clientèle professionnelle notamment.

Sur la mise en œuvre de la régulation *ex ante* par rapport au contrôle *ex post*

Le projet de décision soumis à consultation envisage d'imposer à l'opérateur disposant d'une influence significative un contrôle de ses tarifs soit par une transmission préalable soit par la transmission régulière d'information *a posteriori*. Le contrôle tarifaire actuel des marchés de détail complète et éclaire le dispositif ici proposé par une pratique de plus en plus fréquente qui consiste à exiger de l'opérateur soumis au contrôle préalable la transmission régulière d'informations et de statistiques sur la commercialisation et sur l'usage de ses offres.

Il est frappant de constater que la mise en œuvre des remèdes mentionnés au projet de décision aboutirait à un contrôle systématique *a priori* et *a posteriori* des offres de détail, et ce sur la base d'une méthodologie, notamment de contrôle de la proscription de certaines pratiques, dont France Télécom a signalé de façon récurrente le caractère inadapté et arbitraire. Qui plus est, le projet de décision soumis à consultation affirme que *« si un acteur du secteur estime qu'une offre est contraire aux obligations imposées à France Télécom après sa commercialisation, ou que cet opérateur fausse l'exercice d'une concurrence loyale, il pourra saisir l'Autorité sur la base d'une analyse motivée pour demander l'ouverture d'une procédure de sanction »*, ce qui serait entaché d'irrégularité ainsi qu'il sera expliqué plus loin.



Il apparaît ainsi que le projet de décision, s'il devait être maintenu en l'état, entraînerait la mise en œuvre d'une régulation des marchés de détail inique, considérablement plus contraignante que la précédente, établie sur des méthodes de contrôle entachées d'irrégularité, et ce sans que jamais un tel accroissement ne soit justifié.

Rappelons à cet égard que le Conseil de la concurrence est largement revenu, dans son avis 05-A-05 sur le caractère proportionné, adapté et non distorsif que doit conserver la régulation ex ante et a rappelé l'efficacité des instruments dont il dispose pour contrôler ex post les conditions concurrentielles sur les marchés de gros et de détail.

Il importe de souligner à cet égard que la régulation sectorielle intervient à titre subsidiaire sur le marché par rapport au droit commun de la concurrence.

Le considérant 27 de la directive cadre dispose ainsi par exemple : « Il est essentiel que les obligations réglementaires ex ante ne soient imposées qu'en l'absence de concurrence effective, c'est à dire sur les marchés où opèrent une ou plusieurs entreprises disposant d'une puissance significative sur le marché et lorsque les recours fondés sur le droit national ou communautaire de la concurrence ne suffisent pas à résoudre le problème ». Dans la mesure où le Conseil s'estime suffisamment armé pour résoudre certaines difficultés de marché relevées par l'ARCEP, les remèdes qu'a pu définir cette dernière pour pallier ces difficultés devraient être supprimés comme n'étant plus légalement fondés. Le maintien de ces remèdes serait donc juridiquement contestable. Au surplus l'Autorité ne devrait pas pouvoir alléguer, comme elle le fait, des délais de procédure du Conseil pour maintenir ou mettre en œuvre un remède dès lors que le Conseil lui-même, et la pratique juridictionnelle constatée de celui-ci, démontrent que les procédures de mesures conservatoires du droit commun de la concurrence sont particulièrement rapides, efficaces et dissuasives.

Cet impératif est d'autant plus absolu que le maintien de remèdes sectoriels, là où le droit commun de la concurrence peut efficacement intervenir, engendre ou maintient une grave insécurité juridique pour les acteurs du marché, liée à une appréciation discordante par les autorités de concurrence des pratiques dont ils ont à connaître (définitions réglementaire des marchés, auxquelles le Conseil ne s'estime pas tenu, appréciation très différente des effets de ciseau tarifaire ou de prédation...).

La régulation ex ante doit rester d'application mesurée et particulièrement motivée en fait (notamment à partir de données chiffrées) et en droit, dans la mesure où elle définit des remèdes qui font exception à des principes à valeur constitutionnelle tels que la liberté du commerce et de l'industrie ou la libre concurrence.

La régulation ex ante doit respecter le principe de convergence, à terme, avec le droit commun de la concurrence et donc alléger progressivement son emprise sur les marchés de communications électroniques. Au terme de la présente analyse, l'ARCEP multiplie au contraire les contraintes qu'elle impose à France Télécom sur les marchés de la téléphonie



fixe. Cette démarche est directement contraire au cadre réglementaire communautaire ainsi qu'à l'esprit dans lequel la loi du 9 juillet 2004 a été adoptée par le Parlement en France. Il n'est à cet égard que de citer les propos du rapporteur Trassy Paillogues devant l'Assemblée nationale le 10 février 2004 (débat relatif à la loi communications électroniques et services de communication audiovisuelle, 3ème séance) : « La logique des "marchés pertinents" consiste à confier au régulateur sectoriel le soin d'organiser la transition vers l'application du droit commun de la concurrence à mesure que les marchés deviennent concurrentiels. Par ce nouveau cadre, on insiste sur la régulation des marchés de gros, le contrôle des marchés de détail n'intervenant qu'en deuxième instance. Ainsi, le contrôle a priori des tarifs de détail sera allégé au profit d'un contrôle a posteriori pour le droit commun de la concurrence ». L'on ne peut que constater que ce qui paraissait évident au Législateur en février 2004 sur les missions respectives que devaient assumer le Conseil et l'Autorité ne trouve ici aucune réalité concrète...

Enfin, il convient de rappeler que les remèdes, tels qu'ils sont prévus par les directives communications électroniques et leur transposition en droit national ne s'entendent pas comme des instruments de sanction d'événements passés, mais bien d'obligations rigoureusement et strictement nécessaires pour assurer dans l'avenir la fluidité de la concurrence sur un marché donné. Il est dès lors étonnant de voir l'Autorité justifier l'application à France Télécom de certains remèdes par le simple constat de contrôles passés au cours desquels elle s'est opposée à des pratiques qu'elle a jugée inopportunes et qu'elle considérerait comme nécessairement réitérées par France Télécom dans le futur au terme d'un véritable procès d'intention. Nous renvoyons ici notamment aux paragraphes V.4, V.4.1.2 ou encore V.4.2. Ce serait méconnaître également les effets pervers patents d'un contrôle administratif visant à dé-responsabiliser l'opérateur qui y est soumis.

Ces éléments pris individuellement et collectivement sont autant d'arguments permettant de contester juridiquement, pour défaut de base légale, la plupart des obligations que l'Autorité entend, en l'état, imposer à France Télécom.

Sur la proscription de certaines pratiques

Proscription des pratiques discriminatoires

D'une manière générale, la proscription de pratiques discriminatoires découle du droit général de la concurrence. Au cas d'espèce, le projet de décision retranscrit ce principe juridique d'une manière pour le moins simpliste qui pourrait conduire à condamner purement et simplement toute forme de discrimination par les prix ce qui serait une hérésie au sens économique. En effet, appliqué tel quel, ce principe ferait obstacle au maintien d'une tarification efficace, différenciée suivant les divers profils de consommation conformément au principe économique de discrimination.

Tout d'abord la discrimination tarifaire a pour intérêt de faciliter la couverture des coûts fixes de l'opérateur de réseau sur la durée de vie économique des équipements ; ces coûts fixes ne pourraient être recouverts convenablement dans le cas d'un prix égal au coût marginal. La



possibilité de pratiquer une discrimination tarifaire est donc salubre pour le marché en ce qu'elle incite les opérateurs à consentir les investissements fixes nécessaires.

Au surplus, lorsque la segmentation accroît la production en permettant d'approvisionner de nouveaux marchés ou de servir de nouveaux consommateurs, elle accroît le bien être collectif. Des tarifs binômes discriminatoires peuvent accroître strictement le bien être de tous les agents, acheteurs et vendeurs. D'un point de vue global, on peut toujours choisir un prix non linéaire pour qu'ils accroissent le bien être collectif. Quand à la discrimination au second degré, elle est toujours préférable à un prix uniforme. Derrière ces exemples réside une explication unique: lorsque la discrimination accroît la production, la perte sociale se réduit et l'utilité collective s'accroît. En discriminant, on réduit ainsi le gaspillage inhérent au pouvoir de marché. La discrimination ne constitue donc pas nécessairement une pratique à prohiber.

France Télécom demande en conséquence à l'ARCEP de modifier la rédaction des considérants correspondants afin de lever toute ambiguïté quant à une interprétation trop simple de cette obligation.

Proscription de couplages abusifs

Le projet de décision propose d'imposer à France Télécom « l'interdiction ex ante de pratique des couplages abusifs » sur les marchés pertinents de la téléphonie fixe de détail. France Télécom constate ici encore que cette obligation nouvelle est insuffisamment justifiée et non proportionnée au but recherché.

Pour seule justification de cette mesure, le document soumis à consultation soutient que : « *la puissance de France Télécom sur les marchés de détail et sur les marchés de gros de la téléphonie fixe la place dans une position qui **rend possible** des couplages abusifs* ». Dès lors tout opérateur puissant sur certains marchés de détail devrait se voir imposer une telle contrainte, or ce n'est pas l'esprit du cadre réglementaire. Cet argument ne saurait représenter en soi une motivation suffisante à la décision à intervenir de l'Autorité, pas plus d'ailleurs que les développements destinés à expliquer en quoi un couplage pourrait se révéler abusif, développements qui ont une vocation pédagogique mais ne tiennent pas lieu de justification.

Le projet de décision mentionne par ailleurs que « *des pratiques de couplages abusifs ont pu être évitées dans le cadre de l'homologation des tarifs de France Télécom⁴* ». Les autres remèdes assignés à France Télécom semblent donc suffire à remplir les objectifs que se donne la régulation sectorielle en la matière. Tout complément est dès lors nécessairement disproportionné.

⁴ Consultation page 140.



Ajoutons au surplus que de fait et de droit, le Conseil de la concurrence contrôle déjà très rigoureusement les pratiques de couplage sur les marchés de communications électroniques et a d'ores et déjà bâti une jurisprudence argumentée, sérieuse et efficace permettant, le cas échéant, d'y couper court. Cette intervention du Conseil, ex post, est largement suffisante. Les décisions 99-MC-04 (rejet de mesures conservatoires sur un couplage allégué Primaliste longue distance) ou 01-MC-06 du 19 décembre 2001 (prononcé de mesures conservatoires sur un couplage Ma ligne Locale et autres) illustrent ainsi, par exemple, la rapidité d'intervention du Conseil.

Le Conseil a part ailleurs rappelé récemment sa doctrine s'agissant des pratiques de couplage dans sa décision 04-D-22 (Primaliste longue distance, décision au fond) du 21 juin 2004 : « *La position dominante occupée par France Télécom sur le marché de la téléphonie fixe ne saurait justifier que des 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* ». Dans sa décision 05-D-13, il précise, s'agissant d'un couplage entre deux produits situés sur des marchés distincts ouverts à la concurrence, que la position dominante de l'auteur du couplage sur l'un des deux marchés ne saurait justifier que lui soit, a priori et par principe, interdit le lancement de son offre de couplage.

Cette doctrine du Conseil semble incompatible avec le remède ici discuté en ce qu'il interdit à France Télécom, *a priori* et par principe un certain nombre d'offres de couplage en qualifiant d'office de tels couplage d'abusifs sans aucune analyse sérieuse. Ce remède est donc non strictement nécessaire et apparaît inutilement contraignant compte tenu de l'intervention ex post du Conseil. Il est source de discrimination entre les acteurs du marché en empêchant France Télécom de lancer certaines offres ouvertes à ses concurrents et qui ne présentent aucun effet anticoncurrentiel. Mais encore, ce remède présente une insécurité juridique toute particulière. Il n'est donc pas proportionné au but recherché.

Il n'est pour cela que de rappeler que dans le dossier Primaliste longue distance évoqué ci dessus, le Conseil, décidant au fond, n'a qualifié aucune pratique de couplage abusif de la part de France Télécom alors que l'analyse de l'Autorité était inverse⁵...

Proscription de tarif d'éviction liée à l'obligation de communication préalable des tarifs

Dans le document qu'elle soumet à consultation, l'ARCEP justifie la nécessité d'un contrôle des obligations imposées par le nombre de décisions tarifaires n'ayant pas reçu un avis favorable de sa part ce qui est supposé révéler une tendance récurrente de l'opérateur à s'écarter des obligations qui sont les siennes.

⁵ Avis 99-145 et 00-641



Ainsi relève-t-elle qu'« au cours des quatre premiers mois de l'année 2005, une seule procédure a abouti à un avis défavorable partiel. En revanche dans près de la moitié des dossiers transmis par l'opérateur puissant, France Télécom a modifié son projet durant l'instruction du dossier, l'Autorité ayant estimé que les évolutions initialement envisagées pouvaient conduire à une discrimination, à des prix excessifs ou à des prix d'éviction. En l'absence d'une procédure de communication préalable il est probable que France Télécom commercialiserait des prestations qui pourraient ne pas respecter les obligations imposées par l'Autorité, et qu'il faudrait attendre l'issue d'une procédure de sanction pour que France Télécom retire ou modifie ses offres, au détriment des acteurs du secteur et des consommateurs. Il est donc nécessaire d'imposer une obligation de communication préalable ».

France Télécom rappelle qu'elle a contesté de manière récurrente, par de nombreux courriers adressés à l'ARCEP et au Ministère le caractère arbitraire de la méthodologie d'analyse appliquée par l'Autorité aux décisions tarifaires qui lui étaient communiquées et dont les conclusions ont été suivies par le Ministère. En particulier celle-ci conduisait notamment à maintenir, sur le marché Entreprise un écart de -60% à -70% entre les tarifs plancher autorisés à France Télécom et les tarifs pratiqués par ses concurrents !

Au demeurant et faute d'être entendue par l'ART et le Ministère, France Télécom a estimé nécessaire de faire un recours en légalité auprès du Conseil d'État contre la décision de non homologation de la décision tarifaire n°2003123 relative à la création de l'offre « Bonus » pour les forfaits « Les Heures Locales » au regard de l'absence de motivation de la décision de refus, et du caractère non fondé des hypothèses de l'avis n° 03-1262 de l'ART qui apparaissent la justifier.

Dans ces conditions et compte tenu des risques de préjudice que constitue pour le marché dans son ensemble et les consommateurs en particulier l'application d'une méthodologie de contrôle inadaptée et arbitraire de ses décisions tarifaires, France Télécom récusé la nécessité d'un contrôle préalable par l'ARCEP des obligations qui lui sont imposées. Très précisément l'opérateur considère que seules les réactions du marché aux offres qu'elle commercialise peuvent guider avec assurance et certitude l'action du régulateur et garantir l'efficacité du contrôle du respect par France Télécom de ses obligations.

Sur l'obligation de transmettre au préalable les tarifs et sur leur contrôle

L'ARCEP comme le lui permet l'article L38-1 et les dispositions de l'article D.315 du CPCE peut demander la communication préalable des tarifs de détail avant leur mise en œuvre. Toutefois il est indiqué que dans le cas où elle ne se serait pas opposée à un tarif elle le fera savoir dans les meilleurs délais, ce qui n'empêcherait pas qu'elle instruisse le cas échéant une saisine au titre de l'article L36-11 afin de faire constater un manquement aux obligations réglementaires du fait de la mise en œuvre d'une offre à laquelle aucune opposition n'aurait



été manifestée dans le cadre de la procédure prévue par le décret n° 2004-1301 du 26 novembre 2004.

France Télécom ne peut souscrire à double titre à cette analyse dès lors qu'elle contredit manifestement les textes législatifs applicables et la pratique jurisprudentielle administrative en matière de décision tacite favorable.

- **Il ne peut être souscrit à une prolongation artificielle du délai d'approbation tacite du tarif**

Selon les dispositions de l'article 21 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations « Sauf dans les cas où un régime de décision implicite d'acceptation est institué dans les conditions prévues à l'article 22, le silence gardé pendant plus de deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut décision de rejet. Lorsque la complexité ou l'urgence de la procédure le justifie, des décrets en Conseil d'État prévoient un délai différent ».

Or le décret d'application prévue à l'article L.38-1 encadre strictement les délais d'examen des décisions tarifaires de France Télécom, et le délai dans lequel elles sont réputées obtenir l'accord tacite du régulateur après transmission d'un dossier complet. Ainsi l'article D.315 du CPCE fixe que : « *L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut s'opposer à la mise en oeuvre de ces tarifs par une décision motivée explicitant les analyses, notamment économiques, qui sous-tendent son opposition, notifiée à l'opérateur concerné dans un délai de trois semaines suivant la transmission du dossier complet et rendue publique* ».

Or ces dispositions ne sont que la transposition sous l'Autorité de la seule ARCEP du mécanisme d'homologation prévu jusqu'alors par l'article 17-2 du cahier des charges de France Télécom et maintenues à titre transitoire par l'article 133 de la loi du 9 juillet 2004. Selon le régime antérieurement applicable à défaut d'opposition ou de suspension notifiée par l'un des deux ministres dans le délai d'un mois suivant la transmission de l'ensemble des éléments précités, les tarifs pouvaient entrer en vigueur dans le respect du délai de préavis de huit jours prévu par le cahier des charges.

Il ressort explicitement des textes que le délai pour l'acceptation tacite des offres de France Télécom est limité à trois semaines par le décret 2004-1301, et que cette limitation dans le temps est très largement motivée par les exigences commerciales et l'urgence de la procédure qui en découle ainsi que le Conseil d'État a pu le rappeler dans son ordonnance du 20 octobre 2003 (n° 260477, Société Louis Dreyfus Communication) : « Considérant qu'il apparaît, dans ces conditions, qu'alors même que les dispositions précitées ne précisent pas les motifs de nature à justifier une suspension par le ministre du délai d'un mois au terme duquel l'homologation tacite est acquise, cette suspension ne saurait, en tout état de cause, sans porter une atteinte significative aux garanties susmentionnées, ni être décidée - en présence d'un dossier complet - au seul motif que la proposition tarifaire de France Télécom



ne satisferait pas à une condition de fond ni être maintenue, sans condition de délai, jusqu'à l'intervention éventuelle des modifications de cette proposition jugées nécessaires par l'autorité ministérielle pour accorder l'homologation demandée ; que l'intention du ministre d'imposer à France Télécom qu'elle accepte les conditions auxquelles l'Autorité de régulation des télécommunications a subordonné son avis favorable ne paraît pas en effet suffire à elle seule à justifier une suspension illimitée du délai d'homologation, alors d'ailleurs qu'un refus d'homologation notifié dans le délai réglementaire permettrait d'atteindre le même résultat dans le respect des dispositions du cahier des charges».

En conséquence l'Autorité ne saurait prétendre en présence d'un dossier complet étendre d'une quelconque manière le délai fixé par le code des postes et communications au-delà des trois semaines au terme desquelles une décision favorable tacite est réputée intervenir, et ce d'autant plus que cela serait contraire à la sécurité juridique et à la visibilité que sont en droit d'attendre à la fois France Télécom sur ses offres commerciales et les acteurs du marché comme l'a affirmé avec force le Conseil d'État concernant le délai d'un mois fixé par le dispositif antérieur de contrôle tarifaire ex ante dans son ordonnance du 20 octobre 2003: « Considérant que ces délais visent tout à la fois à garantir à France Télécom une prise de position rapide des services de l'État sur ses initiatives commerciales dans un marché en constante évolution et à éclairer avec la même célérité l'ensemble des acteurs de ce marché sur les analyses et appréciations que ces initiatives suscitent de la part de l'Autorité indépendante en charge de la régulation de ce secteur économique dans un objectif de transparence »

▪ **une décision ayant fait l'objet d'une approbation tacite de l'ARCEP ne peut être soumise à sa propre censure au titre de l'article L36-11 du CPCE .**

Tout d'abord une décision tacite d'acceptation d'une offre de France Télécom soumise à transmission préalable dans le cadre des dispositions de l'article L.38-1 est décision administrative qui relève de toute évidence du contrôle du seul juge administratif (on citera à titre d'illustration au cas d'espèce des décisions tarifaires de France Télécom les ordonnances de référé du Conseil d'Etat du 20 octobre 2003 Société LDCOM et du 19 janvier 2004 Société T-Online France). D'autre part, l'ARCEP ne pourrait recevoir favorablement une demande d'instruction d'une procédure de sanction sans reconnaître que le contrôle ex-ante des règles qu'il lui appartient d'exercer conformément aux textes législatifs et réglementaires ne l'a pas été, et donc sans mettre en jeu la propre responsabilité du régulateur en la matière si l'offre devait finalement en pratique être remise en cause du fait même d'une mise en demeure de respecter quelque obligation réglementaire alors même que le non-respect de cette obligation aurait dû encourir un veto en application de l'article D.315 du CPCE.

Comme rappelé précédemment, un dispositif par lequel l'ARCEP pourrait sanctionner une offre qui lui a été transmise au titre de l'article L.38-1 conduirait à une insécurité juridique incompatible avec l'objectif de célérité rappelé par la jurisprudence en matière de contrôle tarifaire et de l'existence d'une décision administrative tacite d'approbation susceptible de recours contentieux de la part d'un tiers qui aurait intérêt à agir.



Enfin sur la faculté pour l'ARCEP de se saisir a posteriori du contrôle d'une offre qu'elle a tacitement approuvée, France Télécom renvoie par exemple à la position constante du Conseil d'État en matière de décision tacite d'acceptation des concentrations par les autorités administratives qui dessaisit ces dernières de toute possibilité de contrôle postérieurement au délai imparti pour leur examen fixé par décret.

L'Autorité ne peut donc prétendre substituer à sa décision tacite d'approbation de l'offre tarifaire de France Télécom résultant de l'application des dispositions de l'article D.315 du CPCE une éventuelle décision de sanction qui viendrait sur les mêmes fondements réglementaires que ceux du contrôle tarifaire censurer explicitement cette même offre.

Sur l'exception à la communication préalable pour les « grandes offres »

Corrélativement à ce qui précède, France Télécom ne peut que pleinement souscrire à l'analyse de l'ARCEP selon laquelle la procédure de communication préalable n'est pas adaptée pour certaines « grandes offres » proposées aux entreprises.

Néanmoins France Télécom considère que :

1. la mesure de communication préalable n'est pas adaptée au cas des appels d'offres et cela quel que soit le montant des offres en question ; cette mesure devrait donc être rejetée,
2. que le seuil d'application de la non obligation de communication préalable pour les « grandes offres » du marché des grandes entreprises est un élément essentiel dont dépend très étroitement la légitimité globale de l'obligation de communication préalable au regard des directives européennes et de leur transposition dans la loi du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques.

S'agissant de ce dernier point et comme il sera démontré ci-dessous, tout seuil supérieur à 100k€ de chiffre d'affaire voix par contrat aurait les conséquences suivantes:

- il conduirait inévitablement à l'imposition d'une **obligation non proportionnée** au regard des objectifs poursuivis ;
- il se traduirait, en pratique, par un **renforcement évident des obligations** applicables à ce jour et telles qu'elles avaient été prévues par la loi du 26 juillet 1996 ;
- il conduirait enfin à élargir le périmètre d'application de l'obligation à un domaine sur lequel l'**efficacité du droit de la concurrence** a d'ores et déjà fait ses preuves et ne peut raisonnablement être mise en question.



1. Les réponses en appels d'offre ne peuvent pas faire l'objet d'une communication préalable au régulateur

Les appels d'offre constituent, en pratique, un mode d'expression de la demande très courant sur le segment des grandes entreprises.

La procédure d'appels d'offre s'impose notamment aux administrations et collectivités publiques selon les règles décrites dans l'article 40 du code des marchés publics:

I - "En dehors des cas prévus au troisième alinéa du I de l'article 28, à l'article 30 et aux II et III de l'article 35, tout marché doit être précédé d'une publicité suffisante permettant une mise en concurrence effective, dans les conditions définies ci-après.

II. - Pour les marchés d'un montant compris entre 4 000 Euros HT et 90 000 Euros HT, la personne publique choisit librement les modalités de publicité adaptées au montant et à la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause.

III. - Pour les marchés de fournitures et de services d'un montant compris entre 90 000 Euros HT et 150 000 Euros HT pour l'Etat ou 230 000 Euros HT pour les collectivités territoriales, la personne publique est tenue de publier un avis d'appel public à la concurrence soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics, soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales. La personne publique apprécie de plus si, compte tenu de la nature ou du montant des fournitures ou des services en cause, une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné est par ailleurs utile pour assurer une publicité conforme aux objectifs mentionnés à l'article 1er du présent code.

IV. - Pour les marchés de travaux d'un montant compris entre 90 000 Euros HT et 5 900 000 Euros HT, la personne publique est tenue de publier un avis d'appel public à la concurrence soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics, soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales. La personne publique apprécie de plus si, compte tenu de la nature ou du montant des travaux en cause, une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné est par ailleurs utile pour assurer une publicité conforme aux objectifs mentionnés à l'article 1er du présent code.(...)"

Par conséquent s'agissant en particulier des marchés publics, tous les mécanismes de transparence et de respect de la concurrence sont organisés par les textes :

- par le nécessaire respect par les autorités publiques du droit de la concurrence dans la passation des marchés (cf. arrêt du Conseil d'État du 3 novembre 1997- Société Million et Marais)
- par la publicité du choix et du rejet des candidats et la communication des documents l'ayant conduit à choisir un candidat sous réserve des dispositions des Articles 76 et 77 du code des marchés publics rappelés ci-dessous

Art 76 du Code des marchés publics: « Dès qu'elle a fait son choix sur les candidatures ou sur les offres, la personne publique avise tous les autres



candidats du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres. Un délai d'au moins dix jours doit être respecté entre la date à laquelle la décision est notifiée aux candidats dont l'offre n'a pas été retenue et la date de signature du marché. La personne responsable du marché doit informer également, dans les plus brefs délais, les candidats des motifs qui l'ont conduite à ne pas attribuer ou notifier le marché ou à recommencer la procédure. Sur demande écrite des candidats, la réponse est écrite ».

Art 77 du Code des marchés publics : *«la personne responsable du marché communique, dans un délai de quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat écarté les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre et, à tout candidat dont l'offre n'a pas été rejetée en application du I de l'article 53, les caractéristiques et les avantages relatifs à l'offre retenue ainsi que le montant du marché attribué et le nom de l'attributaire».*

Enfin les actes de passation de marchés publics sont transmis au représentant de l'État qui exerce un contrôle sur les marchés (et peut déférer au juge administratif) conformément au disposition de l'article 18 du Code des marchés publics :

"Après transmission au représentant de l'Etat des pièces nécessaires à l'exercice de son contrôle, s'agissant des collectivités territoriales, ou réception de ces pièces par le représentant de l'Etat s'agissant des établissements publics de santé, le marché est notifié au titulaire par la personne responsable du marché.

Les contrats ayant pour objet la représentation d'une personne publique en vue du règlement d'un litige ne sont pas transmis au représentant de l'Etat".

En cas de doute sur la légalité du marché celui-ci peut-être déféré au juge administratif, et il convient de rappeler qu'une collectivité peut saisir le Conseil de la concurrence directement.

La pratique montre que même lorsqu'elles n'y sont pas tenues, les collectivités locales ont tendance à retenir le processus d'appel d'offre pour sélectionner leur contractant. Dans les faits on constate ainsi que si les appels d'offre de marchés publics sont systématiques à partir de 120 k€/an, certaines entités publiques y ont recours dès 10k€/an.

A l'évidence l'obligation de communication préalable de l'ensemble des offres d'un montant annuel supérieur à 1M€ constituerait un excès de régulation compte-tenu notamment de l'existence de seuils permettant, dans le cadre de procédures parallèles, de garantir transparence et contrôle du respect du droit de la concurrence.

Or, s'il advenait que nous n'appliquions pas les mêmes seuils de déclenchement des obligations en fonction du statut des personnes (personnes morales de droit public ou personne morale de droit privé), ceci reviendrait à distinguer réglementairement un principe acquis en droit de la concurrence qui énonce l'identité des obligations applicables, sur un



marché concurrentiel, aux personnes publiques et aux personnes privées (décisions 91-D-47, 00-D-47 du conseil de la concurrence, CE 1998 Société Million et Marais).

De fait, l'imposition d'une obligation de communication préalable des réponses aux appels d'offres au motif de la nécessité de la prévention et de l'identification des pratiques proscrites, et ce quel qu'en soit le montant, doit être considérée comme disproportionnée au regard des obligations auxquelles doit faire droit l'ARCEP dans la définition de ses remèdes.

En effet, toute procédure de contrôle ex ante sur ce marché s'avère par nature incompatible avec les exigences de réactivité au niveau de l'offre ou de globalité du périmètre de négociation commerciale, et apparaîtrait également comme non proportionnée compte tenu d'une part de la position de France Télécom sur ce marché et d'autre part du poids du handicap commercial que ferait porter cette obligation sur France Télécom dans un contexte où la dynamique de pénétration de la concurrence est à l'évidence très forte (cf. annexe).

2. Sur le seuil d'application de la non obligation de communication préalable pour les « grandes offres »

Il convient tout d'abord de noter que si l'ancien cahier des charges de France Télécom prévoyait dans son article 17 alinéa 3 la communication « pour information aux ministres chargés des télécommunications et de l'économie ainsi qu'à l'Autorité de Régulation des Télécommunications huit jours avant leur publication » pour les services ne relevant pas du service universel, réputés en concurrence et ayant de fait vocation à être publiés au catalogue des prix, il n'impose aucune obligation d'information spécifique quant aux tarifs des services ne relevant pas du service universel et en concurrence mais n'ayant pas vocation à être publiés .

Or, en dehors des appels d'offres, le Conseil de la Concurrence note dans son avis 98-A-24 que « *l'arbitrage délicat entre la transparence imposée à l'opérateur historique, dans le cadre du service universel ou compte tenu de sa position dominante, et la confidentialité des offres qui doit être préservée pour l'exercice de la concurrence relève de la régulation. La marge de manœuvre qu'il convient d'accorder à France Télécom doit s'apprécier au regard du degré de concurrence constaté sur le marché des communications et est susceptible d'être révisée* ».

Dans ces conditions la reconnaissance d'une concurrence effective sur le marché des grandes entreprises constituait un argument pouvant justifier la non-publication des offres sur mesure et, par voie de conséquence, l'absence d'information préalable dès lors qu'il était considéré que ces services ne relevaient pas du service universel.

Il est à noter que si le caractère de service universel d'une offre pouvait, en pratique, faire débat dans le précédent cadre réglementaire compte tenu, comme l'a souligné le conseil de la concurrence de l'imprécision de son périmètre exact, les services relevant du service universel des télécommunications sont désormais très précisément décrits par l'arrêté du 3



mars 2005 portant désignation de l'opérateur chargé de fournir la composante du service universel prévue au 1° de l'article L35-1 du code des postes et des communications électroniques.

Il apparaît donc très clairement que l'obligation faite à France Télécom de communiquer, préalablement à la signature des contrats, ses offres dont le montant dépasserait 100€/an pour le marché considéré constituerait un renforcement flagrant du cadre réglementaire.

L'ARCEP reconnaît par ailleurs la légitimité d'un dispositif reposant sur une exemption d'obligation de communication préalable des offres sur mesure indépendamment de leur montant dans les conditions de spécificité technique ou commerciale prévues par l'article 14 du cahier des charges de France Télécom.

Or par son avis 98-A-24 du 16 décembre 1998 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des Télécommunications concernant les conditions des offres sur mesure de France Télécom, le Conseil de la Concurrence légitime l'élargissement du champ d'application de l'article 14 du cahier des charges de France Télécom aux réponses aux appels d'offre : « le cas des appels d'offre, et principalement des marchés publics, qui comporte une particularité juridique même en l'absence de spécificité technique ou commerciale, justifie le recours par l'opérateur à des offres sur mesure. En effet dans sa décision 91-D-23 du 15 mai 1991, relative à des pratiques constatées à l'occasion d'appels d'offre à Nice, confirmée par arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 12 décembre 1991, le Conseil de la concurrence a considéré que « le croisement de l'appel d'offre de la collectivité publique et des réponses des candidats a réalisé un marché, à savoir la rencontre entre une demande et des offres », ce qui tend à établir la spécificité de la demande. Par ailleurs le Conseil de la concurrence a souligné, dans son avis 96-A-08 du 2 juillet 1996, relatif aux propositions formulées dans un rapport portant sur la réforme du droit de la commande publique : « en particulier, il devrait être explicitement interdit à l'acheteur public de communiquer à tout soumissionnaire les offres reçues ». Or dès lors qu'un appel d'offre émanant notamment d'une collectivité publique ne comporte pas de spécificité technique ou commerciale, France Télécom est tenue d'y répondre sur la base de son catalogue ; compte tenu du fait que le tarif proposé est un élément majeur de la réponse et qu'il est public, le montant de son offre se trouve de facto porté à la connaissance des autres soumissionnaires ».

Par conséquent il importe que le dispositif de non-communication proposé par l'ARCEP s'applique à l'ensemble des offres sur mesure, que leur spécificité soit d'ordre « technique », « commercial » ou « juridique ».

En outre, la pratique antérieure, le fonctionnement du marché des grandes entreprises tel que nous l'avons décrit, les dynamiques d'évolution de la concurrence en œuvre sur ce marché, et le nombre extrêmement limité de litiges portés devant des autorités de régulation



et de concurrence prouvent à l'évidence l'efficacité du droit de la concurrence à traiter a posteriori les problèmes avérés sur ce segment de marché.

Au regard de ces compléments d'analyse France Télécom souhaite donc très vivement que l'ARCEP reconsidère le seuil en deçà duquel serait appliquée l'obligation de communication préalable et qu'elle retienne pour ce seuil une valeur inférieure à 100k€¹ représentative du fonctionnement bi-modal réel de ce marché.

Obligation de re-transmission des offres et des options tarifaires

Le projet de décision mentionne que « *si un tarif ou le contenu d'une prestation est indexé à une autre prestation, lorsque France Télécom soumet à communication préalable l'évolution de la seconde prestation, il doit aussi soumettre celle de la première* ». Cette mesure ne serait ni plus ni moins que l'obligation faite à France Télécom de réviser et de soumettre à nouveau à la procédure de contrôle toutes ses options tarifaires à chaque mouvement du tarif de base sur lequel elles sont indexées ! France Télécom s'oppose très vivement à cette mesure absolument non proportionnée au but recherché. Cette disposition serait tout d'abord extrêmement contraignante en ce qu'elle soumettrait au contrôle systématique non pas une offre de détail, mais, à chaque fois, un ensemble d'offres. Or l'ARCEP préconise que la soumission d'une offre à son contrôle se fasse systématiquement par la transmission d'un dossier complet et détaillé suivi éventuellement de demandes complémentaires. Cette nouvelle exigence ne constitue rien d'autre qu'une entrave de la politique marketing de l'opérateur par la pesanteur du contrôle administratif.

Cette mesure est également inutile, puisqu'en pratique toute offre pré-existante aura fait l'objet d'un contrôle préalable antérieur, ce qui permettrait à l'Autorité d'apprécier les effets de toute évolution ultérieure d'une offre à laquelle des options tarifaires seraient indexées, et d'en tenir compte dans son examen.

France Télécom demande donc à l'ARCEP de modifier son projet de décision en conséquence.

Obligation de séparation comptable en référence au cahier des charges

Au terme de son analyse, l'ARCEP propose d'imposer des obligations comptables à France Télécom, reprises dans les articles 24 et 31 de son projet de décision. Les modalités de ces obligations seront définies ultérieurement par l'Autorité, qui impose en conséquence et à titre transitoire à France Télécom le respect des termes de l'article 18 du « cahier des charges de France Télécom, annexé au décret n° 96-1225 du 27 décembre 1996 ».

Or, l'article 15 du décret du 17 novembre dispose que : « *L'article 1er du décret no 96-1225 du 27 décembre 1996 portant approbation du cahier des charges de France Télécom est abrogé à compter du jour où auront été désignés tous les opérateurs chargés de fournir le service universel dans les conditions prévues à l'article L. 35-2 du code des postes et des*



télécommunications et, au plus tard, à compter du 31 décembre 2004. » L'article 1er ainsi abrogé est précisément celui qui annexe l'ancien cahier des charges de France Télécom au décret. L'on doit donc considérer que le cahier des charges de France Télécom visé ci dessus est aujourd'hui purement et simplement abrogé et que le respect de l'une de ses dispositions ne saurait être imposé au titre d'une décision de l'ARCEP. Seule une norme de rang supérieur au décret abrogé, et qui plus est antérieure à cette abrogation, peut maintenir dans le temps les effets du cahier des charges au delà de son abrogation. C'est par exemple le cas de l'article 133 de la loi du 9 juillet 2004 concernant le contrôle tarifaire de France Télécom.

Si la décision de l'ARCEP était maintenue telle quelle, les dispositions transitoires des deux articles en cause seraient entachés d'illégalité.
--