



## **Consultation publique de l'Autorité de régulation des télécommunications sur l'analyse des marchés du haut débit**

**(23 juin 2004 - 9 août 2004)**

### **Réponse de France Télécom**

L'Autorité de régulation des télécommunications a indiqué à maintes reprises qu'elle entend définir un cadre réglementaire dans l'esprit des nouvelles directives, proportionné, évolutif, modulable, souscrivant à l'allègement réglementaire en fonction de la situation des marchés.

L'analyse que l'Autorité soumet ici à la consultation publique porte sur « les marchés du haut débit », les marchés pertinents 11 et 12 recensés par la Commission européenne.

France Télécom se réjouit de l'occasion donnée à toutes les parties intéressées d'exprimer leur opinion sur la méthode suivie par l'Autorité, les analyses qu'elle présente et les conclusions auxquelles elle aboutit.

France Télécom se félicite en particulier du jugement que porte le document de l'ART sur le dynamisme de la concurrence sur les marchés de détail du haut débit, dès à présent et de plus en plus.

En revanche, elle exprime sa grande surprise que le document soumis à consultation, après avoir attribué à la régulation des marchés de gros existante le succès de ce dynamisme, envisage d'aggraver considérablement les obligations qui pèsent sur France Télécom, alors que le nouveau cadre réglementaire demande de les alléger au fur et à mesure du développement de la concurrence. Tout d'abord, le document propose d'appliquer à France Télécom les cinq obligations décrites aux articles 9 à 13 de la directive « Accès », alors qu'elles ne sont pas toutes en vigueur à l'heure actuelle<sup>1</sup> et que ceci n'a pas empêché le dynamisme souligné plus haut. De plus, le document propose que toutes les mesures citées dans ces mêmes articles, sans exception, soient imposées à France Télécom, alors que beaucoup ne le sont pas à l'heure actuelle, et il propose même de créer des obligations non prévues par le cadre réglementaire européen<sup>2</sup>, dont certaines posent des problèmes au regard du droit et de l'efficacité économique. Enfin, le document décrit un marché 19 dont l'Autorité de régulation des télécommunications devrait proposer, et ceci sans doute pour un an, la création à la Commission européenne après avoir recueilli l'avis du Conseil de la concurrence, ce qui en tout état de cause ne semble guère raisonnable compte tenu des procédures instaurées par le cadre réglementaire européen.

---

<sup>1</sup> Ainsi, l'obligation de séparation comptable (article 11 de la directive Accès).

<sup>2</sup> En particulier, en ce qui concerne la publication.



**En préambule France Télécom souhaite souligner un certain nombre de points qui seront développés par la suite.**

1. Le document soumis à consultation remet en cause des méthodes que l'Autorité de régulation des télécommunications a fixées, alors même qu'elle met l'accent sur le succès de la régulation qui a été appliquée aux marchés de gros.

Il serait ainsi incompréhensible que la France préconise une méthode de coûts comptables constatés pour la détermination du tarif de l'accès à la boucle locale, après avoir utilisé des coûts de remplacement (les coûts « actuels » ou « *current costs* » des textes européens), et ceci au moment même où sur son site l'Autorité de régulation des télécommunications se félicite du décollage du dégroupage.

2. Le document va au-delà des principes qui devraient guider la régulation ex ante en ce qu'il propose, outre la régulation des bottlenecks, une régulation des offres de gros à tous les autres niveaux, que ce soit au niveau physique dans le réseau ou à celui des interfaces.

3. Le document de l'ART adopte une interprétation excessive du principe de non discrimination qui conduit à en dénaturer l'esprit.

L'application de ce principe implique qu'en cas de situation équivalente, il doit y avoir un traitement équivalent. Dès lors que les situations sont manifestement différentes, le principe ne s'applique plus et la simulation d'une offre virtuelle que se fournirait à lui-même un opérateur est dénuée de fondement : France Télécom n'a pas recours pour ses propres besoins à ses offres de gros. Ceci est confirmé par la jurisprudence de la Commission européenne en matière de définition des marchés et d'appréciation des pratiques concurrentielles qui conduit à ne pas inclure les prestations d'autoconsommation dans le périmètre des marchés pertinents, lesquels se limitent aux seules transactions manifestement de marché, entre deux entités économiques distinctes.

4. Le document soumis à la présente consultation introduit une confusion persistante et problématique entre les concepts sous-jacents à deux obligations et leurs finalités respectives, qui relèvent pourtant de deux articles distincts de la directive Accès : la séparation comptable (article 11) et la tenue d'un système de comptabilisation des coûts (article 13). Si le point de départ est toujours la comptabilité de l'opérateur, les finalités et les mises en œuvre diffèrent.

La finalité de la séparation comptable est la mise en évidence de la non discrimination et l'absence de subventions croisées « abusives » (au sens du droit de la concurrence), et en aucun cas la vérification de l'orientation des tarifs vers les coûts, lorsque celle-ci s'applique.

La finalité de la tenue d'un système de comptabilisation des coûts est d'affecter de façon rationnelle (en fonction de l'usage), connue du régulateur et vérifiable par un auditeur les coûts aux produits. Un tel système permet entre autres la vérification de l'orientation des tarifs vers les coûts, lorsqu'elle s'applique, et également le contrôle du caractère non prédateur d'un tarif, par



exemple. Les règles d'affectation doivent nécessairement être stables et cohérentes.

France Télécom, qui développe ce point plus loin, souhaite que la distinction entre ces deux concepts soit établie de façon rigoureuse, dans le respect de la directive Cadre et de la directive Accès. Celle-ci distingue avec le plus grand soin les obligations qui pourraient découler des deux articles 11 et 13.

5. Dans son approche de la publication, à laquelle le document assimile la transparence sans distinction entre transparence vis-à-vis du régulateur et transparence vis-à-vis d'autres acteurs, le document ne prend pas en compte les réserves des autorités de la concurrence sur les effets pervers vis-à-vis de la concurrence que peut entraîner la transparence, ni l'analyse des économistes de la concurrence à ce sujet. De plus, le document soumis à consultation va très au-delà de ce que la directive Accès suggère (mais n'impose pas) et certaines de ses propositions semblent poser des problèmes vis-à-vis du droit. A ce sujet, l'article 5 de la directive Cadre rappelle 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 ». Une annexe développe ce point.

6. Le document soumis à consultation s'est efforcé, comme le lui demandent les « Lignes directrices sur l'analyse des marchés » européennes, d'effectuer une analyse dynamique des marchés du haut débit et les acteurs ne peuvent que s'en féliciter. France Télécom voudrait cependant faire deux remarques, une de forme et l'autre de fond.

Sur la forme, France Télécom remarque que l'analyse effectivement faite est peu dynamique, en ce sens qu'elle ne comporte pratiquement pas de projection à l'horizon annoncé (2007) et qu'elle s'appuie généralement sur des données de la fin 2003 alors qu'à la date de publication du document, les données de fin mars 2004 étaient disponibles. Or celles-ci montrent une inflexion notable, confirmée aussi par les principaux acteurs dans leurs déclarations à la presse en juillet 2004 et par le site Web de l'ART elle-même (observatoire du dégroupage). Par ailleurs, l'intégration de Wanadoo dans France Télécom, certaine à la date de la consultation, aurait dû faire partie d'une étude dynamique.

Sur le fond maintenant, le document introduit une **confusion entre horizon de l'analyse et horizon des mesures proposées**. Une prévision est faite à un moment donné, ici en 2004 pour 2007, et est bien évidemment révisable de façon « glissante » avant 2007. Les mesures prises par une autorité de régulation en conclusion de cette analyse devront également être revues, conformément aux directives européennes qui demandent un bilan régulier des effets de la régulation. Fixer à la période 2004-2007 la durée des mesures proposées parce que l'analyse actuelle du marché porte sur cette période revient à dire que ces mesures n'auraient pas d'effet tangible d'ici 2007. France Télécom formule donc le souhait que les deux concepts soient nettement distingués l'un de l'autre.

\*  
\* \*



## Les mesures envisagées sur les marchés de gros ne sont pas en adéquation avec le caractère concurrentiel du marché de détail

Comme l'Autorité le souligne en introduction de sa consultation, « ce n'est qu'après avoir étudié ce marché (le marché de détail) que l'ART pourra aborder l'analyse des marchés de gros correspondants, **afin de rechercher la pertinence d'une régulation ex ante** ».

A l'issue de la « *revue des offres de détail* », l'Autorité constate une « **concurrence accrue** » qui a permis notamment une montée en débit, une diversification des offres disponibles et une baisse des tarifs. L'Autorité impute principalement cette situation concurrentielle du marché à « *la régulation des marchés de gros qui a prévalu jusqu'à aujourd'hui* ».

L'Autorité conclut que le marché de détail de l'accès haut débit n'est « *pas susceptible de faire l'objet d'une régulation ex ante* » et qu'il conviendra « *d'analyser le degré de régulation à mettre en œuvre sur les marchés de gros correspondants afin de maintenir une dynamique concurrentielle forte sur le marché de détail* ».

« Sur le marché de détail, les deux dernières années ont été marquées par le développement conjoint du marché de l'ADSL et de la concurrence, les parts de marché cumulées des acteurs alternatifs au groupe France Télécom passant de 20% à presque 50% »

De ces constats l'Autorité devrait tirer la conséquence que la régulation *ex ante* ne saurait aller au-delà des obligations existantes et un allègement devrait être envisagé afin de laisser la place à une régulation *a posteriori*.

Or les remèdes envisagés par l'Autorité pour les marchés de gros conduisent à un renforcement très significatif des obligations *ex ante* du dispositif actuel.

Il existe donc une inadéquation et une contradiction évidentes entre le caractère concurrentiel du marché de détail et les mesures envisagées, ce qui d'une part laisse planer un doute sérieux sur le caractère proportionné des mesures envisagées et d'autre part démontre le non respect par l'Autorité de la lettre et de l'esprit du nouveau cadre réglementaire.

## La méthodologie d'analyse des marchés et de la puissance sur le marché

Les analyses de marchés menées par l'Autorité dans la présente consultation se caractérisent par une **vision statique du marché, particulièrement dommageable pour un marché en très forte croissance**, alors même que les textes communautaires préconisent une approche « *dynamique pour réaliser une analyse de marché prospective* ».



L'Autorité s'appuie sur des chiffres qui datent de plus de six mois (données du marché relatives à l'année 2003 ou au mieux au 1<sup>er</sup> janvier 2004) alors même que le marché est en pleine croissance. Il en ressort une vision souvent obsolète. Ceci est d'autant plus préjudiciable que l'Autorité les utilise pour imposer des obligations qui s'appliqueront au mieux au 1<sup>er</sup> janvier 2005.

Ainsi, concernant le dégroupage, l'ART considère « *qu'à mi-2004, environ 50 % de la population devraient être couverts par le dégroupage* »<sup>3</sup>. On peut s'étonner de ce chiffre étant donné les informations à la disposition de l'ART sur la progression du nombre de répartiteurs équipés par France Télécom pour le dégroupage. Ainsi, à fin juillet 2004, le nombre de répartiteurs ouverts au dégroupage correspond à un potentiel représentant un peu moins de 60 % du parc total de lignes.

De même, concernant le nombre de lignes dégroupées, l'ART présente une image figée en mars 2004 (avec 359 048 accès partagés) sans tenir compte de la très forte dynamique qui caractérise cette activité : le parc de dégroupage partiel a été multiplié par 10 entre juillet 2003 et juillet 2004.

France Télécom s'étonne donc de l'analyse des parcs et des parts de marché et ce d'autant plus que l'ART n'a procédé à aucune projection au-delà de la mi-2004.

En outre, dans son avis tarifaire en date du 20 juillet 2004, l'Autorité note que « **les marchés de gros et de détail sont particulièrement dynamiques depuis 2003** ». L'ART fait état de ce dynamisme dans cet avis alors qu'il est occulté dans l'analyse de marché.

### *La vision du concept de substituabilité est contestable*

L'ART invoque l'argument, théorique en premier lieu, selon lequel le dégroupage permet aux opérateurs une plus grande différenciation que les offres régionales, mettant en particulier en exergue le fait que des offres combinant Internet, VoIP et TV sur ADSL sont possibles à partir du dégroupage, mais ne le seraient pas à partir des offres régionales.<sup>4</sup> Cependant, la substitution effective entre les offres de dégroupage et les offres de gros d'accès à un niveau régional peut ou non être affectée de manière significative, suivant que cette capacité formelle de différenciation sur le marché du détail est perçue comme un enjeu réel par les opérateurs. Si ces services groupés ne devaient constituer qu'une fraction marginale des services intéressant les consommateurs et auxquels ils envisagent de souscrire, cette différenciation potentielle n'aurait pas d'impact réel sur la substituabilité de fait entre les offres de dégroupage et les offres de gros à un niveau régional. Une augmentation significative des prix de l'une des offres serait susceptible de se traduire par un transfert de moyen terme<sup>5</sup> de la demande vers l'autre offre (en dépit du fait que celle-ci peut être moins attractive vis-à-vis de

---

<sup>3</sup> Consultation sur les marchés de haut débit, page 46.

<sup>4</sup> Consultation, page 85

<sup>5</sup> C'est-à-dire, une accélération ou au contraire un ralentissement du déploiement en vue du dégroupage, relativement à la situation où il n'y aurait pas eu de changement des prix relatifs des offres.



*certain*s consommateurs finals) montrant que cette dernière exerce une contrainte concurrentielle effective sur l'autre offre.

### *L'absence d'analyse dynamique conditionne les conclusions*

La non-substituabilité avancée par l'ART entre deux types d'offres en raison des investissements nécessaires pour passer de l'une à l'autre (pour passer d'une offre régionale au dégroupage ou d'une offre nationale à une offre régionale) résulte de l'horizon temporel essentiellement « statique » retenu par l'ART dans son analyse. Dans une perspective de moyen terme, et conformément à la vision développée par ailleurs par l'ART, de nombreux opérateurs vont offrir des services en s'appuyant sur le dégroupage dans certaines zones et sur des offres régionales ou nationales dans d'autres zones, déployant leurs infrastructures au niveau de capillarité correspondant. La frontière exacte entre les différents types de zone dépendra d'une part de la demande, effective et/ou cible, de l'opérateur, d'autre part des conditions économiques et tarifaires respectives du dégroupage, de l'accès régional et de l'accès national. Un écart de 10% sur les prix de l'une des offres se traduirait de toute évidence par un changement très substantiel du différentiel de prix (de coût) de l'utilisation d'une offre relativement à une autre : elle serait donc susceptible de se traduire par une modification conséquente des plans de déploiement à moyen terme des opérateurs, contrairement à la vision suggérée par l'ART quand elle utilise des expressions comme « *frange des répartiteurs* » ou « *répartiteurs marginaux* ». <sup>6</sup>

### *L'existence de postulats contestables*

- L'ART considère que la substituabilité entre les offres ACA et IP/ADSL à un niveau régional est plus forte que celle entre une offre IP/ADSL régionale et une offre IP/ADSL nationale. Or, dans le premier cas ces offres correspondent à des déploiements (en termes de points de raccordement) et des choix d'investissements aussi différents qu'entre les offres IP/ADSL régionale et nationale.
- Confrontée à la réalité d'une utilisation concurrente des offres de gros à un niveau régional et de celles à un niveau national par les opérateurs, qui militerait a priori pour leur inclusion dans un seul et même marché, l'ART choisit de se positionner dans un futur hypothétique où existeraient d'une part des FAI, seuls consommateurs d'offres nationales, d'autre part des opérateurs-FAI qui s'appuieraient exclusivement sur une combinaison de dégroupage et d'offres régionales. L'ART prend donc comme acquis que les offres s'adressent in fine à des acteurs distincts, alors même que i) La situation factuelle aujourd'hui est celle d'un recouvrement des acteurs consommateurs des deux types ; ii) Une situation où des FAI envisageraient d'investir de manière circonscrite pour bénéficier de l'offre régionale sur certaines zones, tout en conservant l'offre nationale sur d'autres zones, est envisageable. Ces éléments mettent en évidence le fait que les offres nationales et les offres régionales sont susceptibles

---

<sup>6</sup> Consultation, page 86.



d'être en concurrence, et qu'un changement de leurs tarifs respectifs amènerait à une substitution (partielle) d'une offre à une autre.

### *Les arguments et conclusions sont parfois contradictoires*

Concernant les offres de gros, l'ART conclut à l'existence de trois marchés distincts du fait de l'absence de substituabilité à court terme. Or, elle reconnaît l'existence d'une substituabilité sur le moyen terme notamment pour les offres de gros au niveau régional et national : *« L'Autorité note que certains opérateurs ayant déployé un réseau utilisent jusqu'à aujourd'hui l'offre nationale et non l'offre régionale pour compléter leur couverture de dégroupage. Pour ces opérateurs, ces deux offres présentent donc un certain degré de substituabilité. »*<sup>7</sup>

Cependant, l'ART écarte les indices de substituabilité de moyen terme entre les offres sur la base de prémisses parfois vagues, non argumentés et contestables ; l'ART indique ainsi que *« cette situation semble conjoncturelle »* sans étayer par des chiffres ou des projections le recours aux différentes offres.

En dépit de cette conclusion, l'ART base parfois ses arguments sur l'existence d'une substitution : *« les offres régionales comme les offres nationales permettent toutes deux de jouer ce rôle de complément dans le temps et en termes géographiques au dégroupage »*<sup>8</sup>.

L'ART distingue deux marchés pertinents pour les offres régionales et les offres nationales mais agrège les données relatives aux accès de France Télécom : *« La part de marché de France Télécom est évaluée en additionnant les parcs des accès large bande livrés à la fois au niveau régional et au niveau national »*<sup>9</sup>.

## **La concurrence potentielle n'est pas prise en compte dans l'analyse de la puissance sur un marché**

France Télécom regrette que l'Autorité n'ait que peu abordé et étudié dans ses analyses de marché la concurrence potentielle alors même que la Commission dans ses Lignes Directrices indique que *« la puissance sur le marché peut être limitée par l'existence de concurrents potentiels »*. L'absence de concurrence potentielle figure ainsi parmi les critères permettant d'analyser la puissance d'un acteur sur un marché.

Ce critère est essentiel parce que comme l'indique la Commission *« l'importance des barrières à l'entrée doit être relativisée sur des marchés évoluant au rythme des progrès technologiques »* et qu'il en est ainsi sur les marchés de communications électroniques sur lesquels *« les pressions concurrentielles peuvent provenir des ambitions innovatrices de concurrents potentiels »*. A cette

---

<sup>7</sup> Consultation publique sur l'analyse des marchés du haut débit, page 86.

<sup>8</sup> Consultation, page 99.

<sup>9</sup> Consultation publique sur l'analyse des marchés du haut débit, page 94.



fin, la Commission prescrit une « *analyse du jeu de la concurrence...en suivant une analyse prospective*<sup>10</sup> ».

## **La méthodologie conduisant à l'imposition de mesures de régulation ex ante n'est pas respectée**

L'article 8-4° de la directive Accès dispose notamment que « *les obligations imposées conformément au présent article sont fondées sur la **nature du problème constaté, proportionnées et justifiées au regard des objectifs énoncés à l'article 8** de la directive 2002/21/CE.* »

Il résulte notamment de ces dispositions que pour imposer une obligation ex ante l'Autorité est tenue d'examiner tour à tour ces points : nature du problème, proportionnalité de la mesure et justification au regard des objectifs de l'article 8 de la directive cadre.

En d'autres termes, l'appréciation du caractère justifié et proportionné des remèdes proposés devrait passer par une identification précise et sans ambiguïté des problèmes concurrentiels que ces remèdes visent à résoudre. Or, France Télécom note que dans la plupart des cas l'Autorité fonde les obligations ex ante non pas sur des éléments tangibles comme le lui impose le cadre réglementaire (« nature du problème constaté ») mais sur des suppositions, des dérives hypothétiques de comportement. Il en est ainsi par exemple des arguments avancés sur le mécontentement des consommateurs qui justifierait l'obligation unilatérale de publier de nombreuses informations relatives à la qualité de service. L'analyse occulte le fait que ces informations puissent être stratégiques et conférer un avantage aux concurrents s'ils y ont accès ; ils pourraient alors les utiliser dans leur stratégie marketing et publicitaire contre France Télécom. De plus, l'analyse postule à tort la comparabilité de toutes les opérations techniques et prestations. Elle ignore le fait qu'il existe de nombreux éléments externes et indépendants de France Télécom qui impactent la maîtrise technique par France Télécom des opérations. Par exemple, certaines offres de gros se traduisent par une maîtrise complète par France Télécom des processus techniques alors que d'autres se caractérisent par un partage de cette maîtrise entre France Télécom et les autres opérateurs.

S'agissant de la proportionnalité des mesures envisagées, l'Autorité se contente souvent de la simple mention du caractère proportionné des mesures sans apporter aucune démonstration. Au terme des dispositions rappelées ci-dessus l'Autorité ne saurait se contenter de cette simple énonciation de « principe » d'autant que le principe de proportionnalité est un principe directeur du nouveau cadre réglementaire.

Dans ses Lignes directrices, la Commission rappelle d'une part que le principe de proportionnalité sera un « *critère fondamental* » lorsqu'elle examinera les mesures proposées par les ARN et d'autre part les critères permettant de

---

<sup>10</sup> Point 80 Lignes directrices



considérer un projet de mesures comme compatible avec le principe de proportionnalité :

- la mesure doit « poursuivre un but légitime »,
- les moyens employés doivent être « à la fois nécessaires et aussi peu contraignants que possible » c'est-à-dire « correspondre **au minimum nécessaire pour atteindre ce but** <sup>11</sup> ».

De plus, l'ART se contente d'une présentation théorique des caractéristiques de la régulation ex ante et ex post sans démontrer en quoi les recours basés sur le droit de la concurrence ne permettraient pas de résoudre les problèmes potentiels qui pourraient surgir sur ces marchés.

A titre d'exemple, l'ART note que « *France Télécom est une entreprise intégrée verticalement ...* » qui « *... pourrait être incitée à exercer sa puissance de marché sur le marché amont de l'accès large bande régional pour favoriser sa position sur les marchés aval.* »<sup>12</sup> Ce diagnostic suggère une " théorie de l'éviction " des concurrents par des prix de gros, en particulier de l'offre régionale, trop élevés pesant sur la capacité des concurrents à mettre en œuvre des stratégies tarifaires agressives et à gagner des parts de marché sur le marché de détail.

Or, les conditions techniques et tarifaires actuelles invalident cette théorie, dans la mesure où les opérateurs concurrents ont gagné des parts de marché significatives au cours des derniers mois. En d'autres termes, ce souci ne répond pas à un problème concurrentiel actuel. De plus, comme l'illustre l'avis n°04-615 de l'ART en date du 20 juillet 2004, France Télécom semble plutôt manifester le souci de continuer à pratiquer des prix pour l'offre de gros régionale attractifs pour ces concurrents.

En outre, même si on suppose que ce problème concurrentiel conserve une quelconque pertinence, il convient de s'interroger dès lors sur la justification et la proportionnalité des principaux remèdes tarifaires proposés par l'ART, dont l'objet serait de pouvoir « *... éviter un ciseau tarifaire entre l'offre de dégroupage et l'offre de collecte régionale...* », conduisant en particulier à laisser « *... un espace économique suffisant...* » entre les deux offres. Compte tenu en particulier de l'orientation vers les coûts retenue pour la tarification de la boucle locale, un tel remède vise en effet à empêcher des prix trop faibles de l'accès de gros, soit l'exact contraire du problème d'éviction auquel l'ART semblait faire référence.

Dans ces conditions, les remèdes préconisés par l'ART ne sont pas justifiés et encore moins proportionnés.

---

<sup>11</sup> Point 118 Lignes directrices

<sup>12</sup> Consultation publique sur l'analyse des marchés du haut débit, page 95.



## **Le raccordement des répartiteurs aux réseaux des opérateurs tiers ne saurait relever de l'obligation d'accès à des ressources connexes**

L'ART inscrit l'offre de raccordement des répartiteurs dégroupés parmi les prestations connexes au dégroupage, dont les tarifs « ... *doivent être orientés vers les coûts* ». Le principe général de l'orientation des tarifs vers les coûts, dans le contexte du dégroupage de la boucle locale et des prestations connexes, est que « *France Télécom ... pourrait fixer ... les tarifs des prestations connexes indépendamment de toute pression concurrentielle, au désavantage de ses concurrents sur les marchés avals et, in fine, des consommateurs* ».<sup>13</sup>

L'ART propose, par ailleurs, « *d'imposer à France Télécom l'obligation de formuler une offre de raccordement des répartiteurs qui n'impose pas aux opérateurs dégroupés de limiter la bande passante ou les services sur les sites qu'ils ne desservent pas avec leur propre fibre optique* ».

L'obligation de formuler une offre de raccordement aux opérateurs qui soit orientée vers les coûts implique que, dans l'hypothèse d'un investissement dans un lien de raccordement ad-hoc, France Télécom devrait assumer un risque d'investissement pour le compte d'un opérateur tiers, sans garantie aucune sur la pérennité du trafic que le lien porterait, et sans aucune rémunération du risque correspondant. En effet, l'utilisation principale de cette prestation concerne à priori le raccordement de répartiteurs distants, dans lesquels les opérateurs ne se co-localiseront pas, qui sont des répartiteurs susceptibles plus petits que la moyenne. Sur ce type de répartiteurs, la pérennité de solutions de dégroupage, en particulier dans le cas où plusieurs opérateurs y recourraient, n'est pas garantie : il est plausible que certains des opérateurs renoncent *in fine* à utiliser le dégroupage, faute d'avoir été en mesure d'attirer une masse critique d'abonnés sur le(s) répartiteur(s) en question. Une offre de lien de raccordement consentie pour un tel opérateur se traduirait donc par des coûts irréversibles échoués, une tarification orientée vers les coûts ne permettant pas de « couvrir » le manque à gagner éventuel dû à la sortie de l'opérateur. Par ailleurs, dans la mesure où le lien est destiné à raccorder un répartiteur de France Télécom et un PoP d'un opérateur particulier, il n'est pas acquis que l'on puisse mutualiser cet investissement, et donc ce risque, entre différents opérateurs. Il est à noter que les niveaux d'investissements engagés sont considérablement plus élevés que dans le cas des autres prestations connexes. Ceci est vrai des situations dans lesquelles France Télécom doit créer un lien de raccordement. C'est également vrai, quoique dans une moindre mesure, des situations dans lesquelles un investissement incrémental serait nécessaire.

Par ailleurs, il n'est pas démontré qu'il n'y a ni concurrence réelle, ni concurrence potentielle, pour la fourniture de ce type de lien. D'une part, un opérateur alternatif pourrait proposer une telle prestation de raccordement à d'autres opérateurs, au besoin en proposant de mutualiser le lien. D'autre part, un acteur extérieur comme une collectivité locale pourrait également proposer cette prestation de raccordement. Certaines collectivités locales ont d'ores et déjà manifesté leur intérêt. Ceci est à nouveau très différent des autres prestations

---

<sup>13</sup> Consultation, Chapitre 3, E.4, p.69.



connexes, que France Télécom est de fait seul à pouvoir offrir, situation de monopole de fait sur laquelle l'ART s'appuie pour proposer sa réglementation.

De fait, il faut considérer que le lien POP-NRA constitue un marché en soi sur lequel il y a de la concurrence et de nombreux acteurs, comme le rappelle le texte de la consultation sur lequel la part de marché de France Télécom est d'ailleurs très faible.

Ce marché exige une analyse spécifique et devrait conduire l'Autorité à proposer, le cas échéant la création d'un nouveau marché pertinent.

## **La méthode de fixation des tarifs n'a pas lieu d'évoluer**

### *La valorisation du réseau*

Le document de l'ART considère qu'une valorisation des coûts de la boucle locale sur la base des coûts historiques permet de « *confronter les coûts à la valorisation correspondant aux revenus nets dégagés par l'usage de la paire de cuivre ce qui permet d'apprécier le degré de cohérence entre la tarification du dégroupage et la tarification de détail* »<sup>14</sup>.

Tout d'abord France Télécom conteste les arguments de l'ART concernant l'utilisation des coûts historiques, point qui sera développé par la suite. Ensuite il est important de considérer la tarification de détail au sens de tous les services qui utilisent la paire de cuivre et pas seulement l'abonnement téléphonique. En effet le dégroupage total n'a pas vocation à concurrencer uniquement l'abonnement téléphonique. Les « *revenus nets dégagés par l'usage de la paire de cuivre* » concernent tous les services qui ont pour support la paire de cuivre. Il y a donc contradiction entre les méthodes et arguments retenus pour le dégroupage total et pour le dégroupage partiel.

Dans le cas du dégroupage partiel ce « *degré de cohérence* » n'est pas pris en compte et le document (dans la continuité de la décision de l'ART en date du 16 avril 2002) rejette cette confrontation avec « *la valorisation correspondant aux revenus nets dégagés par l'usage de la paire de cuivre* ».

La logique économique consiste à valoriser les coûts de la boucle locale et à couvrir ces coûts par tous les services qui utilisent la boucle locale. Il n'est pas correct d'inverser le raisonnement et de déterminer le coût de la boucle locale en fonction des revenus d'un ou plusieurs services.

Dans le cas de la boucle locale, comme dans les cas où l'infrastructure d'un opérateur dominant est, au moins en partie, un point de passage obligé pour les nouveaux entrants, les coûts pris en compte dans l'établissement des tarifs doivent répondre à deux critères :

- être un bon signal économique, en particulier en ce qui concerne les investissements et le développement du secteur, à la fois pour les nouveaux entrants et pour l'opérateur dominant,
- correspondre à un juste prix pour les deux parties.

---

<sup>14</sup> Consultation publique sur l'analyse des marchés du haut débit, page 71.



Les coûts comptables ne donnent pas la bonne information, pour aucun des deux objectifs ci-dessous : si on considère un bâtiment amorti au niveau comptable et comportant des appartements en location, une valorisation sur la base des coûts constatés préconisée par l'ART se traduirait, contre toute logique économique, par un loyer nul.

Le document précise que « *l'Autorité estime que, dans le cas particulier du réseau d'accès cuivre, l'évaluation des tarifs et des coûts sur une base CMILT en coûts de remplacement n'est pas nécessairement bien adaptée aux objectifs poursuivis par la régulation et la réglementation communautaire* »<sup>15</sup>.

Cette position va à l'encontre des pratiques dans les autres pays européens et des arguments économiques qui justifient l'utilisation des coûts de remplacement et non des coûts historiques.

### La situation en Europe

Les Autorités de régulation nationales préconisent ou utilisent les coûts de remplacement ; c'est notamment le cas de l'Ofcom.

En Grande Bretagne, lors de la consultation publique faite par l'Ofcom, les opérateurs (que ce soit les opérateurs historiques BT et Kingston Telecommunications ou les opérateurs concurrents comme Tiscali) se sont prononcés en faveur des coûts de remplacement.

Les Pays-Bas présentent une spécificité : les coûts ont été valorisés sur la base des coûts historiques mais de manière provisoire et pour une durée de 5 ans. La réglementation prévoit ensuite le passage aux coûts de remplacement qui sont considérés comme la " bonne norme ".

La référence au tarif du dégroupage total pratiqué par Telecom Italia en Italie n'est pas pertinente pour plusieurs raisons : tout d'abord il ne s'agit pas d'un tarif orienté vers les coûts supportés par Telecom Italia mais d'un tarif établi sur la base d'une approche normative de l'Autorité de régulation italienne.

### Les investissements et l'évolution de la boucle locale

La concurrence par les infrastructures n'implique pas de dupliquer à l'identique le réseau de France Télécom ; elle renvoie à la mise en place de conditions favorables à l'émergence d'infrastructures alternatives (sur une échelle plus ou moins étendue et avec la possibilité de recourir à différentes technologies). À cet égard les coûts de remplacement conservent toute leur pertinence puisqu'ils permettent de donner le bon signal aux opérateurs pour encourager les entrées efficaces.

Il est d'ailleurs erroné de conclure comme le fait le document de l'ART à l'absence d'investissement de la part des opérateurs. Ainsi, 9Telecom investit dans le dégroupage et dans la boucle locale radio, en arguant de leur complémentarité.

---

<sup>15</sup> Consultation publique sur l'analyse des marchés du haut débit, page 71.



De la même façon des réseaux en fibres optiques sont déployés aujourd'hui dans des zones d'affaires et pourraient l'être demain dans des zones résidentielles.

Les directives préconisent certes un encouragement de la concurrence mais également une juste rémunération des investissements réalisés par les opérateurs historiques.

Ainsi l'ART avait dès 1999 conscience de ce problème en matière de régulation comme l'atteste l'une des études produites<sup>16</sup> lors des 3èmes entretiens de l'Autorité : *« La régulation peut estimer que les efforts consentis par l'opérateur dans le passé (investissements techniques, investissements commerciaux, recherche et développement, innovation marketing) doivent bénéficier rapidement aux opérateurs entrants. Le cas extrême de cette conception serait de considérer que ces investissements ne doivent pas être rémunérés car « fixes ». Une décision de ce genre serait naturellement très désincitatrice à l'investissement de l'opérateur historique, qui anticiperait obligatoirement cette « expropriation » voulue par le régulateur. »*

Ce point est également souligné par le Conseil de la concurrence dans son avis 02-A-05 : *« Le Conseil observe qu'une mauvaise rémunération des gestionnaires de réseaux pourrait être de nature à entraver les investissements des réseaux et donc à freiner le développement de la concurrence. »*

Dans son rapport d'activité 2002 en commentaire de l'avis 02-A-08, le Conseil explicite l'effet contre-productif des expropriations implicites auxquelles donnerait lieu l'accès à certaines facilités par des concurrents, notamment sur la base d'une mauvaise rémunération : *« les autorités doivent arbitrer entre l'avantage de court terme que représente une baisse de prix pour les consommateurs et la nécessité de préserver les incitations suffisantes à l'investissement en vue de moderniser les installations et de réaliser des gains de productivité ».*

En outre les coûts de remplacement ont été justifiés par l'ART et ce fait est établi par le Conseil de la concurrence qui s'appuie sur la position de l'ART lorsqu'il écrit dans son rapport d'activité 2002 : *« Le choix des CMILT, qui valorisent les investissements par des méthodes économiques (remplacement selon la meilleure technologie disponible) et non comptables, favorise l'usage des équipements existants et évite les duplications inefficaces, en faisant bénéficier les opérateurs entrants des économies d'échelle dont seul l'opérateur en place peut profiter, du fait de l'ancienneté de ses activités. Ainsi les nouveaux entrants se trouvent placés dans des conditions proches de celles dont bénéficie l'opérateur historique, sans nécessité d'avoir atteint une taille critique »*<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Etude « Ouverture à la concurrence et évaluation des coûts dans le secteur des télécommunications », Xavier Delache et Eliés Chitour, 3èmes entretiens de l'Autorité.

<sup>17</sup> Rapport d'activité 2002, page 85.



### Retenir une méthode stable et objective

- Une méthode ne doit pas être choisie au cas par cas en fonction d'un objectif d'action sur le marché sous peine d'aboutir à des contradictions :
  - les opérateurs nouveaux entrants souhaitent investir en concurrence avec l'opérateur historique ? : il faudrait alors choisir une méthode qui affiche des coûts élevés pour le réseau de cet opérateur historique ;
  - les opérateurs nouveaux entrants ne souhaitent pas investir, mais uniquement utiliser les infrastructures de l'opérateur historique ? : il faudrait alors choisir une méthode qui affiche des coûts bas pour le réseau de cet opérateur historique.

Les investissements souhaitables doivent être décidés en fonction des coûts, et non l'inverse : les coûts ne doivent pas être définis et calculés en fonction des investissements que l'on veut faire.

- Il n'y a pas de situation binaire avec des cas où il y a des infrastructures en concurrence, et à l'opposé des cas de "facilités essentielles" absolues sans aucun contournement possible. Il y a simplement dans la pratique plus ou moins de facilité à construire d'autres infrastructures et plus ou moins de nécessité d'utiliser celle qui existe. La méthode de coûts définie dans le cas général pour être à la fois incitatrice à l'investissement et correspondant à une juste rémunération, reste valable quand les possibilités de concurrencer l'infrastructure diminuent. Un réseau n'a pas moins de valeur simplement parce qu'on peut plus difficilement le concurrencer.

- L'évolution des coûts historiques est conjoncturelle et dépend de l'histoire comptable, et de production du réseau de France Télécom. Les coûts de remplacement représentent la valeur du réseau tel qu'il est aujourd'hui sans tenir compte de l'histoire et de la façon dont il a été construit. Ils sont à la fois plus objectifs et plus stables au cours du temps.

## **L'obligation d'orientation vers les coûts**

Le document de l'ART impose cette obligation à toutes les offres de gros de France Télécom.

Or, le Conseil de la concurrence considère que « les injonctions d'orientation vers les coûts peuvent être utiles dans un contexte d'ouverture à la concurrence. (...) Mais cette mesure doit être utilisée de manière transitoire et n'a pas vocation à être généralisée à toutes les infrastructures essentielles »<sup>18</sup>.

Il en ressort que le caractère systématique de cette obligation n'est pas justifié. En outre, les tarifs doivent refléter d'autres éléments que les coûts comme par exemple l'état de la demande.

---

<sup>18</sup> Rapport d'activité 2002, page 73.



## Séparation comptable et système de comptabilisation des coûts

Comme le précise l'ART (dans une formulation plus claire utilisée dans la consultation téléphonie fixe sur ce sujet qui est commun aux différentes consultations) : « *Si la séparation comptable et la mise en place d'un système de comptabilisation des coûts réglementaires découlent de deux obligations différentes [1], la cohérence des informations fournies au titre de ces obligations doit être assurée [2]. En particulier, le système de comptabilisation doit fournir des valorisations (facteurs d'usage et de coûts unitaires) cohérentes avec celles utilisées pour la mise en œuvre de l'obligation de séparation comptable.* »

### Deux obligations différentes

Les données de départ et les méthodes de valorisation et d'affectation des coûts utilisées en amont forment un ensemble unique utilisé par les deux obligations, par contre le type de résultats que l'exploitation de cet ensemble permet d'obtenir, les obligations qui en résultent et les données qui peuvent être publiées sont différents.

En particulier, seules les données chiffrées relevant de la séparation comptable, - c'est-à-dire permettant de vérifier la non discrimination - sont susceptibles d'être publiées (article 11 la directive Accès). Par contre les données nécessaires à l'ART à la vérification, le cas échéant, de l'orientation vers les coûts ne sauraient être publiées (article 13 de la même directive).

Les données permettant de comprendre la formation des coûts sur des éléments d'infrastructure au moins partiellement en concurrence, dont l'utilité est beaucoup plus évidente quand il s'agit de concurrencer cette infrastructure que quand il s'agit de l'utiliser, relèvent évidemment du secret des affaires, et ne peuvent pas être publiées par l'ART.

### Un système cohérent

Un réseau de télécommunications est constitué d'éléments de réseau concrets (exemple : DSLAM, brasseurs, [de différents types le cas échéant], km de fibres optiques, équipements de transmission, ...). Ce sont ces éléments de réseau dont l'existence, le coût et les facteurs d'usage sont des données objectives.

Le système de comptabilisation des coûts décrit et utilise ces données objectives : les différents équipements et éléments d'infrastructure constituant le réseau, leurs coûts et l'usage qui en est fait. En application des principes de non discrimination (article 10) les coûts doivent être répartis de manière équivalente sur des usages équivalents. Dans la pratique la mesure des usages d'un équipement est normalement quelque chose de concret et d'objectif. Le respect des principes de non discrimination résulte alors directement des méthodes de construction du système de comptabilisation des coûts, qui affecte les coûts de chaque objet du réseau en fonction de son usage.

A contrario, ni le respect de la non discrimination, ni la nécessaire cohérence citée ci-dessus, ne peuvent être atteints par la construction d'un deuxième



système d'affectation des coûts qui s'appuierait uniquement sur une liste a priori de produits intermédiaires entre les éléments de réseau et les produits finaux du réseau, comme ceux envisagés page 159, produits qui n'ont pas de réalité objective.

**De ceci on peut tirer les conclusions suivantes :**

- les différents documents présentant des données chiffrées en termes de coûts doivent être cohérents entre eux ;
- l'obligation de non discrimination (pour l'aspect financier de la non discrimination) doit être prise en compte dans le système de comptabilisation des coûts ;
- en conséquence des deux points précédents, l'ensemble des documents concernant les coûts doit provenir de ce système de comptabilisation des coûts qui est audité ;
- chacun des documents ainsi produits doit être construit, utilisé, et éventuellement publié, en fonction de l'obligation au titre de laquelle il est établi.

## **La responsabilité commerciale est conforme au code civil**

Tout d'abord aucune des conventions d'accès à la boucle locale de France Télécom quelle que soit la version (2001, 2002 ou 2004) n'a été proposée à un opérateur avec une clause d'exclusion de responsabilité de France Télécom au titre des prestations fournies. La convention d'accès à la boucle locale de France Télécom telle qu'issue de l'offre de référence en vigueur stipule notamment en son article 15 intitulé « *responsabilité* » que « *La responsabilité de France Télécom ne pourra être engagée qu'en cas de faute établie à son encontre et dûment prouvée* » et que « *France Télécom est responsable vis à vis de l'opérateur de tous dommages directs que ses équipements, ses préposés ou ceux de ces prestataires de services causeraient aux personnels et aux équipements de l'opérateur. France Télécom demeure responsable vis à vis de l'opérateur de toute action ou omission de ses préposés et/ou prestataires de services.* » Une telle clause de responsabilité est en tout point cohérente avec les principes édictés par le code civil en matière de responsabilité contractuelle, les principes décrits supra n'étant pas exorbitants, en tout état de cause, du droit commun.

En outre, le fait que France Télécom pose une règle de limitation ou d'exonération de responsabilité dans certains cas, démontre bien une fois de plus si le besoin en est, que sa responsabilité n'est pas écartée mais qu'elle limite le montant de la réparation en instaurant un maximum.

Enfin, si l'Autorité, lorsqu'elle parle de « *la reconnaissance de la responsabilité commerciale* » (qui existe déjà dans les conventions d'accès à la boucle locale de France Télécom, cf. supra), entend viser la réparation de préjudices immatériels tels que par exemple les préjudices commerciaux, France Télécom tient à



rappeler que la pratique commerciale justifie pleinement une exonération de ce type de dommages :

- d'une part, ces préjudices constituant par nature des préjudices indirects (dans la mesure où France Télécom ne contrôle pas la politique commerciale des opérateurs), toute indemnisation à ce titre est exclue tant par la loi (article 1151 du Code Civil) que par la jurisprudence relative à la responsabilité. Il faut en effet qu'il existe un lien direct de causalité entre l'inexécution et le dommage pour qu'un droit à réparation soit ouvert au profit de l'opérateur.
- d'autre part, la pratique des opérateurs de télécommunications confirme le principe visé ci-dessus : en effet, ces derniers incluent également dans leurs contrats clients des clauses excluant expressément l'indemnisation des préjudices immatériels.

## **Les conséquences de l'obligation de transparence**

L'Autorité s'appuie sur cette obligation pour imposer un préavis pour la publication d'une nouvelle offre de référence notamment afin de permettre à l'Autorité « *de s'assurer du respect des obligations portant sur les conditions tarifaires de l'offre...* ». Cette obligation de préavis reviendrait à instaurer un contrôle a priori de l'offre alors même que l'article 9 de la directive Accès prévoit un pouvoir de contrôle a posteriori des ARN sur les offres de référence.

En outre, l'obligation de transparence telle que décrite à l'article 9 de la Directive Accès n'a pas pour vocation d'instaurer une concertation préalable sur les offres proposées par l'opérateur puissant contrairement à ce que prétend l'Autorité. Un mécanisme de concertation est certes souhaitable, mais il doit rester informel et relever des pratiques commerciales habituelles entre un fournisseur et ses clients, notamment lorsque ceux-ci sont peu nombreux, comme c'est le cas pour les offres de gros.



## ANNEXE

### LES PROPOSITIONS DE PUBLICATION QUI FIGURENT DANS LA CONSULTATION PUBLIQUE DE L'ART SUR L'ANALYSE DES MARCHES DU HAUT DEBIT

#### 1 Les mesures de publication proposées dans la consultation publique

Les mesures de publication proposées explicitement dans la consultation publique figurent dans les chapitres **3 : Accès dégroupé**, paragraphe « Transparence » (E.3), **4 : Les offres de gros d'accès large bande livrées au niveau régional**, paragraphe « Transparence » (E.4) et **5 : Les offres de gros d'accès large bande livrées au niveau national**, paragraphe « Transparence » (G.4).

Dans les trois cas, elles portent sur :

- une offre de référence,
- des indicateurs de qualité de service pour les services vendus par France Télécom,
- des indicateurs de qualité de service retenus par France Télécom pour ses propres services,
- les conventions entre France Télécom et l'autre partie contractante.

D'autres mesures peuvent découler des obligations de séparation comptable proposées dans les chapitres 3, 4 et 5, aux paragraphes E.5, E.6 et G.6 respectivement. L'article 11 de la directive Accès (Obligations relatives à la séparation comptable) donne en effet aux autorités nationales le pouvoir de publier, si elles le jugent nécessaire et dans « *le respect de la réglementation nationale et communautaire sur la confidentialité des informations commerciales* », les prix de gros et les prix de transfert ainsi que les documents comptables permettant de vérifier le respect des obligations de transparence et de non-discrimination.

#### 2 Le document soumis à consultation fonde-t-il ces obligations et sur quels textes ?

En introduction, il faut souligner que les diverses directives rappellent de façon la plus nette et insistante le principe selon lequel la fourniture d'informations au public doit se faire « *dans le respect de la réglementation communautaire et nationale en matière de secret des affaires* » : voir par exemple la directive Cadre (articles 5 et 6).

L'article 9 de la directive Accès (*Obligations de transparence*) permet à l'autorité nationale, si cette mesure a un caractère proportionné, d'imposer la publication d'une offre de référence.



L'article 10 de la directive Accès (*Obligations de non-discrimination*) indique certes que ces obligations font « en sorte que les opérateurs appliquent des conditions équivalentes dans des circonstances équivalentes aux autres entreprises fournissant des services équivalents, et qu'ils fournissent aux autres des services et des informations dans les mêmes conditions et *avec la même qualité* que ceux qu'ils assurent pour leurs propres services [...] ». »

Dans un processus de vérification, il est envisageable que l'Autorité nationale demande pour elle-même communication d'indicateurs de qualité de services dont elle justifierait qu'ils sont équivalents et rendus dans des circonstances équivalentes. En revanche, la directive ne fait pas mention d'une quelconque publication. La publication d'indicateurs de qualité n'est donc fondée par aucun texte.

Aucune mention n'est faite, bien entendu, dans les directives, ni dans la loi du 9 juillet 2004, d'une quelconque publication de conventions entre deux opérateurs, celles-ci revêtant un caractère commercial. La publication envisagée par le document d'une convention commerciale par un tiers ne se fonde sur aucun texte.

Une analyse juridique s'impose donc, qui n'est pas faite dans le document de consultation.

### **3 La transparence du marché, pour les économistes de la concurrence, favorise la collusion tacite**

Une des hypothèses sur lesquelles est bâti le modèle théorique de la concurrence pure et parfaite est que tous les agents disposent d'une information parfaite. Celle-ci, qui est ce qu'on appelle aussi la transparence, porte sur tous les paramètres qu'ils doivent prendre en compte pour leurs décisions (technique, prix, etc.) et est réputée garantir la confrontation des offres et par là une concurrence efficace.

Dans les marchés de type oligopolistique, cependant, la transparence peut contribuer à restreindre la concurrence et les effets bénéfiques qu'on en attend en favorisant des mécanismes de collusion tacite : lorsque les mêmes entreprises sont en concurrence sur un marché et si l'une abaisse son prix, elle s'attend à ce que ses concurrents en fassent de même. Les entreprises sont donc incitées à maintenir un prix élevé.

Certes, une entreprise peut être tentée d'abaisser son prix de façon unilatérale (on dit alors qu'elle « dévie ») si elle considère qu'elle y a intérêt, par exemple en raison de l'élasticité de la demande au prix, ou si l'avantage qu'elle en retire à court terme lui semble dépasser l'inconvénient d'une riposte de ses concurrents (telle qu'une guerre des prix, par exemple), et bien entendu si une telle riposte de la part des autres entreprises lui semble peu probable.

Or la probabilité d'une telle riposte est fonction de la transparence du marché, c'est-à-dire de la quantité d'information publique disponible sur les



prix, les quantités, l'évolution de la demande et des prix, les structures de coût, etc.<sup>19</sup>

On citera ce que conclut le professeur Martin Cave (université de Warwick), expert auprès de la Commission européenne, à propos de l'article 9 de la directive « Accès »<sup>20</sup> c'est-à-dire des obligations de transparence :

*« Disclosure of price data is a possible instrument of collusion or price leadership. For this reason, price disclosure may be particularly unsuitable as a remedy where joint dominance is in question. The same problem applies in a moderated form to single dominance.*

*The implication of this analysis is that NRAs should address the question of transparency in a nuanced way. While the case for disclosure of technical information for a firm's access of technical facilities may be strong, the same reasoning does not extend to the mandatory disclosure of pricing information, which is rarely desirable of and by itself ».*

#### 4 « La transparence entretient des relations ambiguës avec la concurrence »<sup>21</sup>.

Les autorités de concurrence sont elles aussi confrontées à des situations où des concurrents s'échangent des informations, ce qui augmente la transparence du marché mais peut réduire la concurrence.

La jurisprudence présente plusieurs exemples de tels problèmes<sup>22</sup>. Ainsi, on lit dans l'arrêt du Tribunal de première instance du 27 octobre 1994<sup>23</sup> concernant l'affaire Fiatagri UK et New Holland Ford contre Commission des Communautés européennes (Concurrence - Système d'échange d'informations - Effet anticoncurrentiel - Refus d'exemption) :

§97. « La Commission soutient que l'argumentation des requérantes repose sur une interprétation erronée de la Décision. **Elle conteste avoir accepté l'idée selon laquelle l'échange d'informations exercerait une influence positive sur la concurrence.** »

Dans son arrêt, le Tribunal de première instance a rejeté la demande d'annuler la décision de la Commission.

---

<sup>19</sup> Voir par exemple : Rey Patrick, Collective dominance and the telecommunications industry, in The Economics of Antitrust and Regulations in Telecommunications, Perspectives for the New European Regulatory Framework, Edward Elgar, Cheltenham, 2004.

<sup>20</sup> Cave Martin, Economic aspects of the new regulatory regime, in The Economics of Antitrust and Regulations in Telecommunications, Perspectives for the New European Regulatory Framework, Edward Elgar, Cheltenham, 2004.

<sup>21</sup> Frédéric Jenny, Eléments de problématique, séminaire « Transparence et concurrence » de la direction de la Prévision, le 30 octobre 2002.

<sup>22</sup> Dont le suivant, présenté lors du séminaire « Transparence et concurrence » déjà cité.

<sup>23</sup> Affaire T-34/92, Recueil de jurisprudence 1994. Les parties requérantes contestaient une décision de la Commission sur un accord concernant un système d'échange d'informations basé sur des données relatives aux immatriculations de tracteurs agricoles.



## **5 Publication dans les autres pays de l'Union européenne**

A part le Royaume-Uni, où le régulateur a imposé des obligations très détaillées à BT mais a adopté un code de bonne conduite également très détaillé depuis la *Fair Trading Condition*, les quelques régulateurs qui ont imposé des obligations de publication les limitent, tels ceux d'Irlande ou d'Espagne, aux comptes séparés, comme l'article 11 de la directive Accès leur en reconnaît la possibilité à condition qu'ils justifient la nécessité de cette obligation. On ne trouve dans ces publications aucune donnée permettant de reconstituer la formation des coûts.

## **6 Transparence et développement de la concurrence dans le haut débit**

Il serait intéressant de méditer le fait que celui des grands pays européens où les obligations de publication sont les plus étendues est au dernier rang pour le développement du haut débit (hors câble), alors que celui où elles sont les moins étendues est au premier rang.