

# **CONTRIBUTION DE LA SOCIÉTÉ TELE2 FRANCE SAS DANS LE CADRE DE LA CONSULTATION PUBLIQUE CONCERNANT LE PROJET DE DÉCISION DE L'ART RELATIF AUX OBLIGATIONS IMPOSÉES À FRANCE TÉLÉCOM EN TANT QU'OPÉRATEUR EXERÇANT UNE INFLUENCE SIGNIFICATIVE SUR LE MARCHÉ DE GROS DES OFFRES D'ACCÈS LARGE BANDE LIVRÉES AU NIVEAU NATIONAL**

Dans le cadre de la transposition du nouveau « paquet télécom » en droit français, l'Autorité de Régulation des Télécommunications (ci-après l' « ART » ou l' « Autorité ») a publié, le 23 juin 2004, son analyse des marchés pertinents du haut débit, en soumettant ce document à consultation publique jusqu'au 9 août 2004.

La société Tele2 France SAS (ci-après "Tele2") a alors dûment adressé à l'Autorité, au mois de juillet 2004, une contribution visant à porter à son attention les principaux commentaires qu'appelaient de sa part l'analyse développée dans le document soumis à consultation publique.

Or, dans la mesure où, selon l'Autorité, les réponses apportées par les contributeurs ont été "*extrêmement contrastées*" s'agissant de l'analyse portant sur le marché de gros des offres d'accès large bande livrées au niveau national, cette dernière a invité les acteurs concernés, le 5 octobre 2004, à lui faire parvenir leurs commentaires additionnels sur :

- La délimitation exacte du marché pertinent concerné ;
- La prise en compte des cessions intra-groupes pour la délimitation des marchés pertinents et l'identification des opérateurs puissants sur ces marchés ;
- Les parcs, constaté et prévisionnel, d'accès large bande achetés ou vendus au point de livraison national des opérateurs concernés à différentes échéances ;
- Les obligations *ex ante* devant éventuellement être imposées à (ou aux) l'opérateur puissant sur ce marché.

Tele2 a alors adressé à l'Autorité une contribution additionnelle en date du 15 octobre 2004 dans laquelle elle portait à nouveau à l'attention de l'ART les commentaires que ces différents points appelaient de sa part.

Le 13 avril 2005, et suite à l'avis n°05-A-03 du Conseil de la concurrence en date du 31 janvier 2005, l'Autorité a publié son projet de décision n°05-0283 dans lequel elle détaille les obligations qu'elle entend imposer à France Télécom en tant qu'opérateur puissant sur le marché de gros des offres d'accès large bande livrées au niveau national.

Tele2 entend ainsi, dans la droite ligne de ses précédentes contributions, faire part à l'Autorité des observations et suggestions que ce projet de décision suscite de sa part, point par point.

## **I. SUR LA PÉRIODE TEMPORELLE DE L'ANALYSE**

Tele2 ne peut qu'approuver la démarche de l'ART consistant désormais à privilégier une approche courant jusqu'à l'année 2008, quitte à ce que l'Autorité procède à une réévaluation de la situation de ce marché si les évolutions concurrentielles constatées le justifient. En effet, et ainsi que Tele2 l'avait souligné dans le cadre de sa première contribution, la période de douze mois initialement envisagée apparaissait par trop courte pour assurer une régulation satisfaisante de ce marché. Cette régulation est d'ailleurs d'autant plus nécessaire compte tenu des très nombreux comportements anticoncurrentiels passés (et présents : cf. le couplage précité) mis en œuvre par France Télécom / Wanadoo.

## **II. SUR LES OBLIGATIONS EX ANTE DEVANT ÊTRE IMPOSÉES À FRANCE TELECOM**

### **A. La non-imposition d'une obligation d'accès apparaît gravement dommageable à la situation concurrentielle du marché**

Dans le cadre de son document d'analyse initial en date du 24 juin 2004, l'ART envisageait d'imposer une obligation d'accès à France Télécom en faisant notamment valoir que :

*" [...] l'offre de gros nationale doit pouvoir évoluer au rythme du marché, pour permettre à la concurrence de continuer de se développer sur les marchés de détail. Aussi, pour permettre les évolutions souhaitables pour le marché, préserver la capacité d'innovation de l'ensemble des acteurs et le dynamisme de la concurrence, l'Autorité estime justifié et proportionné d'imposer à France Télécom l'obligation de satisfaire les demandes raisonnables d'accès large bande à un niveau national".*

Et l'Autorité envisageait à ce titre de faire obligation à France Télécom de continuer à fournir les prestations existantes, ainsi que de faire droit aux demandes raisonnables d'accès qui lui seront présentées.

Or, malgré cette prise de position particulièrement claire et cohérente avec la situation constatée sur ce marché et les objectifs de régulation imposés à l'ART par le nouveau paquet télécom et les dispositions pertinentes du Code des Postes et des Communications Electroniques (ci-après "CPCE"), l'Autorité revient aujourd'hui sur cette analyse et n'envisage plus d'imposer d'obligation d'accès à France Télécom.

Certes, Tele2 conçoit parfaitement que l'objectif des procédures de consultation publique menées par l'ART consiste justement à lui permettre de faire évoluer, pendant ce processus, son analyse en fonction des éléments et des commentaires qui sont formulés par les différents acteurs et autorités consultés.

Cependant, l'ART devrait au moins, en pareille hypothèse, justifier des raisons pour lesquelles l'analyse précitée serait subitement devenue non pertinente.

A cet égard, Tele2 entend souligner qu'elle ne partage absolument pas la nouvelle analyse de l'Autorité consistant à ne plus exiger cette obligation.

En effet, l'absence de cette obligation *ex ante* conduira France Télécom à refuser de faire évoluer ses offres existantes dans des conditions favorables au développement concurrentiel du marché. France Télécom est d'ailleurs coutumière de ces pratiques de malthusianisme économique, ainsi que le démontre l'exemple particulièrement marquant (et extrêmement dommageable pour le secteur des communications électroniques et, *in fine*, pour les consommateurs) de la mise en place de l'offre Connect ATM. En effet, en l'absence d'obligation *ex ante* imposée à France Télécom à ce titre, les procédures *ex post* se sont multipliées, tant devant l'ART que le Conseil de la concurrence, afin de contraindre France Télécom à fournir une telle offre dans des conditions techniques et financières satisfaisantes.

Dans ce contexte, Tele2 ne peut que déplorer que l'ART ne semble pas avoir tiré les leçons de cette situation (qui a conduit à retarder le développement d'une offre de gros d'accès livrés au niveau régional pendant près de trois ans) et refuse désormais d'envisager l'imposition d'une telle obligation d'accès, alors même que de très nombreux accès ADSL continuent d'être fournis par des FAI sur la base de cette offre de gros de France Télécom.

Tele2 estime donc indispensable qu'une telle obligation *ex ante* soit imposée à France Télécom, sous peine de voir les nombreux FAI clients de cette offre gravement menacés, ainsi que les demandes de règlement de différend devant l'ART se multiplier (France Télécom ayant tout intérêt à adopter une stratégie dilatoire en refusant toute demande d'évolution afin d'entraver l'activité de ses clients qui la concurrencent au niveau du marché de détail).

Cette obligation apparaît enfin proportionnée aux objectifs que l'ART doit poursuivre puisqu'elle consiste, notamment, à imposer le maintien de prestations d'ores et déjà fournies par France Télécom.

## **B. La proscription des tarifs d'éviction**

Ainsi que Tele2 l'avait souligné dans le cadre de sa première contribution, elle ne partage absolument pas l'analyse de l'Autorité aux termes de laquelle l'application d'une obligation d'approbation préalable des tarifs de l'offre serait disproportionnée au regard des problèmes de concurrence rencontrés. En effet, c'est bien l'existence d'une approbation tarifaire de ces offres qui a permis à de nombreuses reprises d'éviter que France Télécom ne pratique des tarifs qui auraient portés atteinte au développement du marché (en générant des effets de ciseaux au détriment des offres relevant du marché du dégroupage et / ou du marché de gros de l'accès à large bande livrées au niveau régional).

Dans ce contexte, Tele2 considère qu'imposer à France Télécom une simple obligation de ne pas pratiquer des tarifs d'éviction sur le marché des offres large bande nationales apparaît insuffisante pour permettre le développement concurrentiel vertueux de ce marché. L'application d'une obligation d'approbation préalable des tarifs apparaît ainsi non seulement nécessaire mais également justifiée pour permettre d'atteindre les objectifs posés par l'article 8 de la directive cadre.

Une telle obligation de contrôle tarifaire apparaît d'autant plus nécessaire que l'ART n'envisage pas de réguler le marché de détail, ce qui accentue le risque de voir France Télécom mettre en œuvre des comportements anticoncurrentiels.

En effet, la procédure de contrôle envisagée par l'ART, qui consistera, en présence d'une offre de détail dont les caractéristiques suggéreraient un effet de ciseau tarifaire, à examiner alors la possibilité de répliquer cette offre de détail à partir des offres de gros et, si ce n'est pas le cas, à imposer à France Télécom de modifier l'offre de gros en cause, apparaît tout à fait inadaptée.

Une telle modification *a posteriori* des offres de gros laisserait subsister pendant plusieurs mois l'offre de détail en cause, permettant ainsi à France Télécom de préempter le marché.

Par ailleurs, la possibilité d'exercer un contrôle *ex-post* peut s'avérer insuffisante pour empêcher la réalisation de telles atteintes anticoncurrentielles, ainsi que le démontre d'ailleurs de manière patente les précédents identifiés par l'ART dans son projet de décision

Dans ce contexte, il est indispensable que le contrôle tarifaire des offres de gros de France Télécom relevant de ce marché soit appliqué de manière systématique et préalable à la commercialisation de toute nouvelle offre. Cette situation évitera ainsi à l'ART et aux opérateurs d'avoir à analyser, sans nécessairement disposer des informations nécessaires pour ce faire (s'agissant notamment des opérateurs alternatifs), les offres de détail commercialisées par France Télécom / Wanadoo afin de s'assurer que France Télécom ne se rend pas coupable, au niveau des offres de gros, de pratiques de prix d'éviction.

S'agissant de la mise en place d'une offre de gros d'"ADSL nu", cette obligation tarifaire aura bien évidemment vocation à s'appliquer également. A cet égard, le tarif de cette offre ne devrait pas être supérieur au tarif actuellement pratiqué par France Télécom pour son offre IP/ADSL puisque celui-ci lui permet d'ores et déjà de recouvrer les frais générés par la paire de cuivre (la souscription, nécessaire à l'heure actuelle, d'un abonnement à son service téléphonique pour bénéficier d'un accès ADSL lui assurant d'être rémunérée deux fois pour l'usage de la même infrastructure).

Par ailleurs, et au-delà de cette obligation de contrôle tarifaire, Tele2 estime que l'ART devrait également imposer à France Télécom une obligation d'orientation vers les coûts, qui porterait tant sur les coûts de la ligne que sur ceux afférents à la collecte. En effet, à l'heure actuelle, le prix du débit de collecte pratiqué par France Télécom apparaît totalement déconnecté des coûts qu'elle supporte et, en tout état de cause, sans commune mesure avec les prix du marché. Cette situation pénalise très fortement la montée en débit des offres de détail des opérateurs alternatifs et des FAI et, partant, amplifie la fracture numérique. En conséquence, il est indispensable que le prix du débit de collecte soit contrôlé et que son prix soit orienté vers les coûts.

### **C. L'obligation de non-discrimination**

S'agissant de cette obligation, Tele2 partage pleinement l'analyse de l'ART quant à sa nécessité, compte tenu notamment des nombreux comportements discriminatoires mis en œuvre par le passé par France Télécom / Wanadoo et par la réintégration de cette dernière au sein de sa maison mère.

## **D. L'obligation de séparation comptable**

Là encore, et pour les raisons exposées ci-dessus, Tele2 rejoint l'ART sur la nécessité et la proportionnalité d'une telle obligation. Enfin, même si l'ART prévoit de soumettre à consultation publique les principes qu'elle entend appliquer dans le cadre de l'imposition d'une obligation de séparation comptable sur les différents marchés régulés du secteur des communications électroniques (consultation qui devrait, afin de permettre l'effectivité de cette obligation, intervenir dans les plus brefs délais), Tele2 entend d'ores et déjà indiqué qu'un schéma de type "séparation managériale des activités" lui semble le plus à même d'assurer le respect, par France Télécom, des autres obligations *ex ante* qui lui sont imposées.

## **E. L'obligation de formalisation des conditions techniques et des prix de cession internes pour les offres résidentielles haut débit**

Si Tele2 approuve pleinement la mise en place, dans son principe de cette obligation (qu'elle appelait d'ailleurs de ses vœux dans le cadre de sa contribution initiale), ainsi que les éléments avancés par l'Autorité afin de justifier de la nécessité et de la proportionnalité de cette obligation (d'autant plus indispensable que France Télécom souhaitait vouloir favoriser la plus grande opacité s'agissant de ses conditions de cession internes depuis la réintégration de Wanadoo en son sein : cf. sa réponse à la consultation initiale de l'Autorité), le champ d'application envisagé par l'Autorité lui semble, en revanche, trop limité.

En effet, constatant que les contentieux relatifs aux comportements anticoncurrentiels sur ce marché ont pour l'essentiel porté sur les offres proposées à la clientèle résidentielle, l'ART souhaite limiter cette obligation aux seules offres d'accès haut débit résidentielles. Ce faisant, l'Autorité permet à France Télécom de ne pas formaliser les conditions dans lesquelles elle se fournit en interne les prestations nécessaires à la commercialisation de ses offres à destination de la clientèle professionnelle. Cette situation est d'autant plus préjudiciable à la concurrence que, contrairement à ce que soutient l'Autorité, France Télécom a déjà été sanctionnée pour des comportements anticoncurrentiels ayant concerné ses offres d'accès à Internet destinées à la clientèle professionnelle<sup>1</sup>.

Dans ce contexte, il est indispensable que cette obligation s'applique à l'ensemble des offres d'accès haut débit commercialisées par France Télécom.

Enfin, et dans le but de permettre aux opérateurs alternatifs et FAI de s'assurer qu'ils ne sont pas victimes d'une discrimination de la part de France Télécom, au regard notamment des conditions dont elle bénéficie au titre de ses prestations internes, il convient que l'ART permette aux tiers intéressés de consulter lesdits documents, sous

---

<sup>1</sup> Ainsi, le Conseil de la Concurrence, dans sa décision de mesure conservatoire n° 98-MC-03 en date du 19 mai 1998, a ordonné la suspension de l'offre d'accès à Internet aux écoles et aux établissements scolaires publics et privés de France Télécom au motif que ses concurrents étaient dans l'impossibilité de proposer une offre comparable, France Télécom ne proposant pas pour ce faire d'offre d'interconnexion adaptée. Certes, cette décision ne porte pas sur des accès ADSL (cette technologie n'existant pas encore à l'époque des faits) mais elle démontre que France Télécom peut parfaitement (et a déjà) mis en œuvre de tels comportements anticoncurrentiels pour des offres à destination d'une clientèle professionnelle (ou, comme en l'espèce, ayant des demandes spécifiques). En outre, non plus dans le domaine de l'accès à Internet mais dans celui de l'acheminement des communications téléphoniques, France Télécom a été condamnée par le Conseil de la Concurrence pour s'être rendue coupable d'un abus de position dominante en proposant, dans le cadre d'une offre sur mesure à destination d'un client professionnel (en l'espèce le constructeur automobile Renault), des conditions privilégiées fondées sur des pratiques de subventions croisées, empêchant de la sorte tout opérateur concurrent de s'aligner (Décision du Conseil de la Concurrence n° 2001-D-46 du 23 juillet 2001).

réserve, le cas échéant, des éventuels secrets d'affaires qu'il pourrait contenir (et qui devraient, de l'avis de Tele2 et au vu des obligations *ex ante* imposées à France Télécom, être réduits à une portion congrue).

## **F. La nécessité d'imposer des remèdes complémentaires au titre de l'obligation de transparence**

Dans sa consultation publique initiale, l'ART envisageait d'imposer à France Télécom, au titre de l'obligation de transparence :

- Le suivi des tarifs de l'offre ;
- La publication d'indicateurs pertinents au titre de la qualité de service.

Or, si Tele2 approuvait ce second remède, le premier remède envisagé lui paraissait certes nécessaire dans son principe mais insuffisant pour adresser les risques concurrentiels qui pèsent sur le marché. Dans ce contexte, Tele2 avait fait part à l'Autorité, dans le cadre de sa réponse initiale, de son souhait de voir imposer à France Télécom la publication d'une offre de référence.

Or, force est de constater aujourd'hui que, dans son projet de décision, l'ART expose que la publication d'une telle offre de référence n'apparaît plus nécessaire, et n'envisage même plus d'imposer les deux remèdes précités.

Au soutien de son analyse, l'ART fait valoir qu'imposer à France Télécom une telle publication reviendrait à créer une asymétrie avec la situation dans laquelle se trouve ses concurrents, qui expliquerait l'érosion de ses parts de marché. Au-delà du fait que, ainsi que Tele2 l'a souligné s'agissant de l'obligation d'accès, nombre de FAI demeurent encore aujourd'hui extrêmement dépendants des conditions de cette offre (et ont par conséquent besoin de visibilité sur ses conditions techniques et tarifaires pour établir leur plan d'affaires et leur stratégie d'investissements), il apparaît nécessaire de rappeler que l'objectif même d'une régulation *ex ante* est de permettre de corriger une dissymétrie qui préexiste sur le marché pertinent considéré en imposant à l'opérateur dominant des obligations spécifiques à cet effet. Tele2 estime donc parfaitement irrecevable l'argument avancé par l'ART et tendant à démontrer qu'une telle obligation serait injustifiée au regard de l'asymétrie qui en résulterait. Au contraire, c'est bien parce que France Télécom est puissante sur ce marché que cette dissymétrie s'impose. D'ailleurs, il est classique en droit de la concurrence, sur lequel le droit sectoriel des communications électroniques tend à s'aligner, qu'un opérateur en position dominante sur un marché pertinent considéré se voit imposer des sujétions particulières qui ne pèsent pas sur les autres acteurs dudit marché.

Dans ce contexte, Tele2 estime donc nécessaire que la publication d'une offre de référence soit imposée à France Télécom. Cette obligation apparaît d'autant plus nécessaire qu'elle permettra d'éviter la mise en œuvre de comportements discriminatoires de la part de France Télécom.

Enfin, l'obligation initialement envisagée par l'ART et tenant à la publication d'indicateurs de qualité de service pertinents devrait être maintenue dans sa décision finale.