

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Avis n° 01-A-17 du 6 novembre 2001 relatif à un projet de lignes directrices concernant l'homologation des tarifs de téléphonie fixe de France Télécom

Le Conseil de la concurrence (section III),

Vu la lettre enregistrée le 26 juillet 2001 sous le numéro A 340, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis en application de l'article L. 462-1 du code de commerce ;

Vu l'ordonnance n° 2001-670 du 26 juillet 2001 portant adaptation au droit communautaire du code des postes et télécommunications ;

Vu le code des postes et télécommunications, partie législative et partie réglementaire ;

Vu le décret n° 96-1225 du 27 décembre 1996 approuvant le cahier des charges de France Télécom ;

Le rapporteur, le rapporteur général, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement entendus, les représentants de la société France Télécom et de l'association AFORS-Telecom entendus au cours de la séance du 6 novembre 2001, en application de l'article L. 463-7, 2^{ème} alinéa du code de commerce ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations suivantes :

Le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a demandé au Conseil d'apprécier le caractère et la portée d'un projet de lignes directrices relatives aux conditions d'homologation des tarifs de détail de France Télécom et, plus généralement, d'étudier les conséquences qu'il convient de tirer de la situation concurrentielle des marchés de télécommunications dans le domaine de la procédure d'homologation tarifaire et d'examiner l'opportunité et les modalités d'une évolution possible de cette procédure quant à son champ et ses délais.

En préalable, mention doit être faite de ce qu'une révision d'ensemble du cadre juridique européen applicable aux télécommunications est en cours d'adoption, qui impliquera ultérieurement une mise en conformité du droit national. Le code des télécommunications et, par conséquent, les textes sur lesquels s'appuient les lignes directrices, devra ainsi intégrer les dispositions d'une directive cadre et de quatre directives thématiques (service universel / accès / autorisation / protection des données).

Le contrôle tarifaire ne concerne que l'activité téléphonie fixe de France Télécom et porte sur trois domaines : l'interconnexion et l'accès local, les liaisons louées et les tarifs de détail.

Les tarifs de détail s'adressent aux consommateurs (particuliers ou entreprises) et aux prestataires de services téléphoniques (par exemple les services audiotel). L'obligation d'une homologation préalable de ces tarifs est posée par l'article L. 36-7/5° du code des télécommunications et la procédure applicable est régie par l'article 17 du cahier des charges de France Télécom approuvé par décret.

Les lignes directrices ne traitent que des tarifs de détail et visent à répondre à un double objectif : d'une part, préciser les conditions de mise en œuvre par l'administration de la procédure d'homologation tarifaire prévue par la loi, d'autre part, assurer l'adaptation

permanente du contrôle à l'évolution technologique et la transparence des décisions prises par les pouvoirs publics.

I. - L'apport du projet de lignes directrices et les amendements qui pourraient lui être apportés

L'homologation préalable des tarifs de détail de France Télécom résulte de l'article L. 36.7/5° du code des télécommunications qui dispose que : « *L'Autorité de régulation des télécommunications.... 5°/ émet un avis public sur les tarifs et les objectifs tarifaires pluriannuels du service universel ainsi que sur les tarifs des services pour lesquels il n'existe pas de concurrents sur le marché, préalablement lorsqu'ils y sont soumis à leur homologation par les ministres chargés des télécommunications et de l'économie* ». Il est complété par le décret du 27 décembre 1996 approuvant le cahier des charges de l'opérateur qui fixe le déroulement de la procédure d'homologation dans son article 17.

Les lignes directrices reprennent, pour l'essentiel, la pratique actuelle de l'homologation tarifaire.

A. - LES MODALITÉS DU CONTRÔLE EXERCÉ AU TITRE DE L'HOMOLOGATION TARIFAIRE

Ce dispositif juridique conduit à distinguer trois situations :

- les tarifs du service universel de téléphonie qui sont soumis à des objectifs tarifaires pluriannuels et à l'homologation individuelle de chaque proposition de tarif émise par France Télécom ;
- les tarifs des « *services pour lesquels il n'existe pas de concurrents sur le marché* » (article L. 36-7/5°) qui sont homologués individuellement ;
- les tarifs des autres services qui sont libres et doivent seulement faire l'objet d'une information du régulateur.

Les décisions d'homologation sont prises par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, sur avis de l'Autorité de Régulation des Télécommunications (ART).

Les textes n'apportent que peu d'indications sur la nature des investigations à mener par l'ART pour l'instruction des demandes d'homologation des tarifs de détail. S'agissant des prestations relevant du service universel, les principes de non-discrimination et d'orientation vers les coûts sont seulement mentionnés. Cette absence de précision n'est pas générale : ainsi, dans le cas des liaisons louées, l'article D. 377 du code des télécommunications fixe des règles détaillées (transparence comptable, distinction des coûts directs et des coûts communs imputés en justifiant la ventilation effectuée ; indépendance du tarif par rapport à l'utilisation faite de la liaison ; décomposition du tarif pratiqué entre une redevance initiale de connexion et une part périodique).

En pratique, l'ART procède à des comparaisons internationales avec les tarifs pratiqués dans les autres pays européens ou avec ceux de services voisins, et analyse le tarif proposé par rapport aux coûts de production de produits correspondants ; elle cherche à mettre en évidence d'éventuels prix excessifs, des pratiques discriminatoires ou des abus (ventes liées, clauses de fidélisation, groupage).

Dans ce contexte juridique, les lignes directrices préconisent la réalisation de tests sur l'effet du tarif demandé par France Télécom sur le marché, en recherchant l'absence d'effet

prédateur (test dit de « prédation ») ou d'exclusion des entreprises concurrentes (test dit de « forclusion » ou plus communément d'effet de ciseaux).

Cette proposition appelle deux remarques.

L'intérêt de ces tests, largement utilisés tant par la Commission européenne que par le Conseil de la concurrence dans le cadre de la répression des abus de position dominante, n'est pas en question mais le choix des tests doit être adapté à l'objectif assigné au contrôle tarifaire. Ces tests s'avèrent pertinents lorsqu'il s'agit d'éviter des pratiques d'exclusion de l'ancien monopole public à l'encontre des nouveaux opérateurs entrant sur le marché. En matière de télécommunications, le test d'effet de ciseaux devrait être le plus utile car France Télécom reste pour tous les autres opérateurs, avec un degré de dépendance variable, le fournisseur obligé pour les liaisons louées et l'accès au client final.

La réalisation de ces tests est, en revanche, inadaptée à l'autre objectif de l'homologation tarifaire qui est de protéger le consommateur contre des prix excessifs de France Télécom. Cet objectif, même s'il n'est pas expressément mentionné dans les textes, répond à une évidente logique.

S'agissant, d'abord, du service universel, il correspond à une finalité sociale et doit être offert à des conditions abordables pour le plus grand nombre ; il serait donc normal que le principal test appliqué à son égard vise à vérifier que les prix ne sont pas trop élevés au regard de cette finalité ; des critères d'analyse orientés vers les priorités sociales et l'absence de discrimination géographique seraient particulièrement adaptés. Les dispositions du code des télécommunications vont en ce sens et prévoient que le service universel « *est fourni dans des conditions tarifaires et techniques prenant en compte les difficultés spécifiques rencontrées dans l'accès au service téléphonique par certaines catégories de personnes en raison notamment de leur niveau de revenu ou de leur handicap* » [article L. 35-1] et que le cahier des charges de France Télécom « (...) *détermine les conditions générales du service universel et notamment les obligations tarifaires nécessaires pour permettre l'accès au service universel de toutes les catégories sociales de la population et éviter une discrimination fondée sur la localisation géographique* » [article L. 35-2]. De même, la future directive européenne sur le service universel retient des critères de contrôle ne portant pas sur le caractère concurrentiel des services, mais renvoyant à des données socio-économiques (niveaux des prix à la consommation et des revenus nationaux).

Les spécificités du service universel incitent donc à retenir, d'abord, comme critère de contrôle, la vérification du caractère abordable des tarifs pour les utilisateurs. L'analyse des tarifs soumis à homologation devrait dès lors être réalisée en se référant à des notions de bas revenus et de coût moyen d'un raccordement, les tests concurrentiels décrits par les lignes directrices ne présentant qu'un intérêt marginal, surtout si, par ailleurs, le marché concerné est déjà largement ouvert à la concurrence.

En réalité, des problèmes de concurrence ne se posent, dans le cas du service universel, que lorsque le niveau des prix considéré comme « abordable » par les pouvoirs publics est inférieur aux prix spontanément offerts sur le marché. D'un point de vue doctrinal, ce n'est d'ailleurs que dans ce cas que la notion de service universel a une véritable portée. Dans une telle situation, le problème de concurrence vient de ce que le service universel ne peut être rendu qu'en étant financé : le test concurrentiel fondamental consiste, non à examiner le niveau du tarif, mais à vérifier que le niveau de la subvention et son mécanisme de financement ne favorisent pas anormalement l'opérateur de service universel et ne lui offrent pas l'opportunité, par des subventions croisées, de pratiquer, ailleurs, des prix prédateurs.

S'agissant, ensuite, des services pour lesquels il n'existe pas de concurrents, ce sont des marchés sur lesquels France Télécom n'est pas ou n'est pas encore soumise à une pression concurrentielle et où elle serait donc en mesure, en l'absence de contrôle tarifaire, de fixer des prix à un niveau élevé ; certes, sur ceux de ces marchés où de nouveaux entrants pourraient apparaître à brève échéance, il existe aussi un risque de prix artificiellement bas susceptibles d'empêcher toute entrée de nouveaux opérateurs mais ce risque n'est pas spécifique aux marchés pour lesquels il n'existe pas de concurrents. Les marchés non soumis à homologation sont soumis aux mêmes risques de prédation dès lors que France Télécom est susceptible de dégager une rente de monopole sur d'autres marchés et de pratiquer entre ses activités des subventions croisées. En revanche, le risque de voir France Télécom pratiquer des prix très élevés est propre aux marchés pour lesquels il n'existe pas de concurrent.

L'affichage de la méthode d'analyse suivie, avec la réalisation de tests concurrentiels, répond à l'objectif de transparence fixé aux lignes directrices : le Conseil approuve ce souci d'information sur les méthodes de la régulation.

Il paraît, en revanche, souhaitable que la grille d'analyse appliquée soit davantage en accord avec la finalité du contrôle. Ainsi, dans le cas des tarifs du service universel, la première exigence n'est pas de vérifier l'absence de pratiques anticoncurrentielles même si une telle vérification n'est pas inutile mais de s'attacher au caractère abordable du tarif et à ses modalités de financement lorsque le tarif abordable est inférieur aux prix offerts spontanément sur le marché. Dans le cas des marchés sans concurrents, le risque de voir pratiquer des prix abusivement élevés pourrait être pris en compte (voir, à ce sujet, la décision du Conseil n° 00-D-27 du 13 juin 2000) à côté des tests envisagés par le projet.

La méthode affichée pour l'instruction des demandes tarifaires de France Télécom devrait donc être différenciée selon les cas d'homologation tarifaire. Bien entendu, dans les situations qui imposeraient une homologation à la fois au titre du service universel et à celui du marché sans concurrents, une combinaison de tests pourrait être envisagée.

B. - LES PROBLÈMES LIÉS À LA DÉFINITION DU MARCHÉ PERTINENT POUR L'EXERCICE DU CONTRÔLE

« L'application des tests concurrentiels dans le secteur des télécommunications suppose la détermination préalable du marché pertinent. Celle-ci s'opère sur la base des éléments d'analyse traditionnels en ce domaine », énoncent les lignes directrices. L'impossibilité d'établir une liste définitive de marchés pertinents renvoie à des analyses au cas par cas, qui seraient donc menées dans les conditions habituelles de définition des marchés par les autorités de concurrence.

Cette position appelle deux remarques relatives, d'une part, à la prise en compte des marchés pertinents déjà définis par le droit communautaire pour l'activité de téléphonie fixe, d'autre part, à l'insuffisante prise en considération des difficultés d'analyse particulières au secteur des télécommunications.

Les décisions déjà adoptées par la Commission européenne ou celles qui sont envisagées ont, en effet, retenu plusieurs marchés pertinents pour la téléphonie fixe (services internationaux de téléphonie vocale, services avancés pour les entreprises, transmission de données par commutation de paquets, audioconférences ou services d'accès à internet destinés aux utilisateurs finaux). Cette intervention communautaire dans la détermination des marchés pertinents est appelée à se développer avec la future directive cadre, les autorités nationales ne pouvant désormais s'abstraire des définitions données au niveau européen que si elles sont

en mesure, sur la base d'un raisonnement particulièrement argumenté, de mettre en avant une spécificité nationale.

La délimitation d'un marché en droit de la concurrence repose sur la méthode du faisceau d'indices pour rechercher les éventuels services substituables au service étudié. Les difficultés habituellement rencontrées sont accrues, pour le secteur des télécommunications, par sa fragmentation croissante en un grand nombre de prestations et par le caractère déterminant des éléments techniques pour l'analyse des services offerts. L'appréciation de la substituabilité entre les services sera, en particulier, redoutable pour les services téléphoniques, en imposant une comparaison des techniques utilisées et des performances obtenues, peu accessible à un non-spécialiste. Par exemple, les transferts de données répondent à un même besoin des entreprises utilisatrices, mais font appel à de multiples technologies incompatibles (en termes de commutation : par paquets ou par plusieurs protocoles informatiques différents ; en termes de support : emploi des liaisons « cuivre » classiques ou des fibres optiques ; en terme du niveau de débit, avec plusieurs vitesses de transmission non réductibles aux notions de haut et bas débit).

A titre d'illustration de la complexité du résultat obtenu, l'ART a réalisé, en 2000, une étude du marché des services à haut débit qui a demandé plusieurs mois de travail et a conclu à une définition extrêmement technique du marché pertinent en cause : le service de transport de données par fibre optique étant défini comme constitué par les liaisons louées à haut débit (supérieur à 34 Mbit/seconde) et les services commutés utilisant les protocoles ATM et IP à partir de 10 Mbit/seconde.

La définition du territoire pertinent pour le marché se heurtera également à au moins deux problèmes : la compatibilité avec les dispositions de la loi de 1996 en matière d'aménagement et de développement équilibré du territoire, et la contradiction entre d'éventuelles règles de contrôle tarifaires variables suivant le territoire concerné et l'objectif de sécurité juridique et de transparence de la procédure. L'étude mentionnée ci-dessus concluait ainsi au caractère concurrentiel du marché des services à haut débit pour la seule zone géographique constituée par la ville de Paris et le quartier de La Défense.

Il convient finalement de souligner le risque qu'il y aurait à confondre technologies et marchés, les deux notions n'étant pas nécessairement interchangeables.

Dans ces conditions, l'analyse systématique du marché pertinent concerné à l'occasion de l'examen de chaque demande d'homologation tarifaire n'apparaît pas réalisable : plus d'une centaine de décisions doivent être prises chaque année avec des délais impartis de 30 jours. Il apparaît ainsi souhaitable que soit établie une liste de marchés tenant compte des marchés prédéfinis au niveau communautaire et que cette liste soit seulement, et peut-être même partiellement, actualisée chaque année.

C. - LA PRISE EN COMPTE DE L'INNOVATION TECHNOLOGIQUE

Les lignes directrices opèrent une distinction entre les services nouveaux, pour lesquels l'absence de précédent commercial ne permettrait pas de préjuger de l'état de la concurrence conduisant à un régime de liberté tarifaire, et les offres innovantes, devant être comprises comme expérimentales, qui seraient soumises à homologation.

Ce point cherche à répondre à la critique générale sur l'incapacité de la réglementation à suivre la rapidité des mutations technologiques affectant les télécommunications et, au besoin, de disposer d'une réglementation neutre technologiquement.

La distinction proposée apparaît difficile à mettre en œuvre et devrait introduire plutôt plus un facteur de complexité que de transparence de la procédure d'homologation tarifaire ; par ailleurs, l'expérience a montré que des offres innovantes proposées par un opérateur dominant peuvent s'accompagner de pratiques d'exclusion lui permettant de s'assurer de l'avantage du premier entrant, souvent déterminant ; ce constat incite à recommander l'abandon de ce point.

D. - L'AMÉLIORATION DE LA TRANSPARENCE DE LA PROCÉDURE

Les opérateurs interrogés par le rapporteur ont regretté la transparence insuffisante de la procédure actuelle d'homologation : les demandes tarifaires déposées par France Télécom ne sont pas connues, les méthodes d'analyse des offres ne sont pas affichées, le double degré d'instruction, constitué par l'avis de l'ART, puis la décision des ministres, représente un facteur de confusion. Les décisions des ministres et leurs motivations ne sont pas rendues publiques.

Comme la position dominante de France Télécom, en matière de téléphonie fixe de détail, oblige les opérateurs alternatifs à positionner leurs offres par rapport à la politique commerciale de France Télécom, il est important pour eux de savoir ce que l'opérateur public est autorisé à faire en matière tarifaire et sous quelles conditions. Un fonctionnement clair et fiable de la régulation est, de façon plus générale, considéré comme un élément d'attractivité qui incite de nouvelles entreprises à entrer sur le marché, favorisant ainsi la concurrence. Cependant, le choix de la transparence mérite d'être soupesé, car, ainsi que le Conseil a déjà eu l'occasion de le souligner, une trop grande information mutuelle des opérateurs sur leurs coûts et sur leurs politiques commerciales favorise les ententes, expresses ou tacites, et, dans le cas de marchés oligopolistiques, peut faciliter la mise en place d'un régime de prix élevés même en l'absence de coopération entre les intéressés.

Les lignes directrices prévoient que les décisions des ministres et les engagements complémentaires éventuels acceptés par France Télécom seront désormais communiqués sur le site internet du ministère chargé des télécommunications : le projet soumis au Conseil s'engage donc, mais de façon limitée, dans la voie de la transparence. Sur certains points, le Conseil considère qu'il serait à la fois utile et possible d'aller au-delà : les règles définissant le champ de l'homologation et les méthodes des tests pratiqués pourraient être publiées, ce qui implique notamment la publication des éventuelles lignes directrices. De plus, ainsi qu'il a été dit, les opérateurs non dominants sont conduits à réagir aux initiatives de France Télécom ; il est donc important qu'ils disposent d'une information complète sur les décisions ministérielles d'homologation, incluant les éventuelles réserves ou conditions dont elles sont susceptibles d'être assorties.

En revanche, il n'apparaît pas souhaitable que les concurrents de France Télécom soient informés en détail des coûts de cet opérateur, des résultats chiffrés précis des tests pratiqués par l'ART, ni des intentions commerciales de France Télécom. Cette observation plaide contre une publicité portant sur l'ensemble des dossiers déposés par France Télécom et contre une motivation des décisions ministérielles, autre que générale et abstraite.

Enfin, deux problèmes de procédure ne sont pas abordés par le projet : le cas des décisions d'accord tacite et le maintien de la possibilité de suspendre l'application d'une demande tarifaire déposée par France Télécom sans aucune limite de délai.

L'amélioration de la transparence de la procédure d'homologation entreprise par les lignes directrices mériterait d'être renforcée par la publication des lignes directrices elles-mêmes, l'introduction d'un délai maximal pour la suspension de la mise en œuvre d'une demande tarifaire, ainsi que la publication sommaire de la demande tarifaire initiale en cas d'accord

tacite. Une description précise de ce qui doit être rendu public et de ce qui doit être confidentiel dans chaque procédure individuelle d'homologation pourrait être ajoutée. Il pourrait être précisé que les données fournies par France Télécom, et les résultats techniques des tests resteront confidentiels et que la motivation des décisions ministérielles ne devra pas contenir d'informations relatives aux coûts ou à la stratégie commerciale de France Télécom.

II. - Le projet de lignes directrices pourrait être complété sur certains points

Les insuffisances, constatées dans la procédure actuelle quant au périmètre du service universel et aux modalités de sortie de l'homologation pour les autres services, apparaissent préjudiciables à l'efficacité et à la transparence du contrôle tarifaire, ainsi qu'à la prise en compte des impératifs commerciaux de France Télécom. Or, ces points ne sont pas véritablement traités par le projet de lignes directrices.

A. - LA NÉCESSITÉ DE DÉLIMITER LE PÉRIMÈTRE DU SERVICE UNIVERSEL

Les lignes directrices reconduisent globalement la situation prévalant actuellement, alors que l'expérience de plusieurs années d'exercice de l'homologation a révélé un besoin de clarification du cadre juridique en vigueur.

La définition donnée du service universel a une conséquence immédiate quant au nombre de tarifs soumis à homologation ; elle va aussi déterminer le mode de financement du service universel et la nature de la régulation à réaliser, selon que, pour les prestations qui seront incluses dans le service universel, France Télécom se trouve en situation de monopole, de position dominante ou un opérateur comparable aux autres.

Les articles L. 35 et 35-1 du code des télécommunications créent un service public des télécommunications comprenant le service public de téléphonie, ce dernier consistant dans la fourniture « à tous d'un service téléphonique de qualité et à un prix abordable » sans définir son contenu au-delà de la mention d'un certain nombre de fonctions assurées (raccordement et acheminement des communications, gratuité des numéros d'urgence, renseignement et annuaire des abonnés, desserte nationale en cabines téléphoniques).

Par ailleurs, l'article L. 36-7/5° prévoit une homologation des tarifs de France Télécom relevant du service universel. La nécessaire définition du contenu du service universel, qu'impliquent ces textes, n'est pas intervenue. Au contraire, la pratique suivie par l'administration est de considérer l'ensemble des services au public assurés par France Télécom comme relevant du service universel, avec des conséquences qui semblent contraires à l'esprit de la loi de 1996 qui a instauré la régulation des télécommunications.

En premier lieu, cette interprétation conduit à étendre l'homologation tarifaire préalable à la plus grande partie des services de téléphonie fixe de France Télécom, incluant les options tarifaires (par exemples : lignes supplémentaires, abonnement professionnel, primaliste), les offres promotionnelles (ainsi la réduction du prix des communications nationales à l'occasion de la fête des mères) et les offres expérimentales. Dans certains cas, comme les communications nationales et internationales, les prestations de France Télécom relevant du service universel sont largement concurrencées par les opérateurs alternatifs. Or, la logique profonde de la réforme de droit des télécommunications intervenue en 1996 consiste à introduire la concurrence en vue de faire en sorte que le secteur, d'une manière générale, et sauf exception, se normalise et soit progressivement régi par le droit commun applicable aux

autres activités économiques ; l'objectif final est donc, sauf exception, de laisser les opérateurs fixer librement leurs prix en ne les soumettant qu'à la pression de la concurrence.

La pratique actuelle revient à priver la procédure d'homologation de son caractère évolutif voulu par la loi. L'article L. 36-7/5° distingue, en effet, à côté des tarifs du service universel, un second cas d'homologation préalable. Les services concernés ne sont plus soumis à homologation préalable, dès lors qu'existe une concurrence effective sur le marché en cause. L'application extensive du service universel faite par le régulateur et les ministres restreint le domaine de ce second cas d'homologation à des services accessoires (information sur la facture, présentation du numéro, numéros verts, ...) hormis deux services significatifs (Numéris, transports de données ADSL).

Ainsi, les possibilités de sortie du contrôle préalable des tarifs sont très limitées puisque l'essentiel des tarifs de détail est homologué au titre du service universel et qu'aucune évolution du contrôle exercé à ce titre n'est prévue par la loi. Le contrôle tarifaire de France Télécom devient ainsi largement intangible.

En second lieu, le droit européen, tant actuel (directives 97/33 et 98/10) qu'à venir, avec la directive sur le service universel, retient un contenu du service universel qui concerne un petit nombre de prestations pour un accès basique au téléphone, puisqu'il est défini comme un « *ensemble de services minimal* », sans englober les services à valeur ajoutée fournis sur le réseau téléphonique public fixe. Il donne aux options tarifaires une orientation sociale et non commerciale (par exemple, des tarifs particuliers pour les personnes handicapées).

Enfin, le service universel représente le domaine d'application le plus légitime d'un contrôle tarifaire durable, même une fois la concurrence généralisée. L'efficacité du contrôle de l'administration sur l'exécution d'une telle mission de service public suppose la suppression de toute ambiguïté ou incertitude quant au champ d'application de l'homologation préalable. Il est permis de penser qu'un contrôle sera plus efficace s'il porte sur un nombre limité de services.

L'efficacité de la procédure d'homologation tarifaire existante nécessite de délimiter le périmètre du service universel, au lieu de l'assimiler à l'ensemble de la téléphonie fixe.

Connaître le champ précis du service universel permettra de déterminer par opposition le domaine des autres services, qui doivent être soumis à homologation tarifaire s'il n'existe pas de concurrents sur le marché. Il est dans l'intérêt des consommateurs que France Télécom dispose de la liberté commerciale de répondre aux offres de ses concurrents pour la majorité des services pour lesquels la concurrence est suffisamment intense. S'il n'appartient pas au Conseil de la concurrence de se prononcer sur les services qui devraient ou non relever du service universel, cette décision relevant de considérations politiques et sociales, il lui paraît nécessaire que la réglementation soit complétée par une définition, éventuellement évolutive, des services constituant le service universel.

Le champ de service universel n'a pas nécessairement à être traité de façon homogène au regard des exigences de l'homologation. En théorie, les pouvoirs publics, une fois le champ du service universel défini, devraient, service par service, définir le niveau des « tarifs abordables ». Lorsque les prix spontanément offerts sur le marché, par n'importe quel opérateur, sont inférieurs ou égaux au « prix abordable », dans une région donnée, le rôle de la régulation pourrait se limiter à cette simple vérification. Il serait même envisageable qu'une telle constatation conduise à faire sortir les services ainsi spontanément offerts à un « prix abordable » de champs de service universel, du moins si la situation apparaît suffisamment durable.

En revanche, un strict contrôle tarifaire *a priori* s'impose lorsque les services sont offerts sur le marché à un prix qui, spontanément, est supérieur au niveau estimé « abordable » par les autorités publiques, point qui doit s'analyser à la fois sur le plan national et local.

B. - LA MISE EN ŒUVRE DE LA SORTIE DE L'HOMOLOGATION PRÉVUE PAR LA LOI POUR LES TARIFS NE RELEVANT PAS DU SERVICE UNIVERSEL

Le contrôle tarifaire, hors service universel, n'a pas vocation à rester intangible, la rédaction même de l'article L. 36-7/5° du code des télécommunications donnant un caractère évolutif à ce contrôle en le liant au développement de la concurrence sur les marchés de télécommunications. Les textes offrent ainsi une possibilité de sortir de l'homologation, en étudiant au cas par cas la situation de chaque marché ; en revanche, ils n'indiquent pas de façon précise les critères permettant de décider la fin de l'homologation.

Les lignes directrices, ou éventuellement un texte réglementaire, doivent donc fixer les conditions de mise en œuvre de cette possibilité de sortie de l'homologation tarifaire, en évitant que le dispositif choisi n'aboutisse à la rendre inopérante.

Le projet, soumis au Conseil, propose de subordonner la sortie d'un service du champ de l'homologation tarifaire à des seuils techniques prédéterminés. Un service serait ainsi considéré comme soumis à la concurrence et, donc exclu du contrôle tarifaire, dès lors qu'un double seuil serait atteint par l'ensemble des concurrents de France Télécom : une part de marché de 20 % et la couverture de 10 % de la population ou du territoire.

Les limites inhérentes à l'utilisation de seuils quantitatifs peuvent être rappelées.

L'emploi de seuils extrêmement synthétiques apparaît peu en phase avec l'évolution des marchés des télécommunications, qui se caractérisent par une segmentation croissante de l'offre sous l'influence des changements technologiques et de la multiplication des services proposés ou potentiels. Le double seuil proposé serait apparemment appliqué de façon identique à tous les marchés, sans prendre en considération l'extrême diversité des services offerts, des clientèles visées et des techniques et équipements mis en œuvre.

L'attrait de la simplicité a pour contrepartie une grande rigidité, tenant aux effets du franchissement des seuils et à l'agrégation de l'ensemble des autres opérateurs par opposition à France Télécom. L'offre alternative à celle de France Télécom est le plus souvent d'une grande hétérogénéité, la part de marché de la concurrence pouvant recouvrir une entreprise concurrente ou une dizaine d'opérateurs plus ou moins spécialisés selon le service examiné. Souvent, les opérateurs concurrents de France Télécom sont moins intégrés verticalement ou horizontalement ; ainsi les parts de marchés respectives de l'opérateur historique et de ses concurrents ne donnent-elles qu'une image très déformée de leurs pouvoirs de marchés respectifs.

Par ailleurs, la référence à un seuil d'équipement du territoire pourrait conduire à considérer le marché comme concurrentiel alors qu'une partie considérable des consommateurs demeurerait dans la dépendance totale de France Télécom. En réalité, les méthodes habituelles de définition des marchés conduisent souvent à délimiter des marchés géographiques de taille sensiblement plus petite que celle de l'espace national. Il est donc envisageable que, sur certaines zones, France Télécom soit confrontée à des concurrents alors que, pour les mêmes services mais sur d'autres marchés géographiques, elle demeure en situation de monopole. Dans le secteur des télécommunications, une délimitation régionale, voir locale, des marchés peut répondre à des arguments techniques et économiques : par exemple, la transmission de données à haut débit ne présente assurément pas le même intérêt dans les métropoles et dans les autres zones pour des opérateurs entrants.

Il est vrai que si, en ce qui concerne les prestations du service universel, des tarifs différenciés selon la région ou la localité seraient incompatibles avec le principe d'aménagement et de développement équilibré du territoire posé par la loi, qui impose au contraire un tarif national unique avec une péréquation des recettes géographiques, dans les autres cas, la complexité de règles de contrôle des tarifs (homologation préalable ou liberté tarifaire) qui varieraient suivant la localisation de l'utilisateur ne doit pas être sous-estimée et créerait une incertitude pour les opérateurs alternatifs, toutes deux contradictoires avec l'objectif affiché par les lignes directrices.

Les critères d'analyse des lignes directrices différencieraient, enfin, de celui retenu par les projets de directives communautaires pour lesquels c'est l'existence d'une position dominante qui justifierait l'instauration d'un contrôle tarifaire.

L'éventualité d'une coexistence de deux critères d'analyse (les seuils et l'existence de situation de position dominante) risquerait d'aboutir à des résultats contradictoires pour un même service. Les communications nationales en apportent un exemple : l'application des seuils conduirait à exclure ce marché du champ de l'homologation tarifaire (la dizaine d'opérateurs alternatifs détenant conjointement 30 à 35 % du marché avec une offre accessible à l'ensemble de la population), mais la position occupée par France Télécom reste dominante (l'opérateur contrôlant l'ensemble des 65 % restant du marché) ce qui légitime, au regard du droit européen, un système d'homologation préalable des tarifs. Ce cumul de critères d'analyse apparaît donc peu souhaitable.

L'évolution attendue de l'environnement juridique et les limites inhérentes à l'emploi de seuils pour caractériser une situation de marché amènent à rechercher d'autres critères pour la mise en œuvre de la sortie de l'homologation tarifaire.

L'absence de position dominante de France Télécom sur le marché examiné pourrait constituer un critère naturel de passage à la liberté tarifaire prévu à l'article L. 35-7/5°.

La notion de position dominante, définie par la Cour de justice européenne dans ses arrêts « United Brands » de 1978 et « AKZO Chemie BV » de 1991, se caractérise par le fait qu'une entreprise peut réunir un ensemble de facteurs (part de marché supérieure à celle de tous les autres concurrents, étendue de la gamme, organisation commerciale et technique, faible sensibilité à la conjoncture, capacité d'imposer ses prix) lui permettant de s'abstraire au moins partiellement du jeu naturel de la concurrence.

La notion semblerait donc adaptée comme outil de contrôle tarifaire de France Télécom, en appréciant, au cas par cas, sur cette base, la sortie d'un tarif du régime d'homologation préalable.

Toutefois, son utilisation à l'occasion de chaque demande tarifaire poserait des problèmes ardues tenant à la fragmentation du marché des télécommunications, à la nature immatérielle des produits et au caractère déterminant de l'analyse des technologies utilisées. Par ailleurs, elle risquerait de figer le champ d'application de la procédure d'homologation pour de nombreuses années, France Télécom restant de très loin le principal acteur sur les marchés français de télécommunications : cette société demeurera pour longtemps en position dominante sur un certain nombre de marchés ; cette seule considération pourrait conduire à considérer qu'elle détient aussi une position dominante sur des marchés plus ouverts à la concurrence, compte tenu des moyens dont elle y dispose grâce à la position détenue sur certains marchés clés.

Il serait donc délicat d'utiliser la notion de position dominante pour passer de l'analyse approfondie d'une situation de marché à l'étude ponctuelle de l'effet sur le marché d'une

proposition de tarif d'autant plus que la réalisation du contrôle tarifaire est enfermée dans un délai impératif de trois semaines.

La notion de position dominante s'avère plus appropriée pour la répression des pratiques anticoncurrentielles que comme un outil pour la réalisation d'un contrôle tarifaire préalable de l'opérateur historique.

Compte tenu des objectifs assignés au droit de la régulation des télécommunications, c'est-à-dire l'accompagnement d'une montée en puissance de la concurrence, il semble préférable de rechercher, par la réunion d'un faisceau d'indices, si, sur chaque marché, France Télécom est ou n'est pas soumise à une pression concurrentielle sensible.

Pour éviter les risques d'incertitudes juridiques liés à la souplesse de ce type d'analyse, elle pourrait être mise en œuvre dans des conditions offrant à la fois visibilité et transparence suffisante :

- en premier lieu, la liste des marchés considérés comme suffisamment concurrentiels (et, donc, non soumis à homologation) serait publiée à la fin de chaque année civile ; elle déterminerait le champ de l'homologation tarifaire pour l'année suivante ;
- en second lieu, l'établissement de cette liste par l'autorité de régulation serait précédée par une concertation publique annuelle ne reposant pas sur des critères prédéfinis et permettant donc aux différents acteurs de mettre en avant librement les arguments de nature à démontrer qu'il existe ou non un degré de concurrence suffisant sur chacun des marchés considérés.

L'organisation de l'enquête devrait intégrer une double exigence de caractère contradictoire par l'audition des opérateurs le demandant et de respect de délais impartis conduisant même éventuellement à envisager le recours à un cabinet extérieur pour ne pas retrouver les difficultés rencontrées par l'autorité lors de l'étude réalisée sur le transport de données à haut débit.

La nécessité de mettre en œuvre le caractère évolutif du contrôle tarifaire dans des conditions apportant transparence et sécurité juridique pourrait donner lieu à une enquête annuelle destinée à évaluer le caractère concurrentiel des marchés et à décider, en conséquence, le maintien ou la suppression de la procédure d'homologation pour les tarifs concernés de France Télécom.

L'objet de la procédure d'enquête concurrentielle pourrait aussi être étendu à une mise en œuvre globale de la sortie de l'homologation des tarifs des services hors service universel.

Le libre jeu de la concurrence, en matière de télécommunications, apparaît entravé par des obstacles techniques, sous la forme des infrastructures indispensables aux entreprises concurrentes de France Télécom pour atteindre leur client (les liaisons) ou se raccorder à son site (boucle locale) et donc être simplement en mesure d'exercer leur métier. Il faut d'ailleurs rappeler que l'article L. 35-5 oblige France Télécom dans le cadre du service public des télécommunications à mettre en place une offre de liaisons louées sur tout le territoire national, cette obligation législative n'étant évidemment pas destinée à répondre aux seuls besoins de France Télécom. La Cour d'appel, dans l'arrêt « Héli-Inter » de 1998 et le Conseil dans son avis n° 97-A-09 consacré à RFF de 1997, ont précisé cette notion d'« *infrastructures essentielles* » et leur rôle clé pour l'exercice de la concurrence.

Aujourd'hui encore, France Télécom reste la seule entreprise détenant ces infrastructures (cas de l'accès local) ou les contrôlant en grande partie (l'essentiel des liaisons louées à bas débit et 80 % des liaisons à haut débit) sur la totalité du territoire national. Pour les opérateurs

alternatifs, France Télécom est à la fois le seul fournisseur d'une « matière première » indispensable pour leur propre activité et un exploitant concurrent. L'enjeu est d'autant plus important que la pression de la concurrence s'exerce sur la baisse des prix qui porte exclusivement sur les tarifs de détail, en l'absence, pour les autres opérateurs, d'alternative à France Télécom pour se fournir en services d'interconnexion.

Il existe donc un lien naturel entre le caractère concurrentiel du marché et le libre accès à ces infrastructures, en permettant aux opérateurs alternatifs d'être en mesure de faire une offre commercialement crédible. Les règles juridiques existantes pour les liaisons louées et le dégroupage de la boucle locale n'ont pas suffi, à ce jour, pour conclure à l'existence d'une situation de concurrence effective et véritable.

Une sortie générale de l'homologation des tarifs de détail des services de France Télécom (hors service universel) pourrait ainsi être liée à la constatation de l'existence d'une concurrence effective pour l'accès à la boucle locale et aux liaisons pour tous les opérateurs. Une telle solution s'inscrirait, en outre, dans les orientations de la Commission européenne sur la régulation du secteur des télécommunications, admettant un contrôle des tarifs de détail lorsque les autorités réglementaires nationales estiment que les mesures appliquées aux prix de gros (accès au réseau) ne sont pas suffisantes pour garantir une réelle concurrence et défendre l'intérêt des consommateurs.

L'enquête annuelle pourrait également porter sur une sortie de l'homologation des tarifs de l'ensemble des services hors service universel en fonction de la situation concurrentielle pour l'accès au réseau, probablement en analysant à l'échelle locale les conditions de concurrence. L'évolution dépendrait à la fois des efforts de France Télécom pour rendre plus rapidement concurrentielles les conditions d'accès à la boucle locale et aux liaisons louées et du développement des réseaux des nouveaux opérateurs.

III. - Les autres méthodes propres à assurer un encadrement tarifaire

A. – L'ENCADREMENT PAR LA SEULE MISE EN ŒUVRE DU DROIT DE LA CONCURRENCE APPARAÎT INADAPTÉ AU CONTRÔLE DES TARIFS DU SERVICE UNIVERSEL ET PRÉMATURÉ POUR LES AUTRES TARIFS

L'objectif de l'ouverture d'un secteur à la concurrence est en principe d'aboutir, à terme, à la liberté des prix. L'homologation des tarifs de France Télécom ne peut, dès lors, que constituer une étape intermédiaire vers la réalisation de cet objectif, à l'exception du service universel qui répond à une autre logique.

En dehors, donc, du service universel, à terme, les prix seront fixés librement et les seules contraintes, qui s'imposeront et qui feront l'objet d'une répression *a posteriori* par les autorités de concurrence, seront celles qui sont prévues par le droit de la concurrence, c'est-à-dire la prohibition des ententes et des abus de position dominante.

La première question à se poser est donc celle de savoir si, en matière tarifaire et en dehors d'un service universel au périmètre désormais précisé, il y a lieu de maintenir un encadrement juridique spécifique et asymétrique (en ce sens qu'il ne s'applique qu'à France Télécom) ou si l'heure de la suppression de cet encadrement est venue ou sur le point de venir.

Deux arguments pourraient être avancés en faveur d'une telle « normalisation » de la régulation du secteur :

- les progrès enregistrés depuis 1996 dans le développement de la concurrence ;

- la possibilité de mise en oeuvre du droit de la concurrence à réprimer les abus éventuels que France Télécom pourrait faire de ses positions dominantes résiduelles.

Le cas échéant, compte tenu de la sensibilité et de l'histoire du secteur, la disparition d'un encadrement tarifaire spécifique pourrait s'accompagner du maintien d'une surveillance particulière : l'autorité de régulation serait informée de tous les nouveaux tarifs et pourrait saisir le Conseil de la concurrence en cas de détection d'indices d'entente ou d'abus de position dominante.

Une telle évolution se heurte cependant à certaines objections qui conduisent, pour le moins, à la considérer comme prématurée.

Les opérateurs concurrents de France Télécom soulignent, en effet, qu'un contrôle *a posteriori* serait insuffisant dans l'état actuel du rapport des forces resté très favorable à France Télécom et du degré réalisé d'ouverture à la concurrence des marchés des télécommunications. La seule possibilité d'une action devant le Conseil ne permettrait pas de prévenir des pratiques abusives de la part de France Télécom, étant donné les délais propres à une procédure comparés avec la rapidité de l'innovation technologique et commerciale qui caractérise de ce secteur d'activité.

Ultime argument, les positions détenues par les différents opérateurs pour les principaux services mettent en évidence une prédominance persistante de l'offre de France Télécom.

Il faut en effet constater, après cinq années de libéralisation du secteur, que les positions détenues par France Télécom demeurent extrêmement fortes et que, dans certains domaines, après un bref recul, elles se renforcent. Le tableau suivant, issu de chiffres communiqués par la seule société France Télécom, donne une idée des parts de marchés détenus par cette dernière sur un certain nombre de services de téléphonie fixe :

Estimations de France Télécom sur le volume du trafic en 2000	France Télécom	Ensemble des concurrents
Communications Locales / accès boucle locale	> 90 %	
Communications Nationales	65-70 %	30-35 % - Télé 2 - CEGETEL - 9 Télécom
Communications Internationales	55 %	45 % - Télé 2 - CEGETEL - 9 Télécom
Liaisons Louées	pas d'informations sur le trafic total en France	- Colt - WorldCom - LD Com
Réseaux de données :	71 %	- Colt - WorldCom - LD Com
- > 2 Mbit/s (grandes entreprises)	93 %	
- autres réseaux		

Il faut surtout rappeler que, par son quasi monopole sur la boucle locale et sur les liaisons louées, France Télécom détient des infrastructures qui, en première analyse et sous réserve de ce que pourrait révéler une instruction contradictoire, paraissent présenter le caractère d'« infrastructures essentielles » ; or, le droit de la concurrence impose aux détenteurs d'infrastructures essentielles des obligations qui vont au-delà de celles qui sont imposées, d'une manière générale, aux entreprises en position dominante. Ces obligations portent,

notamment, sur l'accès non-discriminatoire et à des conditions orientées vers les coûts, conditions qui peuvent être vérifiées par l'absence d'effets de ciseau tarifaire entre les coûts et les tarifs de détail.

La vérification, *a posteriori* dans le cadre de la procédure contentieuse par le Conseil de la concurrence de ce que France Télécom n'abuserait pas de sa position dominante par le biais de ses politiques tarifaires et notamment par la mise en œuvre d'effets de ciseau, est une technique qui, dans le contexte actuel du secteur, connaît certaines limites :

- l'opérateur dominant est, lui-même, dans l'incertitude tant que la jurisprudence n'est pas fixée ;
- les questions théoriques quant à ce qu'est un prix abusif, de la part d'un opérateur dominant, sont très complexes ; aussi, d'un simple point de vue doctrinal, dès lors qu'on estime nécessaire d'exercer un contrôle sur une entreprise dont la position dominante est historique, forte et durable, n'est-il pas évident de s'appuyer, par ce contrôle, sur le seul droit de la concurrence ; le nombre de litiges où une analyse approfondie sera nécessaire risque en effet d'être très élevé.

En conclusion, le Conseil considère qu'il est opportun de maintenir pour le moment un contrôle des tarifs de France Télécom reposant sur des règles spécifiques, proches, autant que possible, de celles du droit de la concurrence, mais d'une mise en œuvre moins élaborée et, donc, plus rapide. Ultérieurement, la disparition d'un tel contrôle devrait être possible, sans que cela supprime d'ailleurs, en tout état de cause, la nécessité de contrôler les tarifs de service universel.

Ainsi, si la suppression de tout contrôle tarifaire en dehors du service universel doit rester l'objectif constant d'une politique d'ouverture à la concurrence d'un secteur, elle apparaît encore, à ce jour, pour une grande partie du marché, prématurée.

B. – LE PASSAGE À D'AUTRES FORMES DE CONTRÔLE TARIFAIRE DE LA PART DU RÉGULATEUR

D'autres formes de contrôle tarifaire que celui qui est actuellement pratiqué existent et pourraient être envisagées ; il s'agit surtout du passage à un contrôle *a posteriori* ou de l'encadrement tarifaire.

Un contrôle *a posteriori*, dans le cadre d'une régulation tarifaire maintenue, consisterait à remplacer l'homologation préalable par la simple obligation pour France Télécom d'informer le régulateur de ses nouveaux tarifs, ceux-ci entrant en vigueur sans autre formalité. L'autorité de régulation exercerait alors un contrôle *a posteriori*, sur la base, non du droit de la concurrence au sens strict, mais d'un droit de la régulation asymétrique fortement inspiré, dans ses concepts, de droit de la concurrence. Les avantages d'un tel contrôle *a posteriori* méritent d'être rappelés :

- l'autorité de régulation peut choisir les tarifs qu'elle entend étudier en détail et consacrer à leur contrôle le temps et les ressources nécessaires ;
- l'entreprise, soumise au contrôle, peut adapter sa politique tarifaire aux besoins de marchés de façon beaucoup plus rapide.

Une expérience à une échelle réduite de ce mode de contrôle existe déjà dans le régime actuel, les services concernés (cas des cartes France Télécom, messageries vocales, infofacture, ...) étant toutefois accessoires par rapport au cœur du marché des télécommunications.

L'extension du champ du contrôle *a posteriori* pourrait s'effectuer de deux manières, ponctuellement marché par marché en appliquant l'actuel article L. 35-7/5°, ou de façon générale en révisant la loi de 1996.

Cette hypothèse d'une généralisation d'un contrôle tarifaire *a posteriori* doit cependant être conciliée avec la volonté parallèle du législateur tant national, la protection des nouveaux entrants d'éventuelles pratiques abusives de l'opérateur historique étant un objectif de la loi de 1996, qu'europpéen, les directives à venir reconnaissant le besoin d'imposer des obligations *ex ante* dans certaines circonstances afin de garantir le développement d'un marché concurrentiel. Or, comme l'ont souligné les opérateurs interrogés par le rapporteur, le contrôle *a posteriori* ne les garantit pas contre des pratiques dangereuses pour la concurrence dont les effets peuvent être considérables dès les premiers jours de lancement d'un nouveau tarif, l'intervention du régulateur étant alors trop tardive pour réparer le mal.

Le passage à un contrôle tarifaire *a posteriori* n'apparaît donc pas souhaitable à ce stade ; on peut penser d'ailleurs qu'il ne le sera jamais car lorsque le contrôle *a priori* ne sera plus indispensable, c'est sans doute la régulation tarifaire elle-même, hors service universel, qui pourra être abandonnée, le droit de la concurrence suffisant à assurer le fonctionnement normal du marché.

L'encadrement consiste à définir un panier de services jugés représentatifs de la consommation de services téléphoniques et à fixer une limite à l'évolution du prix de ce panier sur une base pluriannuelle. Le panier de services peut être unique ou distinguer l'usage résidentiel du téléphone et les services destinés aux professionnels et aux entreprises. L'évolution attendue du prix de ce panier est appréciée par rapport à l'indice général des prix à la consommation.

L'encadrement tarifaire peut se limiter à un taux maximum d'évolution des tarifs, mais la concurrence sur les services de détail s'exerçant sur la baisse des prix, l'enjeu devient moins d'éviter des prix trop élevés pour le consommateur que des pratiques de prix trop bas de la part de l'opérateur historique destinées à freiner le développement des nouveaux opérateurs. L'intérêt d'encadrer l'évolution des tarifs à la hausse et à la baisse apparaît donc réel.

Un encadrement tarifaire apparaît plus souple que l'homologation de tarifs individuels, en accordant plus de responsabilité à l'opérateur et en ne reposant pas pour le contrôle des tarifs sur une évaluation des coûts comptables des services considérés.

En contrepartie, il présente l'inconvénient pour l'autorité de régulation de maîtriser difficilement les éventuelles péréquations entre tarifs au sein du panier défini susceptibles de fausser la concurrence, l'offre de France Télécom étant par nature la plus large disponible sur le marché.

Cet outil pourrait constituer une forme de régulation alternative à l'homologation préalable actuelle, en présentant une plus grande flexibilité d'emploi pour le régulateur et un caractère moins contraignant pour France Télécom.

Une variante possible de l'encadrement tarifaire serait d'établir un lien entre les coûts d'interconnexion et les tarifs de détail. En réglementant l'interconnexion, la loi a entendu assurer aux opérateurs concurrents de France Télécom un accès au réseau dans des conditions techniques et financières identiques à celles de France Télécom pour ses propres offres. N'importe quel service de détail conduisant à une utilisation du réseau, son prix de vente devient ainsi un multiple des coûts de connexion (accès local et liaison) supportés par l'opérateur pour rendre le service. Le contrôle tarifaire pourrait dès lors consister à encadrer le montant ajouté aux coûts de connexion pour aboutir au prix de vente au détail d'un service.

La finalité de ce dispositif est d'éviter les pratiques de tarifs prédateurs, de prix anormalement bas ou de subventions croisées de la part de l'opérateur dominant.

L'inconvénient de cette méthode de régulation tarifaire est de fixer un taux de marge arbitraire puisque les pouvoirs publics n'auront jamais une connaissance des conditions d'exploitation de l'activité équivalente à celle de l'entreprise et de ses dirigeants. Elle se rapproche, par ailleurs, de l'application d'un taux de rentabilité administré, avec en arrière plan le choix des investissements à réaliser qui ne devrait relever que du seul opérateur.

Un tel mode de contrôle tarifaire aurait donc plus vocation à être un outil complémentaire ou d'application temporaire, par exemple, pour les tarifs de nouveaux services lancés sur le marché où les informations à la disposition du régulateur pour l'exercice du contrôle sont par nature très restreintes.

C. - LA TENUE D'UNE COMPTABILITÉ SÉPARÉE POUR LE RÉSEAU D'INFRASTRUCTURES

L'utilité d'une séparation comptable entre les infrastructures de réseau et les autres activités de France Télécom est double : rendre plus aisé et plus efficace le contrôle des éventuelles pratiques anticoncurrentielles de l'opérateur dominant et assurer une meilleure égalité des conditions de concurrence entre les entreprises.

L'instruction d'une demande tarifaire de France Télécom repose sur la comptabilité de l'opérateur pour la détermination des coûts de production du service en cause. Or, France Télécom garde la maîtrise des informations communiquées et leur mode d'obtention, sachant que le système comptable de l'entreprise n'a pas été conçu pour satisfaire un besoin de contrôle tarifaire par la puissance publique, même s'il fait régulièrement l'objet d'audits diligents par l'ART. Aujourd'hui, le régulateur est conduit à apprécier la vérité et la sincérité des prix de cession interne communiqués par France Télécom, ce qui est une tâche difficile et complexe.

La séparation comptable répond au constat que devraient durablement coexister, au sein de France Télécom, des activités où l'entreprise resterait en situation de monopole (une grande partie du réseau) et une activité d'exploitant commercial exercée concurrentiellement par l'opérateur public et de nombreuses autres entreprises. Une duplication du réseau et des accès terminaux de l'opérateur historique par ses concurrents apparaît en effet exclue, même à long terme, faute de sens économique de tels investissements, au moins pour les installations desservant les clientèles de particuliers et de professionnels-PME. Pour les opérateurs alternatifs, France Télécom est à la fois une entreprise concurrente et un fournisseur incontournable de services de base (liaisons et raccordement au client) entrant dans la composition de leur propre offre.

En outre, le fait pour une entreprise d'être seule à détenir un réseau global, couvrant l'intégralité du territoire et l'ensemble des clientèles (particuliers, professionnels, grandes entreprises), représente un avantage comparatif important par rapport à ses concurrents.

Dans ce contexte, la connaissance précise des coûts des services indispensables aux opérateurs concurrents pour bâtir leur propre offre (accès au réseau) est déterminante. L'efficacité du contrôle tarifaire actuel et le libre jeu de la concurrence serait ainsi renforcée si le fonctionnement du réseau faisait l'objet d'une individualisation comptable.

L'organisation du secteur de l'électricité a retenu cette séparation comptable au sein d'EDF pour le réseau de transport d'électricité. En comparaison, les obligations actuelles de France Télécom se limitent à la tenue d'une comptabilité analytique pour quatre activités (liaisons louées, interconnexion, communications, abonnement). La seule capacité d'analyser les coûts

entrant dans la détermination d'un prix de vente reste très en deçà des avantages procurés par une gestion comptablement autonome et apporte une information beaucoup plus limitée, en particulier, parce que les conditions de financement de l'activité ne sont pas prises en considération.

Le Conseil de la concurrence a ainsi préconisé à maintes reprises (notamment dans ses avis relatifs au SERNAM de 1995, à La Poste de 1996, à France Télécom en 1996 et 1998 ou à EDF en 1998 et 2000) la nécessité d'une séparation claire des comptes entre les activités d'intérêt général et celles ouvertes à la concurrence, comme condition minimale afin d'assurer un bon fonctionnement de la concurrence et le contrôle du respect de ses règles.

La même orientation inspire une récente recommandation de l'OCDE aux Etats membres relative à « *la séparation structurelle dans les secteurs réglementés* ».

La séparation comptable devrait permettre de vérifier que sont identiques les conditions techniques et financières d'accès au réseau (liaisons et boucle locale) pour toutes les offres commerciales proposées au client final, quel que soit l'exploitant. La tenue d'une comptabilité distincte par activité, avec bilans et comptes de résultats indépendants, contribuerait à la prévention des pratiques de subventions croisées entre activités, de prix prédateurs, ou de renchérissement artificiel du coût d'accès au marché pour de nouveaux opérateurs, et faciliterait la vérification de l'absence de telles pratiques en cas de contentieux.

*

En réponse à la saisine du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie sur le projet de lignes directrices relatives à l'homologation des tarifs de France Télécom et plus généralement sur l'exercice d'un contrôle tarifaire de l'opérateur historique de télécommunications, le Conseil est donc d'avis de formuler les recommandations suivantes :

1. Le maintien d'un contrôle *a priori* des prix pratiqués par France Télécom sur les marchés où la concurrence est peu intense

Le secteur des télécommunications ne connaît pas une concurrence suffisante pour que l'on puisse, sans risque, renoncer dans l'immédiat à une réglementation des prix de détail pratiqués par l'opérateur historique.

2. L'organisation de la procédure d'homologation

L'effort de transparence entrepris par les lignes directrices devrait être complété par la publication des lignes directrices elles-mêmes, l'encadrement du délai de suspension de l'instruction des demandes, la publication des motifs des décisions des ministres, et celle des demandes tarifaires de France Télécom donnant lieu à décision tacite.

Concernant l'instruction des demandes tarifaires de France Télécom, seules pourraient être rendues publiques les méthodes d'analyse afin de répondre aux exigences des opérateurs de transparence et de compréhension quant aux choix effectués par le régulateur. Une présentation exhaustive de la démarche d'analyse conduite devrait envisager des critères de contrôle mieux adaptés que les tests concurrentiels pour les tarifs du service universel.

3. L'homologation des tarifs du service universel

Les services relevant du service universel devraient faire l'objet d'un traitement distinct des autres services de téléphonie fixe. Ce postulat est en accord avec les textes, la loi n'ayant pas donné au contrôle tarifaire des services relevant du service universel un caractère évolutif à la différence du contrôle des tarifs des autres services. Le service universel se caractérise, de plus, par la nature de la mission assurée par France Télécom pour le compte des pouvoirs

publics, la finalité poursuivie dans sa mise en œuvre et le rôle rempli à l'égard des utilisateurs.

Il en découle le besoin de disposer d'un contenu précis quant aux services de téléphonie fixe relevant du service universel, afin d'assurer l'efficacité de la procédure d'homologation.

Les critères de contrôle devraient être en phase avec les objectifs d'un service universel de téléphonie fixe : garantir l'accès au téléphone pour les populations à revenus modestes et la couverture téléphonique de l'ensemble du territoire national.

4. Les autres services définis comme l'ensemble des prestations n'entrant pas dans le cadre du service universel et soumis aujourd'hui à homologation tarifaire

La possibilité d'une évolution progressive et, au cas par cas, du contrôle tarifaire appliqué à France Télécom prévue par les textes devrait être systématiquement exploitée ;

L'utilisation d'un double seuil descriptif de la situation de la concurrence sur un marché donné pour décider du passage à la liberté tarifaire ne semble plus adaptée à des marchés des télécommunications devenus multiples, différenciés et caractérisés par la technologie employée.

Une solution conciliant des délais d'exécution préfixés, une possibilité de réitération fréquente et un caractère contradictoire minimal est attendue par les opérateurs, lorsqu'il s'agit de décider du maintien ou de la suppression du contrôle tarifaire applicable à un service. Ces considérations conduisent à préconiser une évaluation annuelle de la situation concurrentielle sur les principaux marchés prenant la forme d'une enquête réalisée sous l'égide de l'ART, par un cabinet indépendant avec consultation des opérateurs et dans le cadre de délais déterminés.

Le recours à une enquête sur la situation de la concurrence pourrait également prendre un caractère plus général, en décidant d'une sortie globale de l'homologation tarifaire. Dans cette hypothèse, un lien pourrait être établi entre le constat d'un accès aux infrastructures essentielles constituées par les liaisons loués et la boucle locale dans des conditions techniques et financières concurrentielles pour tous les opérateurs et une sortie généralisée de l'homologation tarifaire préalable des services de France Télécom (hors service universel).

5. Parallèlement aux améliorations susceptibles d'être apportées au régime d'homologation tarifaire actuel, le contrôle exercé sur France Télécom pourrait évoluer en recourant à des techniques d'encadrement tarifaire ou à des mesures structurelles

L'encadrement tarifaire constituerait une alternative à l'homologation préalable de chaque tarif pris individuellement, en privilégiant plutôt qu'un niveau de prix de vente la diffusion dans l'économie des progrès techniques et de productivité du secteur de télécommunications à des conditions de coût favorables pour les consommateurs et les entreprises.

Ces techniques d'encadrement tarifaire ne sont pas exclusives de la mesure plus structurelle que constituerait une séparation comptable des activités de gestion du réseau et d'exploitation commerciale au sein de l'entreprise France Télécom. Cette solution a été régulièrement recommandée par le Conseil dans le cas d'entreprises publiques conjuguant activités en monopole et activités concurrentielles, car elle permet de conforter le libre jeu de la concurrence, tous les exploitants supportant alors les mêmes coûts d'utilisation du réseau pour bâtir leur propre offre commerciale, et facilite le contrôle du régulateur et du Conseil en cas de pratiques abusives de l'opérateur dominant.

Délibéré sur le rapport de M. Debrock, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, M. Nasse et M, vice-présidents, Mme Boutard-Labarde, Mme Flüry-Herard, M. Charrière-Bournazel, M. Ripotot et M. Robin, membres.

Le rapporteur général,
Patrick Hubert

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

© Conseil de la concurrence