



Avis n° 04-A-15 du 28 juillet 2004 relatif à la convention-type « Département innovant » de France Telecom

Le Conseil de la concurrence (section III B),

Vu la lettre du 30 avril 2004, enregistrée sous le numéro 04/0023 A, par laquelle le président de l'Autorité de Régulation des Télécommunications a saisi le Conseil d'une demande d'avis en application de l'article L.36-10 du code des postes et télécommunications ;

Vu le Livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 02-689 du 30 avril 2002 fixant ses conditions d'application ;

Vu le code général des collectivités territoriales, notamment ses dispositions introduites par la loi n° 04-575 du 26 juin 2004 sur l'économie numérique ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du gouvernement, les représentants de France Telecom, de Neuf Telecom et du département de l'Oise, entendus lors de la séance du 6 juillet 2004 ;

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

1. Un certain nombre de présidents de Conseils Généraux ont sollicité de l'Autorité de Régulation des Télécommunications (ART) une analyse juridique de la convention-type « *Département innovant* », lancée par la société France Telecom en janvier 2004 et dont l'objet est d'établir un partenariat entre France Telecom et un département pour développer sur son territoire la couverture internet haut débit par la technologie ADSL.
2. Dans un communiqué de presse du 5 avril, France Telecom a annoncé qu'au cours du trimestre écoulé, 50 départements avaient signé une telle convention. Devant l'ampleur prise par cette opération, l'ART a sollicité l'avis du Conseil de la concurrence au regard du droit de la concurrence, de celui applicable aux collectivités territoriales et du code des marchés publics.
3. Dans le cadre de l'instruction du présent avis, le directeur des affaires publiques de France Telecom a fait parvenir au Conseil, le 26 mai 2004, le modèle de convention « *département innovant* » que France Telecom propose aux Conseils Généraux. Mais, à la demande du rapporteur tendant à pouvoir disposer de quelques exemples de conventions

déjà signées, la société France Telecom a, le 14 juin 2004, opposé un refus motivé de la manière suivante : « *France Telecom, qui veille à ce que cette démarche et en particulier la teneur des partenariats avec les départements soient largement connues, ne souhaite pas pour autant que ces conventions soient communiquées à des tiers. Il s'agit là d'une question de principe qui vaut pour les conventions « département innovant » comme pour tout document contractuel ou pour les documents internes à l'entreprise* ». France Telecom a, toutefois, proposé au rapporteur de « *venir consulter en ses locaux quelques conventions « département innovant » conclues au cours des mois et semaines passées avec différents départements* ». Le rapporteur a donné suite à cette proposition et a pu consulter dans les locaux de France Telecom quatre contrats : Cantal, Côte d'Or, Savoie, Deux-Sèvres.

4. Le Conseil est, en conséquence, appelé à rendre un avis sur un document ayant une simple valeur indicative pour l'établissement des conventions individuelles qui sont signées avec les départements, et dont le contenu effectif est susceptible de s'écarter du document type. Il observe que la position adoptée par France Telecom ne se justifie pas eu égard au fait que les documents versés au dossier d'instruction de la demande d'avis devant le Conseil sont couverts par le secret professionnel.

I - Le contexte de la démarche partenariat « Département innovant ».

5. Les conventions « *Département innovant* » signées entre les conseils généraux et France Telecom doivent respecter les règles du droit de la concurrence, l'article L.410-1 du code du commerce prévoyant expressément l'application de ces règles aux personnes publiques dès lors que les actes de ces dernières sont susceptibles d'affecter une activité de production, de distribution ou de services, en l'occurrence le marché de la desserte haut débit. Les éventuelles pratiques en matière d'entente (article L.420-1) ou d'abus de position de dominante (article L.420-2) pourraient ainsi être invoquées devant le Conseil de la concurrence. Elle pourraient aussi être soumises au juge administratif au titre du contrôle de la légalité des actes administratifs, en application de la jurisprudence du Conseil d'Etat (*société Million et Marais*, 1997).
6. La loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 sur l'économie numérique a ajouté au code des collectivités territoriales un article L.1425-1, qui donne aux collectivités territoriales une nouvelle compétence pour créer, exploiter ou mettre à la disposition d'opérateurs des réseaux publics locaux de télécommunications et pour fournir des services aux utilisateurs finaux.
7. La convention-type relève donc du domaine de l'intervention économique de ces collectivités, marqué par les principes de neutralité vis-à-vis des opérateurs privés et de mise en concurrence préalable pour tous les marchés, concessions ou délégations faisant intervenir un opérateur privé.
8. Mais le respect de ces principes est difficile à apprécier à partir de la convention-type qui, bien qu'elle se présente sous une forme contractuelle, ne définit pas pour autant de manière précise les droits et les obligations des parties signataires. Elle prend l'aspect d'une simple déclaration d'intention des parties : France Telecom rappelant son calendrier de mise en place de l'ADSL dans ses répartiteurs et les efforts supplémentaires qu'elle pourrait envisager, le département énonçant ses propres priorités pour l'équipement ADSL de son territoire.
9. Sous réserve que les conventions signées soient plus précises que la convention-type, on peut considérer que la démarche générale de partenariat qui en constitue l'objet devrait,

pour accéder à une certaine réalité économique, être prolongée par un engagement opérationnel du département ce qui conduirait à analyser la convention « *département innovant* » comme la phase préparatoire d'une commande publique ultérieure. Une vigilance particulière est ainsi souhaitable de la part des départements signataires, afin d'anticiper, lors du déroulement de leur partenariat avec France Telecom, la prise en compte des principes de transparence, de libre accès et d'égalité de traitement des candidats, qui, d'une manière générale, régissent la commande publique.

10. Les collectivités territoriales doivent également tenir compte de la situation de position dominante détenue par France Telecom sur la boucle locale, reliant l'utilisateur aux réseaux de télécommunications, pour déterminer les conditions de leur intervention.
11. Au regard du droit de la concurrence, la jurisprudence nationale comme européenne demande aux autorités publiques d'intégrer dans leurs interventions les risques de comportements abusifs d'une entreprise partenaire en position dominante : « *Est prohibée, notamment, en vertu de l'article 8 [L.420-2], l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprise d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci ; (...) qu'il résulte de ces dispositions que si le contrat par lequel une commune a concédé à une entreprise le service extérieur des pompes funèbres ne saurait être utilement critiqué à raison du droit exclusif d'exploitation du service public conféré à cette entreprise en vertu de l'article L. 362-1 précité du code des communes, les clauses de ce contrat ne peuvent légalement avoir pour effet de placer l'entreprise dans une situation où elle contreviendrait aux prescriptions susmentionnées de l'article 8* » (arrêt *société Million et Marais*, précité).
12. Il convient de noter que le moyen principal d'accès à la boucle locale pour un opérateur souhaitant proposer sa propre offre haut débit est le dégroupage, que, malgré une croissance rapide au cours de ces derniers mois, le nombre de lignes téléphoniques actuellement équipées est encore très limité (659 212 lignes dégroupées pour un total de 33,9 millions de lignes au 14 juin 2004), et surtout, que le dégroupage ne concerne que les villes ou les zones d'activité économique importantes et non la plupart des territoires couverts par les conventions « *Département innovant* » déjà signées.

II – Analyse de la convention-type « *Département innovant* ».

13. Sur la base de la convention-type communiquée, des observations doivent être formulées sur trois points principaux : la présence de dispositions contradictoires dans le texte examiné, les conditions d'échange d'informations dans le cadre du partenariat entre France Telecom et un conseil général, et le respect de l'égalité des candidats pour l'accès à la commande publique.

Des dispositions contradictoires

14. La convention-type soumise au Conseil comporte 13 articles organisant le partenariat avec France Telecom autour de quatre axes d'action : le rappel du programme ADSL local existant de France Telecom (article 3), les extensions supplémentaires envisageables par l'opérateur (article 4), l'étude de la desserte des zones prioritaires pour le département (article 5) et la promotion de l'utilisation du haut débit par la collectivité (article 6).
15. Le préambule proclame que la mise en œuvre de ces actions ne conférera aucune exclusivité ni privilège en matière d'informations, de promotion et d'aides financières en

faveur de France Telecom. Toutefois, d'autres dispositions de la convention paraissent être en contradiction avec ces principes.

16. Ainsi, si l'existence d'une convention « *Département innovant* » est rendue publique, son contenu ne l'est pas, ni les actions engagées en application de ladite convention (article 7). Le caractère « *ouvert et non exclusif* » de l'étude par les deux parties des besoins et des projets du département (article 5) est à rapprocher de la clause de confidentialité générale portant sur tous les documents, informations et données issus du partenariat qui figure à l'article 13.
17. Le comité de pilotage du partenariat, qui sera le lieu des échanges découlant de ce partenariat, est, en principe, ouvert aux autres opérateurs, mais sous réserve de l'accord de France Telecom (article 9). De toute manière, ces opérateurs, n'étant pas parties à la convention ne peuvent se prévaloir d'aucun droit particulier dans ce domaine.
18. Le département assure la promotion à des fins d'intérêt général de l'usage de l'internet haut débit (article 6) ; cette promotion devrait être dissociée des produits et du réseau commercial de France Telecom, mais la convention règle par ailleurs, dans le détail, l'utilisation des marques et logos de France Telecom (article 8).
19. Au vu de ce qui précède, il est impossible de savoir si les clauses de confidentialité sont de pure forme ou si, au contraire, ces clauses doivent être considérées comme des éléments déterminants de la mise en œuvre du partenariat.
20. En tout état de cause, les départements signataires devront s'assurer que leur partenariat fonctionne effectivement dans le respect des principes d'ouverture à la concurrence, de neutralité et d'absence d'exclusivité pour France Telecom, affirmés dans le préambule de la convention-type.

Les conditions de collecte et d'échange d'information dans le cadre de la convention-type

21. La collecte et l'échange d'informations en matière de haut débit portant sur les besoins des habitants et des entreprises, sur les zones à desservir en priorité, sur la définition des solutions techniques les mieux adaptées, (articles 2, 4 et 5 de la convention-type), figurent parmi les objectifs du partenariat entre France Telecom et le département. Ces informations peuvent être analysées comme les éléments essentiels de définition du marché de l'internet haut débit dans le département, et correspondent à des coûts d'approche commerciale qu'un opérateur devrait supporter pour établir son offre. La participation de la collectivité publique permet de réduire ces coûts, avec un impact sur l'équilibre financier de l'opération, qui sera d'autant plus significatif que l'attractivité économique du territoire concerné est limitée.
22. Un partenariat « *Département innovant* » pourrait donc avoir des conséquences sur le jeu local de la concurrence ; il est donc souhaitable que les informations sur la demande obtenues des départements soient disponibles pour tout opérateur intéressé dans le même délai.
23. Le préambule de la convention-type prévoit de rendre publiques les informations propriété du département, mais cet engagement est à rapprocher de la clause générale de confidentialité conçue en des termes extrêmement larges figurant à l'article 13 de la convention.
24. Le jeu de cette clause est particulièrement contraignant, tant par son champ d'application, couvrant « *tous les documents (y compris la présente convention), les informations et données qu'elles échangeront dans le cadre de ce partenariat* », que par sa durée, prévue

pour « toute la durée de la convention et pour les trois années suivant son expiration » soit six années au total, et par les conditions de sa levée, subordonnée à l'accord préalable et écrit des signataires.

25. Ainsi, sans préjuger du comportement de France Telecom, la clause générale de confidentialité régissant le partenariat constitue une entrave forte à la publicité de l'activité réalisée dans ce cadre, à laquelle vient s'ajouter la nécessité d'un accord préalable de l'opérateur pour la participation des tiers aux travaux du comité de pilotage.
26. De surcroît, le possible avantage conféré à France Telecom par les conventions « *Département innovant* » est à rapprocher du déséquilibre existant déjà dans les conditions de concurrence, du fait de la maîtrise dont dispose l'opérateur historique sur la boucle locale, de l'importance du réseau déployé, d'une présence commerciale locale sans équivalent, de la notoriété et de la valeur de référence de ses marques auprès des élus et des utilisateurs.
27. Le risque pourrait ainsi exister que le fonctionnement concurrentiel du marché local de l'accès et des services internet haut débit soit affecté par une confusion des rôles entre la mission d'intérêt général de développement économique de son territoire par le département et les intérêts de France Telecom, entreprise commerciale, ainsi que par la connaissance privilégiée et confidentielle du marché local obtenue par France Telecom avec l'aide d'une collectivité publique
28. Le Conseil préconise, en conséquence, de modifier la convention-type, en précisant que la clause de confidentialité instaurée par l'article 13 ne s'applique pas aux informations relatives à la demande et aux marchés locaux fournies par les départements dans le cadre du partenariat.

L'égalité d'accès des candidats à la commande publique

29. Par ailleurs, un département signataire d'une convention « *Département innovant* » pourra lancer ultérieurement un appel d'offres pour la réalisation de certaines infrastructures ou la prestation de certains services. Dans cette hypothèse, la convention pose problème dans trois domaines : l'égalité des conditions de concurrence entre les opérateurs concernant les informations obtenues par France Telecom, la définition du cahier des charges de l'appel d'offres, et les conditions d'octroi d'éventuelles subventions.
30. En premier lieu, au vu des ambiguïtés relevées ci-dessus de la convention-type et des incertitudes qu'elle crée ainsi quant à ses modalités de mise en œuvre, il ne peut être exclu que la convention « *Département innovant* » apporte au seul opérateur France Telecom une connaissance privilégiée et anticipée du besoin local à couvrir et des projets d'équipement du département, aux dépens des autres candidats à un appel d'offres départemental ultérieur.
31. Les principes d'égalité d'accès et de traitement des candidats à la commande publique ne seraient pas respectés, avec le risque pour la collectivité d'être privée de l'amélioration des offres escomptée d'une mise en concurrence et d'encourir l'annulation de la procédure ou des sanctions devant le juge administratif ou le Conseil de la concurrence.
32. En second lieu, le même risque existe en ce qui concerne l'élaboration du cahier des charges de l'appel d'offres, avec l'éventualité que France Telecom ait la capacité d'influencer en amont la définition du besoin à satisfaire, la solution technique y

répondant et la complémentarité avec son propre réseau, grâce au partenariat établi avec le département.

33. Dans un contexte similaire, la Commission de la concurrence avait mis en garde les pouvoirs publics sur de possibles atteintes au libre exercice de la concurrence : « *Considérant que le groupe Schlumberger disposait d'une position dominante (...) Considérant, en second lieu, que toujours dans le but d'éliminer le jeu de la concurrence dans les marchés des collectivités locales, les dirigeants des entreprises du groupe Schlumberger se sont également efforcés d'intervenir dans la rédaction des cahiers des charges établis par les acheteurs; qu'il résulte de l'instruction que si les dirigeants en cause ont entendu mettre leurs connaissances techniques au service des collectivités acheteuses, ils ont également agi de manière à faire insérer des spécifications techniques propres à leurs produits; que la pratique a eu pour objet et a pu avoir pour effet d'éliminer des concurrents potentiels* » (avis du 14 juin 1979, concernant le marché des compteurs d'eau).
34. Par ailleurs, lorsque les textes en matière de commande publique autorisent la collectivité à définir conjointement son besoin avec un ou plusieurs prestataires potentiels, cette phase de discussion est obligatoirement précédée d'un appel à la concurrence préalable ; il en est ainsi pour les procédures de dialogue compétitif ou de marché de définition (articles 36 et 73 du code des marchés), la délégation de service public (article L.1411-1 du code des collectivités territoriales), ou le contrat de partenariat public-privé (article L.1414-3). Or, dans le cas de la démarche « *Département innovant* », la mise en place du partenariat ne donne pas lieu à appel à la concurrence.
35. Enfin, la possibilité qu'un partenariat « *Département innovant* » conduise à l'octroi de subventions par le conseil général n'est abordée que de manière allusive à l'article 4 de la convention-type. Le préambule renvoie aux règles générales encadrant les interventions économiques des collectivités (absence de finalité commerciale, poursuite de l'intérêt général, principes issus de la liberté du commerce et de l'industrie, respect des règles communautaires). Au cas particulier des interventions dans le domaine des télécommunications, le recours à des subventions est expressément admis par l'article L.1425-1, mais celui-ci en délimite strictement le champ possible : « *compenser des obligations de service public par des subventions accordées dans le cadre d'une délégation de service public ou d'un marché public* ».
36. Cette disposition, inspirée des règles posées en droit de la concurrence par la Cour de justice des communautés européennes dans son arrêt « *Altmark* » de 2003, mériterait d'être reprise par un article spécifique dans la convention-type.

Conclusion

37. Sur la base du texte transmis par l'ART, objet de la saisine pour avis, le Conseil considère que la convention-type « *Département innovant* » n'apparaît pas susceptible, par elle-même, de recevoir une qualification au regard des règles de la concurrence, la portée de ce constat étant toutefois limitée par le fait que le Conseil n'a pas eu connaissance de l'ensemble des conventions signées.
38. Or, le Conseil a relevé dans cette convention-type un certain nombre d'ambiguïtés qui conduisent à des incertitudes quant à ses modalités de mise en œuvre. Il suggère donc plusieurs recommandations afin de prendre en compte, d'une part, la situation de position

dominante de France Telecom sur la boucle locale, dont l'accès est indispensable pour commercialiser des raccordements haut débit ADSL, et, d'autre part, le fait que les informations sur la demande locale sont obtenues avec l'aide d'une collectivité publique.

39. Le texte de la convention-type devrait ainsi être modifié ou complété sur les points suivants :
- l'ensemble des informations relatives à la demande locale fournis par les conseils généraux et recueillies dans le cadre du partenariat devrait être exclu de l'engagement de confidentialité prévu à l'article 13,
 - le caractère public et accessible de ces informations dans le même délai que celui réservé à France Telecom devrait être assuré pour les autres opérateurs,
 - la délimitation du champ d'attribution d'éventuelles subventions publiques à France Telecom justifie un renvoi explicite aux règles posées en la matière à l'article L.1425-1 du code des collectivités territoriales.
40. Par ailleurs, le Conseil appelle l'attention des collectivités sur les conséquences juridiques de la signature d'une convention de partenariat avec France Telecom suivie, dans un second temps, du lancement d'un appel d'offres en matière de télécommunications locales. Les informations obtenues par France Telecom ne devront pas conduire à une rupture d'égalité entre les candidats à la commande publique, ni mettre cette entreprise en situation d'abuser de sa position dominante au sens de l'article 82 du Traité CE ou de l'article L. 420-2 du code de commerce.
41. Enfin, la complexité et le caractère novateur du sujet traité pour les collectivités rendent souhaitables que la plus large information soit donnée aux élus et aux fonctionnaires territoriaux sur l'analyse concurrentielle du partenariat « *Département innovant* » formulée dans le présent avis.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Debrock, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel et MM. Jenny et Nasse, vice-présidents, Mmes Aubert et Perrot ainsi que MM. Charrière-Bournazel, Piot et Robin, membres.

Le rapporteur général,

La présidente,

Thierry Dahan

Marie-Dominique Hagelsteen