

**Décision n° 10-D-31 du 12 novembre 2010  
relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché  
des services de capacité**

L'Autorité de la concurrence (section V),

Vu la lettre, enregistrée le 14 décembre 2006 sous le numéro 06/0097F par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société France Télécom sur le marché des services de capacité ;

Vu l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce modifié, notamment l'article L. 420-2 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Le rapporteur et le rapporteur général adjoint entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 12 octobre 2010 ;

Adopte la décision suivante :

## Sommaire

I.	CONSTATATIONS .....	3
A.	La saisine ministérielle .....	3
B.	Le secteur et les entreprises .....	4
1.	Le secteur.....	4
2.	Les entreprises concernées .....	6
C.	les pratiques reprochées par la saisine ministérielle.....	8
1.	LES APPELS D’OFFRES VISES PAR LE RAE .....	8
2.	les pratiques de prédation .....	13
3.	La pratique de ciseau tarifaire .....	16
4.	La discrimination tenant a la non-application des frais d’accès au service.....	16
D.	La proposition de non-lieu du 20 juillet 2010 .....	16
II.	DISCUSSION.....	16
A.	Sur le marché pertinent concerné .....	17
B.	Sur les abus de position dominante .....	17
1.	L’appréciation de la position dominante sur le marché pertinent .....	17
2.	Sur les abus reprochés .....	18
	<b>DECISION .....</b>	<b>35</b>

# I. CONSTATATIONS

## A. LA SAISINE MINISTÉRIELLE

1. Par lettre enregistrée le 14 décembre 2006 sous le numéro 06/0097F, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques relevées sur le marché des services de capacité.
2. Le rapport administratif d'enquêtes (ci-après RAE) transmis par le ministre et intitulé « *Rapport sur la situation de la concurrence dans le secteur des services de transports de données* » a été réalisé par la Brigade Interrégionale d'Enquêtes Provence-Alpes-Côte d'Azur-Languedoc-Roussillon-Corse de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (ci-après DGCCRF). Il est daté du 7 septembre 2006.
3. Dans sa lettre, le ministre relève que « *l'enquête a permis de recueillir divers éléments qui tendent à montrer que le groupe France Télécom a abusé de sa position dominante sur ce marché pour emporter des marchés publics* ».
4. L'enquête réalisée par les services du ministre a porté « *sur un appel d'offres lancé le 25 mars 2004 par l'Université de Nice-Sophia-Antipolis (ci-après UNSA) pour l'étude, la réalisation et la maintenance d'un réseau interconnectant ses différents sites, et sur un appel d'offres lancé le 7 mai 2004 par la délégation régionale Côte d'Azur du Centre National de la Recherche Scientifique (ci-après CNRS). Des investigations ont été menées, au titre de l'article L.450-3 du code de commerce, au sein des sociétés France Télécom, Completel, SNEF ainsi qu'auprès de la délégation régionale Côte d'Azur du CNRS* ».
5. Outre des pratiques de ciseau tarifaire, le RAE identifie des pratiques de prix prédateur et de discrimination à l'occasion des appels d'offres lancés par l'UNSA et le CNRS.
6. Le ministre considère que « *ces pratiques, permettant à France Télécom d'emporter des marchés publics grâce à des offres tarifaires impossibles à répliquer pour ses concurrents, ont pour effet de nuire à la fluidité du marché des services de capacité et d'interdire son accès à tout nouvel opérateur entrant* ».
7. Enfin, le ministre demande au Conseil de bien vouloir « *apprécier la nature et la portée des pratiques mises en œuvre au regard des dispositions de l'article L.420-2 du code de commerce et de l'article 82 du traité CE* ».

## **B. LE SECTEUR ET LES ENTREPRISES**

### **1. LE SECTEUR**

#### **a) Les services de capacité**

8. Les services de capacité sont des capacités de communications électroniques qu'un client professionnel, entreprise ou administration, utilise pour relier entre eux ses différents sites. Ils se distinguent selon le type d'interface qu'ils utilisent et le débit qu'ils offrent vers chaque site.
9. Il existe des liaisons louées dites « traditionnelles » normalisées par l'ETSI (analogiques et numériques), et des services de capacités à interfaces alternatives. Les services de capacité à interfaces alternatives (dans un premier temps ATM - Asynchronous Transfer Mode - puis désormais essentiellement sur Ethernet) se sont développés depuis le début des années 2000, au fur et à mesure des évolutions technologiques et de la mise au point par les constructeurs de nouveaux équipements de réseaux. Les services de capacité à interface Ethernet sont plus simples dans leur mise en œuvre par l'entreprise et peuvent présenter des économies de coût importantes au niveau des équipements.
10. En fonction des besoins des entreprises, les sites peuvent être reliés par les opérateurs de communications électroniques au moyen de boucles locales en cuivre ou en fibre optique.
11. Les solutions qui sont fondées sur la boucle locale en cuivre de France Télécom sont les liaisons louées analogiques et numériques, dont les débits vont de quelques kbit/s à 2 Mbit/s, et les services en xDSL (Digital Subscriber Lines) susceptibles de proposer des débits symétriques de 2 Mbit/s, voire jusqu'à 10 Mbit/s en asymétrique.
12. La fourniture de débits supérieurs nécessitera des solutions fondées non plus sur le cuivre, mais sur la fibre optique. Il s'agit notamment des services de capacité à interfaces alternatives, notamment Ethernet, avec des débits pouvant aller jusqu'à 1 Gbit/s.

#### **b) Le cadre réglementaire applicable en 2004**

13. Les services de liaisons louées sont une des composantes des services obligatoires prévus à l'article L. 35-5 du code des postes et des communications électroniques (ci-après CPCE) ainsi qu'à l'article 7 du cahier des charges de France Télécom<sup>1</sup>. La loi du 29 décembre 1990 a ouvert ces services à la concurrence, mais pendant de nombreuses années l'opérateur historique a disposé dans les faits d'un quasi-monopole sur les liaisons louées en France.
14. La politique tarifaire de France Télécom donnait lieu à une régulation spécifique, qui conduisait l'Autorité de régulation des télécommunications (ci-après ART, devenue Autorité de régulation des communications électroniques et des Postes, ARCEP) à émettre des avis publics sur les tarifs relevant du service universel et des services

---

<sup>1</sup> Décret n° 96-1225 du 27 décembre 1996 portant approbation du cahier des charges de France Télécom.

pour lesquels il n'existait pas de concurrents sur le marché, préalablement à leur homologation par les ministres chargés des télécommunications et de l'économie<sup>2</sup>.

15. Le cahier des charges de France Télécom prévoit également les conditions qui permettent de déroger à la procédure d'homologation des tarifs, par le recours à des offres sur mesure. L'article 14 du cahier des charges précise ainsi que France Télécom ne peut déroger aux conditions générales techniques et tarifaires qu'elle a préalablement publiées que lorsque la spécificité technique ou commerciale de la demande le justifie.
16. Ces dernières dispositions, bien que visant explicitement les offres relevant du service universel des télécommunications, ont été considérées comme s'appliquant également aux services pour lesquels il n'existe pas de concurrents sur le marché. Le Conseil de la concurrence a ainsi estimé que « *le traitement similaire, du point de vue tarifaire, dans le cahier des charges de France Télécom, des activités relevant du service universel et des services pour lesquels il n'existe pas de concurrents sur le marché estompe la limite, souvent difficile à établir par ailleurs, entre ces deux types de services. La question de savoir si les contrats de téléphonie destinés aux entreprises, présentant des remises liées au volume de trafic ou proposant des services particuliers, relèvent du service universel n'est pas clairement tranchée. Dans la négative, l'homologation des tarifs correspondants relèverait plutôt de l'absence de concurrence effective sur le marché concerné* »<sup>3</sup>.
17. La procédure d'homologation des tarifs repose sur la transmission par France Télécom de comptes d'exploitation prévisionnels (ci-après CEP) à l'autorité de régulation. La tenue de cette comptabilité est prévue par le cahier des charges de France Télécom, qui dispose à son article 18 : « *France Télécom tient un système d'information ainsi qu'une comptabilité des services et des activités, qui doivent permettre, notamment, de vérifier le respect du principe de l'orientation des tarifs vers les coûts lorsqu'il s'applique. A cette fin, le système d'information et la comptabilité analytique mis en œuvre par France Télécom doivent permettre d'allouer précisément aux différents produits et services les coûts communs, notamment ceux relatifs à l'utilisation des agences commerciales et des points de contact avec les clients, à la publicité et à la recherche, en fonction de l'utilisation effective de ces prestations. Les activités, services et éléments de réseaux utilisés par France Télécom sont valorisés à leur prix de cession externe ou, à défaut, par référence aux tarifs pratiqués par France Télécom à l'égard des utilisateurs ou des opérateurs qui s'interconnectent à son réseau (...)* ».
18. C'est à partir de ces CEP, reprenant par produit ou par service les coûts supportés par l'opérateur historique, que l'ART se livrait à un certain nombre de tests, notamment des tests de prédation, de subventions croisées ou de ciseau tarifaire, avant de rendre un avis aux ministres concernés.

---

<sup>2</sup> L'article L. 36-7 5° du CPCE dispose que l'ARCEP « le cas échéant, définit des mesures d'encadrement pluriannuel des tarifs et émet un avis public sur la mise en œuvre d'un tarif ou s'y oppose (...) ». Ces mêmes dispositions sont reprises par l'article 17 du cahier des charges de France Télécom.

<sup>3</sup> Avis n° [98-A-24](#) du Conseil de la concurrence du 16 décembre 1998 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications concernant les conditions des offres sur mesure de France Télécom.

## 2. LES ENTREPRISES CONCERNÉES

### a) Les offreurs de services de capacité

19. Il y avait en 2004 une dizaine d'opérateurs présents sur le marché des entreprises et collectivités publiques en France pour les services d'envergure locale et d'envergure régionale ou nationale. Outre France Télécom, les principaux opérateurs alternatifs nationaux présents sur le marché des services de capacité de détail étaient Cegetel et Completel, et dans une seconde mesure Colt, MCI et Neuf Télécom.

#### *Le groupe France Télécom*

20. L'opérateur historique est le principal opérateur sur le marché des services de capacité. En effet, en termes d'infrastructures en propre, France Télécom disposait à l'époque des faits d'infrastructures complètes pour être fournisseur sur le marché de détail des capacités pour l'ensemble des services, quels que soient leurs interfaces (liaisons louées et capacités alternatives), leurs débits et la localisation géographique ou l'envergure (locale/métropolitaine, régionale, nationale ou internationale), en sa qualité de propriétaire et d'exploitant des infrastructures de boucle locale cuivre, mais également du fait du déploiement par l'opérateur de réseaux en fibre optique.
21. Ainsi, sur la période considérée, la zone de présence des services en fibre optique de France Télécom comprenait :
- 165 agglomérations ;
  - un total de 2020 communes pour les services de VPN (6,5 % du territoire) ;
  - un potentiel de 4500 communes pour le service Réseau Intra-Cité<sup>4</sup>.
22. Début janvier 2006, France Télécom déclarait avoir raccordé 14 000 entreprises en fibre optique.
23. En termes de services sur le marché de détail, France Télécom disposait à l'époque des faits d'une gamme complète de services : liaisons louées analogiques et numériques, services de capacités en Ethernet de niveau 1 (interconnexion de réseaux locaux) et 2 (Ethernet Link), services de capacités en ATM de niveau 2 et, en option, de niveau 1, liaisons de stockage de données, services de capacités en SDH ou WDM avec interfaces au choix.
24. L'opérateur historique fournissait en 2004 ses services de capacité par l'intermédiaire du réseau de sa filiale Transpac<sup>5</sup>, depuis réintégrée au sein de France Télécom.

#### *Completel*

25. Completel SAS, filiale de Completel Europe NV, société de droit néerlandais créée en 1998, a déployé plus de 2 200 kilomètres de réseaux métropolitains en fibre optique dans les principales agglomérations françaises<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Données : décision n° 06-0592 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 26 septembre 2006 portant sur la définition des marchés pertinents des services de capacité, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre.

<sup>5</sup> Rapport annuel 2004 de France Télécom.

26. Opérateur de télécommunications dédié exclusivement aux entreprises, aux administrations et collectivités locales ainsi qu'aux opérateurs et fournisseurs de services de télécommunications en France, Completel a réalisé en France en 2004 un chiffre d'affaires de 158,3 millions d'euros<sup>7</sup>.
27. Fin décembre 2004, l'opérateur déclarait compter 1 988 clients entreprises, collectivités et opérateurs de télécommunications.

### *Cegetel*

28. La Compagnie Générale de Télécommunication (Cegetel) a été créée en 1996 par la Compagnie Générale des Eaux (CGE, devenue en 1998 Vivendi) pour regrouper ses activités de télécommunications fixes. Cegetel est, en 2004, détenue à 35 % par la SNCF et à 65 % par SFR.
29. Depuis sa fusion avec Telecom Développement, Cegetel dispose d'un réseau national de télécommunications longue distance, qui s'étend sur 23 400 kilomètres de câbles de fibres optiques, dont 22 800 kilomètres sur le territoire national.
30. Cegetel propose des offres de téléphonie fixe et d'accès Internet pour l'ensemble de ses clients particuliers et professionnels, et une gamme de services aux entreprises et aux collectivités locales. Cegetel est également présente sur les marchés des opérateurs et des FAI avec des offres de collecte et de transit de trafic téléphonique ou Internet et de mise à disposition de fibre optique, de maintenance de ces infrastructures et de gestion des droits de passage qui y sont attachés.
31. En 2004, Cegetel a réalisé un chiffre d'affaires de 1,4 milliard d'euros, quasi-exclusivement en France<sup>8</sup>.

## **b) Les utilisateurs de services de capacité**

### *Les entreprises, les administrations et les collectivités*

32. A l'époque des faits, les sites nécessitant des raccordements à plus de 2 Mbit/s, généralement par fibre optique, étaient principalement situés dans les plus grandes agglomérations françaises. Il s'agissait essentiellement des sièges sociaux des grandes entreprises et des banques, des ministères et des administrations centrales, des salles de marché du secteur bancaire à Paris<sup>9</sup>.
33. Pour leurs achats de services de capacité, les entreprises et collectivités publiques procèdent principalement par appels d'offres, ce qui leur permet de prendre connaissance des offres existantes, d'obtenir des propositions sur mesure et de faire jouer la concurrence entre les opérateurs. Ce mode de fonctionnement avait ainsi été rappelé par l'ARCEP en 2006 dans son analyse du marché pertinent des services de capacité, ainsi que par le Conseil de la concurrence dans l'avis rendu à l'Autorité à cette occasion<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> Paris, Lyon, Marseille, Lille, Grenoble, Toulouse, Nice, Nantes et Strasbourg.

<sup>7</sup> Rapport annuel 2004 de Completel.

<sup>8</sup> C2005-44 / Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 12 août 2005, aux conseils de la société Neuf Telecom, relative à une concentration dans le secteur des communications électroniques.

<sup>9</sup> Rapport de l'ART de 2002 sur le marché des infrastructures de desserte en fibre optique haut débit.

<sup>10</sup> Avis n° [06-A-10](#) du 12 mai 2006 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des Postes en application de l'article L. 37-1 du code des postes et des communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de gros et de détail des liaisons louées.

### ***Les opérateurs***

34. La nécessité d'être en mesure de répondre à l'ensemble des appels d'offres émis, notamment aux gros contrats pour les réseaux de transmission de données commutées multi-sites, amène les opérateurs alternatifs à déployer des réseaux étendus, afin que leurs points de présence ne soient pas trop éloignés des sites des clients à raccorder. Cependant, les opérateurs ne pouvant raccorder directement l'ensemble des sites de leurs clients, leur capacité à répondre passe également par la location d'infrastructures existantes auprès de leurs concurrents, sur le marché de gros ou de détail, afin de les intégrer dans une offre de service à un client final.
35. Dans les zones où des infrastructures d'opérateurs alternatifs sont déployées, les opérateurs tiers peuvent louer des fourreaux ou des fibres à ces derniers. Sur le reste du territoire, ils peuvent louer des infrastructures ou acheter des offres activées à France Télécom, afin de relier leurs points de présence et les sites des clients.
36. Tant l'ARCEP que le Conseil de la concurrence avaient ainsi relevé en 2006 que les opérateurs alternatifs achetaient des offres de services de capacité sur le marché de détail à France Télécom, lorsqu'il n'existe pas de produits de gros adaptés. La régulation sectorielle mise en place en 2006, suite à la décision n° 06-0592 de l'ARCEP précitée, a justement visé à créer les offres de gros adaptées.
37. Les achats se font au travers de demandes de cotations adressées par les opérateurs à la division des opérateurs de France Télécom (ci-après DIVOP), qui gère les relations entre l'opérateur historique et les opérateurs tiers.

## **C. LES PRATIQUES REPROCHÉES PAR LA SAISINE MINISTERIELLE**

### **1. LES APPELS D'OFFRES VISES PAR LE RAE**

#### **a) Le marché de l'UNSA**

##### ***L'appel d'offres***

38. L'UNSA a envoyé à la publication au bulletin officiel des marchés publics (ci-après BOAMP) le 25 mars 2004, un avis d'appel à la concurrence pour un marché public de services portant sur l'établissement d'un « *service d'un réseau d'interconnexion des sites ou campus du réseau universitaire, permettant de créer un réseau de campus virtuel global basé sur un réseau fédérateur gigabit Ethernet, sur le modèle du backbone gigabit actuel* ». L'avis d'appel public à concurrence précisait que le service comprenait l'étude, la réalisation, la supervision et la maintenance du réseau d'interconnexion. L'appel d'offres a également fait l'objet d'une publication au Journal officiel de l'Union Européenne (ci-après JOUE).
39. Le marché comportait 3 lots, avec deux options pour le lot 2. La durée du marché était de 22 mois, à savoir de la date d'effet du marché fixée au 24 octobre 2004 jusqu'au 23 août 2006, et était reconductible une fois de manière expresse pour une durée de 18 mois supplémentaires.
40. Le cahier des clauses techniques particulières (ci-après CCTP) précise que le réseau universitaire, opérationnel depuis 2002, était constitué d'un réseau fédérateur Gigabit articulé autour des deux pôles d'implantation de l'UNSA, à savoir la ville de Nice et le site de Sophia Antipolis, distants de 25 kilomètres.



41. Sur la plaque métropolitaine de Nice, les différents sites étaient reliés au site de Valrose (Sciences) par une infrastructure en fibres optiques dédiées, fournie par le prestataire actuel, à savoir France Télécom. Sur la plaque métropolitaine de Sophia Antipolis, les différents sites étaient reliés à l'Ecole Supérieure des Sciences Informatiques (ESSI) par une infrastructure en fibres optiques dédiées, également fournie par France Télécom. Les deux sites principaux et plusieurs sites plus petits étaient reliés par le Réseau Régional à Très Haut Débit (RRTHD)<sup>11</sup>. De même, trois autres sites étaient reliés avec des liaisons hertziennes. Enfin, le réseau était relié au Réseau National de télécommunications pour la Technologie, l'Enseignement et la Recherche (ci-après RENATER)<sup>12</sup> par une fibre optique privée.
42. Le CCTP précise également que sur ce réseau étaient aussi raccordés les sites gérés par le CNRS sur Sophia Antipolis, Nice, Grasse, Caussols et Villefranche, le raccordement de ces sites étant traité dans un appel d'offres du CNRS réalisé en parallèle.
43. Le développement de ce nouveau réseau avait pour objectif, selon le CCTP, de répondre à l'accroissement du trafic, favoriser le développement des nouvelles technologies pour l'enseignement et les nouvelles applications multimédia disponibles sur tous les postes de travail, partager les équipements, maîtriser les évolutions des besoins et de la technologie, développer des réseaux privés virtuels, tout en étant en phase avec les réseaux régionaux et nationaux (RRTHD et RENATER).
44. Les critères énoncés dans le dossier de consultation des entreprises étaient, par ordre de priorité décroissante, la valeur technique et le prix de la prestation.

***Le déroulement de la procédure***

45. Douze entreprises ont demandé le dossier de consultation. A la date limite de remise des offres, quatre entreprises avaient envoyé leurs candidature et offres : France Telecom, Cegetel, Completel et SNEF, cette dernière entreprise ne répondant que sur le lot 1.
46. Un comité d'experts s'est réuni le 4 juin 2004 afin d'analyser les offres remises par les entreprises soumissionnaires sur la base des deux critères retenus. Le récapitulatif des offres est reproduit ci-dessous (les prix en euros sont calculés pour une durée de 22 mois) :

	1 France Télécom	2 Cegetel	3 Completel	4 Snef
Lot1 1Gb	181 662,80	758 574,00	323 400,00	912 032,00
Lot1 2 Gb		1 031 000,00	582 120,00	
Lot2 1 Gb	29 415,54	146 200,00	52 162,00	
Lot2 2Gb		185 800,00	93 896,00	
Lot2.opt-1-1Gb	114 758,22	138 164,00	105 600,00	

<sup>11</sup> Le RRTHD, réseau régional mis en œuvre par la région PACA avec les six départements, était exploité par France Télécom et fournissait à l'université un réseau privé virtuel.

<sup>12</sup> Le RENATER est le réseau informatique français reliant les différentes universités et les différents centres de recherche entre eux en France métropolitaine et dans les départements d'outre-mer.

Lot2.opt1-2Gb		216 000,00		
Lot2.opt2 100 Mb	160 126,98	139 104,00	132 000,00	
Lot2.opt2 200 Mb		163 656,00		
Lot2.opt2 500 Mb	159 956,79	188 208,00	198 000,00	
Lot2.opt2 800 Mb		212 760,00		
Lot2.opt2 1Gb	159 956,79	237 246,00	264 000,00	
Lot2.opt2 2 Gb			475 200,00	
Lot3 100 Mb	106 053,60	176 160,00	44 000,00	
Lot3 200 Mb		234 240,00		
Lot3 500 Mb	236 377,60	293 320,00	66 000,00	
Lot3 500 Mb	236 377,60			
Lot3 800 Mb		350 400,00		
Lot3 1Gb	189 377,60	408 480,00	88 000,00	
Lot3 2 Gb			158 400,00	

47. L'offre de la société SNEF a cependant été écartée car elle ne répondait pas au cahier des charges. L'analyse des trois offres restantes a ensuite amené la Commission d'appel d'offres (ci-après CAO) à classer les entreprises de la manière suivante :

Sur la valeur technique :

	<b>Lot 1</b>	<b>Lot 2</b>	<b>Lot 3</b>
<b>France Télécom</b>	2	2	3
<b>Cegetel</b>	2	2	2
<b>Completel</b>	1	1	1

Sur le prix :

	<b>Lot 1</b>	<b>Lot 2</b>	<b>Lot 3</b>
<b>France Télécom</b>	1	1	2
<b>Cegetel</b>	3	3	3
<b>Completel</b>	2	2	1

48. S'agissant du lot 2, la CAO a proposé de ne retenir aucune des options car « *les prix proposés pour les options paraissent très élevés* ».

49. Le classement final proposé est le suivant :

		France Télécom	Cegetel	Completel	Le titulaire est choisi	
					Pour un débit minimum de :	Pour un montant global et forfaitaire sur 22 mois de :
<b>Lot 1</b>	Critère 1	2	2	1		
	Critère 2	1	3	2		
<b>Classement Final Lot 1</b>		1	3	2	1 Gb	181 662, 80 €
<b>Lot 2</b>	Critère 1	2	3	1		
	Critère 2	1	2	2		
<b>Classement Final Lot 2</b>		1	3	2	1 Gb	29 415, 54 €
<b>Lot 3</b>	Critère 1	(...)			(...)	
	Critère 2					
<b>Classement Final Lot 3</b>						

50. La CAO, rappelant que la prestation du lot 3 est fournie par le RRTHD jusqu'en août 2006 et que cette prestation est résiliable moyennant un préavis de 6 mois, a proposé de différer la décision concernant ce lot jusqu'à la fin du mois de juillet 2004.
51. Le Président de l'UNSA, Personne Responsable du Marché (ci-après PRM), suivant l'avis de la CAO, a donc décidé de retenir France Télécom pour les lots 1 et 2, et ne pas attribuer le lot 3.
52. Le marché a été attribué le 28 juin 2004 et l'avis d'attribution envoyé à la publication le 27 juillet 2004.

***La plainte de Completel auprès de l'ARCEP***

53. Par un courrier en date du 13 décembre 2004, la société Completel a écrit au Directeur général de l'ART, suite à l'attribution par l'UNSA du marché à France Télécom et après avoir préalablement obtenu communication de certaines pièces du marché auprès de l'Université.
54. Completel estimait dans son courrier que le fait que l'offre de France Télécom soit moins onéreuse que la sienne était « *incompréhensible* » puisque Completel avait proposé, dans sa réponse à l'appel d'offres de l'UNSA, un tarif inférieur à l'offre Inter LAN 1.0 de France Télécom.

55. L'opérateur concluait son courrier en invitant l'Autorité de régulation « *à utiliser ses pouvoirs d'investigations pour vérifier le bon respect des règles de concurrence* ».
56. Par une décision en date du 23 février 2005, l'ART a ouvert une enquête administrative destinée notamment à s'assurer que France Télécom, à l'occasion de sa réponse à l'appel d'offres de l'UNSA, avait respecté les obligations résultant ou découlant des dispositions du code des postes et communications électroniques. L'ART a dans le cadre de cette enquête adressé des questionnaires à France Télécom ainsi qu'à Completel. La réponse de France Télécom à ce questionnaire a été adressée aux enquêteurs de la DGCCRF par l'ART et est annexée au RAE.
57. Cette enquête administrative n'a pas débouché sur une procédure contentieuse, ainsi que l'explique le Directeur général de l'ART dans un courrier à la DGCCRF en date du 4 septembre 2006, précisant que l'enquête « *a contribué au processus d'analyse de marché des liaisons louées et services de capacité, dont le but est d'adapter le cadre réglementaire sectoriel à des problématiques telles que celle soulevée par l'attribution du marché public de l'Université de Nice* ».

## **b) Le marché du CNRS**

### ***L'appel d'offres***

58. La délégation Côte d'Azur du CNRS a envoyé à la publication au BOAMP et au JOUE le 7 mai 2004 un avis d'appel à la concurrence pour un marché de services portant sur la « *fourniture d'un service de transmission de données à haut débit interconnectant plusieurs unités rattachées au CNRS, situées à Sophia-Antipolis, Nice (observatoire), Villefranche-sur-Mer, Grasse et Caussols (plateau de Calern)* ». Le marché, d'une durée de 36 mois, comportait 6 lots.
59. La majorité des unités de recherche du CNRS présentes dans les Alpes-Maritimes, ainsi que la délégation régionale de cet établissement, étaient interconnectées par un réseau à infrastructure de fibres optiques, dans le cadre d'un marché exploité par France Télécom. Ce réseau, dont une partie de l'infrastructure était partagée avec l'UNSA, était lui-même raccordé au RENATER.
60. La configuration du réseau était éclatée, avec plusieurs points de concentration distincts. L'objectif de cet appel d'offres était donc de mettre en place une nouvelle configuration en étoile, avec un seul point de concentration. Le CCTP prévoyait que pour ce nouveau réseau, les soumissionnaires devaient proposer deux options d'interfaces de service pour l'ensemble des sites concernées : 100 Mbits/s et 1 Gbit/s. Les solutions proposées par les soumissionnaires devaient notamment permettre aux différentes unités du CNRS de communiquer entre elles, d'utiliser des services réseau communs centralisés, d'accéder à RENATER, de mettre en œuvre des applications nouvelles consommatrices de bande passante, de mettre en œuvre des réseaux privés virtuels, de transférer des volumes de données importants, ou encore d'utiliser des applications de travail coopératif, de type visio-conférence, ou « *tableau blanc* ».

### ***Le déroulement de la procédure***

61. Douze entreprises ont demandé le dossier de consultation de l'appel d'offres.
62. La CAO a procédé à l'ouverture des plis le 5 octobre 2004. Deux entreprises ont soumissionné, à savoir les sociétés France Télécom pour les lots 1, 2 et 3 et Completel pour les lots 1 et 6. Deux lots sur les 6 composant le marché n'ont donc pas fait l'objet d'une offre (lots 4 et 5).

63. Les enquêteurs ont reproduit dans le RAE une synthèse des propositions des deux entreprises soumissionnaires :

Opérateurs de réseau	Lot 1			Lot 2			Lot 3			Lot 6	
	Tarif avant A.O	Propositions		Tarif avant A.O	Propositions		Tarif avant A.O	Propositions		Propositions	
	100 Mbits	100 Mbits	1 Gbits	100 Mbits	100 Mbits	1 Gbits	100 Mbits	100 Mbits	1 Gbits	100 Mbits	1 Gbits
France Télécom	27.440	25.680	77.448	13.720	42.000	134.400	27.440	76.620	150.516		
Complétel		7.200	14.400							22.020	43.920

*Prix annuels global en €*

64. Le RAE précise que « *le tarif avant appel d'offres correspond au prix annuel pour chaque ligne, soit 1143,37 € (cf. supra) x 12 = 13 720 € et 68 600 € HT pour les cinq lignes du réseau* ».
65. Réunie à nouveau le 25 octobre 2004, la CAO a proposé à la PRM de déclarer sans suite l'ensemble des lots et de relancer une consultation sur la base d'un lot unique reprenant la plateforme technique existante. Un avenant a alors été passé afin de reconduire le marché avec France Télécom jusqu'au 29 février 2005.
66. Lorsque le marché a été relancé, seul France Télécom a répondu, sur la base de l'ancienne architecture réseau du campus CNRS de Sophia-Antipolis. L'opérateur s'est vu par conséquent attribuer le marché.
67. L'enquête menée par les services du ministre conclut qu'à l'occasion de ces deux marchés, l'opérateur historique aurait mis en œuvre des pratiques de prix prédateurs. A cette pratique de prédation se seraient ajoutés d'autres abus de France Télécom, se manifestant notamment par la mise en œuvre d'une pratique de ciseau tarifaire lors du marché de l'UNSA, ainsi que d'une discrimination tenant à la non-application par l'opérateur des frais d'accès au service (ci-après FAS) aux acheteurs publics.

## 2. LES PRATIQUES DE PRÉDATION

68. Selon le ministre, les prix de l'offre de France Télécom sont prédateurs, puisque inférieurs aux tarifs de ses offres homologuées, et notamment de son offre Inter LAN 1.0.

### a) L'offre Inter LAN 1.0

69. L'offre Inter LAN 1.0 est, selon le RAE, « *une offre de liaison louées numériques à haut débit fournie sur fibre optique dédiée proposant des interfaces Ethernet (Ethernet simple soit 10 Mbit/s, Fast Ethernet soit 100 Mbit/s et Giga Ethernet soit 1 Gbit/s) et permettant d'interconnecter des réseaux locaux d'entreprises à l'intérieur d'une même agglomération. Les liaisons Inter LAN 1.0 sont disponibles dans toutes les agglomérations des chefs-lieux de préfecture, soit environ une centaine d'agglomérations. Les liaisons Inter LAN 1.0 ont une longueur maximale de 5 kilomètres à vol d'oiseau dans une dizaine de grandes agglomérations et une longueur maximale de 10 kilomètres à vol d'oiseau dans le reste des 90 autres agglomérations* ».
70. Le RAE qualifie cette offre de « *produit adapté* » qui « *répond à l'objet des appels d'offres de l'Université de Nice Sophia Antipolis et du CNRS (délégation de la Côte*

*d'Azur), à savoir une offre de liaisons louées numériques à haut débit sur fibre optique dédiée permettant d'interconnecter des réseaux locaux d'entreprises, d'administrations ou de collectivités situées dans une même agglomération ».*

71. Ce point de vue correspond à l'analyse de la société Completel, puisque cette dernière écrit dans le courrier adressé en décembre 2004 que « *le fait que l'offre de France Télécom soit moins onéreuse que l'offre de Completel est incompréhensible puisque Completel propose un tarif inférieur à l'offre InterLan 1.0.*

*Afin de nous assurer que nous n'ayons pas commis d'erreur dans le chiffrage de l'offre InterLan 1.0, nous avons demandé à France Télécom de nous faire parvenir une cotation permettant de satisfaire les besoins de l'Université de Nice - Sophia Antipolis. Mais cette cotation, jointe en annexe 2, continue de montrer que les tarifs de l'offre InterLan 1.0 sont très largement supérieurs à ceux proposés par France Télécom en réponse à l'appel d'offres ».*

**b) Les éléments considérés comme susceptibles de démontrer la prédation à l'occasion du marché de l'UNSA**

72. Pour ce qui est de ce premier marché, le soupçon de prédation exposé dans le RAE repose sur la comparaison faite par les enquêteurs entre le niveau de l'offre de France Télécom faite à l'UNSA et les cotations faites par l'opérateur historique à Completel.
73. Plusieurs demandes de cotation ont en effet été adressées par Completel à la DIVOP de France Télécom, antérieurement et postérieurement à la procédure de mise en concurrence.
74. Completel a ainsi, dans un premier temps, adressé à France Télécom une demande de cotation pour une liaison entre un point de présence de Completel dans la région de Nice et l'un des sites de l'UNSA, l'IUT de Nice.
75. La demande de cotation et la cotation sont reproduites ci-dessous :

Courrier électronique de Completel à France Télécom en date du 28 avril 2004 (objet : demande de raccordement site de Nice)

*« Bonjour,*

*Je souhaiterais obtenir un devis et une faisabilité pour raccorder en GTR S1 à 1 GIGA ETHERNET entre les 2 sites suivant :*

*IUT de Nice*

*41, Boulevard NAPOLEON 3*

*06041 Nice Cedex*

*au site Completel :*

*277, Avenue Sainte Marguerite*

*06200 Nice La Plaine*

*Merci d'avance pour votre réponse ».*

Courrier électronique de France Télécom en date du 3 mai 2004 (Objet : RE : demande de raccordement site de Nice)

« Bonjour,

*Frais d'accès : 4500 ou 1500 E par ext*

*Abt mensuel : 5000 E, GTRS1 : 360 E ».*

76. Dans un second temps, postérieurement à l'attribution du marché à France Télécom, Completel a adressé plusieurs demandes de cotation.
77. Une première demande, adressée le 9 novembre 2004, concernait le raccordement entre le même site Completel et les sites à raccorder du lot 1 du marché de l'UNSA, ainsi que le raccordement de l'UFR de sciences de Valrose aux sites distants du lot 1 du marché. Cette demande a fait l'objet de deux cotations, respectivement en date du 26 novembre et du 10 décembre 2004.
78. Une seconde demande de cotation, adressée par Completel en 2006 pour le raccordement de ces mêmes sites en Man Ethernet, a quant à elle fait l'objet d'une réponse le 10 août 2006.
79. A partir de ces éléments, les enquêteurs ont comparé les tarifs de l'offre Inter LAN 1.0 et l'offre sur mesure faite à l'UNSA pour le lot 1.
80. Les enquêteurs, constatant qu' *« il ressort de ce tableau que les offres présentées par France Télécom, sont de 6 à 10 fois inférieures aux offres homologuées Inter LAN 1.0. »*, concluent alors que *« les prix de soumission de France Télécom sur le lot 1 de l'appel d'offres pour la fourniture du réseau d'interconnexion sur la plaque métropolitaine de Nice pourraient, au vu des constatations de base de l'ARCEP, de la société Completel et des éléments observés ci-dessus, être qualifiés de prix « prédateurs » »*.
81. Les indices de prédation s'appuient donc sur des comparaisons de prix, sans référence aux coûts sous-jacents.

**c) Les éléments considérés comme susceptibles de démontrer la prédation à l'occasion du marché du CNRS**

82. Selon France Télécom, les besoins exprimés par le CNRS nécessitaient, tant en termes de débits que d'architecture, le recours à une offre sur mesure, ce qui a amené l'opérateur à ne pas appliquer les tarifs catalogue de ses offres activées.
83. Le RAE en conclut que l'offre de l'opérateur historique à l'occasion du marché du CNRS présentait un caractère prédateur : *« les éléments ci-dessus montrent que F.T a choisi de s'exonérer d'utiliser son catalogue de prix pour chiffrer des prestations qui en relevaient. Pour cela, cette entreprise a utilisé la demande, optionnelle, du CNRS d'un chiffrage en Gigabit/s. Les prix pratiqués par France Télécom à l'occasion de l'appel d'offres du CNRS en 2004 (lots 1 et 2) pourraient, compte tenu des écarts observés, présenter un caractère prédateur »* .
84. De même que pour le marché de l'UNSA, les indices de prédation à l'occasion du marché du CNRS s'appuient sur des comparaisons de prix, sans référence aux coûts sous-jacents.

### **3. LA PRATIQUE DE CISEAU TARIFAIRE**

85. Le RAE met par ailleurs l'accent sur une seconde pratique de France Télécom, ayant consisté pour l'opérateur à mettre en œuvre une pratique de ciseau tarifaire sur une des liaisons du marché de l'UNSA, à savoir celle entre le site de l'UFR de sciences de Valrose et celui de l'IUT.
86. Le RAE relève ainsi : « *par ailleurs, sur une des sept liaisons, "Fabron", le prix pratiqué par France Télécom est très inférieur au prix catalogue proposé par la DIVOP à la demande de cotation de Completel pour une partie de la liaison : l'effet de ciseau est patent* ».
87. L'indice de ciseau tarifaire s'appuie donc uniquement sur une comparaison entre des prix de détail. Il ne précise pas quelle serait la prestation de gros fournie par France Télécom et qui serait nécessaire à ses concurrents pour intervenir sur le marché de détail, et ne compare pas les prix de détail de France Télécom aux coûts qui seraient supportés par un opérateur efficace pour fournir le service de détail en s'appuyant sur les prestations de gros.

### **4. LA DISCRIMINATION TENANT A LA NON-APPLICATION DES FRAIS D'ACCÈS AU SERVICE**

88. Le RAE relève que le mémoire technique de France Télécom fait état d'une remise des FAS pour l'ensemble des lots du marché de l'UNSA au motif d'une reconduction des liaisons existantes, alors que la cotation faite par France Télécom à Completel le 3 mai 2004 (cf. supra point 78) fait apparaître de tels FAS.
89. Le RAE conclut qu' « *il s'agit d'une pratique discriminatoire* ».
90. Les enquêteurs constatent également que les FAS n'ont pas été appliqués au marché du CNRS, sans toutefois qualifier de discriminatoire cette pratique.

### **D. LA PROPOSITION DE NON-LIEU DU 20 JUILLET 2010**

91. Sur la base de ces constatations, un rapport proposant un non-lieu à poursuivre la procédure a été transmis au ministre chargé de l'économie le 20 juillet 2010.

## **II. DISCUSSION**

92. Les pratiques décrites ci-avant ont été mises en œuvre à l'occasion de deux marchés publics passés en 2004. L'analyse du marché pertinent fera donc référence à cette année.



## **A. SUR LE MARCHÉ PERTINENT CONCERNÉ**

93. Il est de jurisprudence constante qu'un marché public constitue un marché pertinent sur lequel se rencontrent la demande de la collectivité publique concernée et les offres des entreprises souhaitant y répondre.
94. Mais pour déterminer si une ou plusieurs entreprises actives dans un secteur qui fonctionne par appels d'offres (chacun déterminant un marché) détiennent une position dominante, le Conseil de la concurrence a considéré qu'« *il convient d'examiner non pas le marché particulier résultant du croisement d'un appel d'offres et des soumissions qui ont été déposées en réponse, mais le marché plus général où sont actifs l'ensemble des opérateurs susceptibles de répondre à l'appel d'offres concerné* » (décisions n° [01-D-66](#) du 10 octobre 2001, n° [09-D-10](#) du 27 février 2009).
95. Il convient donc de vérifier qu'il existait une entreprise en position dominante parmi l'ensemble des entreprises susceptibles de répondre aux appels d'offres lancés en 2004 par l'UNSA et le CNRS.
96. Les pratiques relevées dans le RAE à l'occasion des appels d'offres lancés en 2004 par l'UNSA et le CNRS portent, ainsi que le rappelle la saisine ministérielle, sur le marché des services de capacité.
97. Le Conseil de la concurrence a rendu en 2006 un avis à l'ARCEP sur la délimitation des marchés de gros et de détail de services de capacité, dans le cadre du premier cycle d'analyse des marchés pertinents<sup>13</sup>. Le Conseil avait considéré à cette occasion que le marché en cause est national. Cette analyse a depuis été confirmée par un avis de l'Autorité de la concurrence rendu à l'ARCEP en 2009 dans le cadre du second cycle d'analyse<sup>14</sup>.
98. L'analyse du dossier ne fait apparaître aucun motif de nature à mettre en cause cette l'analyse. Le marché pertinent dans la présente affaire est, dès lors, le marché français des services de capacité.

## **B. SUR LES ABUS DE POSITION DOMINANTE**

### **1. L'APPRÉCIATION DE LA POSITION DOMINANTE SUR LE MARCHÉ PERTINENT**

99. La période appréhendée couvre l'année 2004. Sur cette période, l'examen de l'évolution des parts de marché de l'opérateur en valeur sur l'ensemble du marché

---

<sup>13</sup> Avis n° [06-A-10](#) du 12 mai 2006 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des Postes en application de l'article L. 37-1 du code des postes et des communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de gros et de détail des liaisons louées, CP 1009 à 1030.

<sup>14</sup> Avis n° [09-A-53](#) du 30 octobre 2009 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en application de l'article L. 37-1 du code des postes et des communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés des services de capacité.

pertinent indique une tendance à la baisse, avec toutefois une part de marché restant supérieure à 85 %<sup>15</sup> :

	<b>2001</b>	<b>2002</b>	<b>2003</b>	<b>2004</b>
<b>Parts de marché FT</b>	94,7 %	91,1 %	89,9 %	87,1 %

#### *Évolution des parts de marché de France Télécom*

100. L'ARCEP relève ainsi dans son analyse de marché de 2006 que, « *que ce soit lorsqu'on examine les segments du marché par interfaces (liaisons louées traditionnelles vs. interfaces alternatives) ou les débits (services de moins de 10 Mbit/s vs services de plus de 10 Mbit/s), les parts de marché de France Télécom sont en baisse mais toujours supérieures à la barre des 70 % de 2001 à 2004. On notera néanmoins que, du fait de l'existence d'une certaine concurrence en infrastructures via les MAN déployés par certains opérateurs pour raccorder les sites clients, la part de marché de France Télécom pour les services de plus de 10 Mbit/s est sensiblement inférieure à celle qu'il occupe sur le segment des services de moins de 10 Mbit/s* ».
101. L'ARCEP souligne également la présence de barrières à l'entrée économiques structurelles et durables, qu'il s'agisse de la boucle locale en cuivre, dont France Télécom est propriétaire et qui est utilisée notamment pour fournir des services de capacités de détail avec des débits inférieurs à 10 Mbit/s, ou des boucles locales optiques et des fourreaux de génie civil pour l'accès aux sites clients, utilisés pour fournir des services de capacités de détail avec des débits supérieurs à 10 Mbit/s. Les fourreaux de génie civil et les boucles locales optiques sont en effet difficilement duplicables de manière rentable pour les opérateurs entrants, en dehors des zones très denses.
102. Il ressort des constatations qui précèdent que France Télécom occupait en 2004 une position dominante sur le marché français des services de capacité.

## **2. SUR LES ABUS REPROCHÉS**

### **a) Sur la prédation supposée**

#### *La jurisprudence*

103. Le Conseil de la concurrence a plusieurs fois rappelé, notamment dans la décision n° [07-D-09](#) du 14 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire GlaxoSmithKline France, que la prédation peut être définie comme « *la pratique par laquelle une entreprise en position dominante fixe ses prix à un tel niveau qu'elle subit des pertes ou renonce à des profits à court terme dans le but d'évincer ou de discipliner un ou plusieurs concurrents, ou encore de rendre plus difficile l'entrée de futurs compétiteurs sur le marché afin ultérieurement de remonter ses prix pour récupérer ses pertes* ».

---

<sup>15</sup> Données : ARCEP, Décision n° 06-0592 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 26 septembre 2006 portant sur la définition des marchés pertinents des services de capacité, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre.

104. Le Conseil de la concurrence, dans la décision n° [07-D-39](#) du 23 novembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de personnes sur la route Paris-Londres, rappelle les principes dégagés par la jurisprudence communautaire en matière de prix prédateurs :

*« 104. Ainsi que cela résulte de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, la preuve de la prédation peut être apportée selon la position des prix de vente par rapport à différents niveaux envisageables de coûts (coût variable moyen, coût total moyen et, dans des cas plus complexes, coût incrémental), ce qui conduit à envisager différents cas de figure.*

*105. Dans un premier cas, l'objet anticoncurrentiel de la politique de prix est présumé si les prix de vente sur le marché où l'éviction des concurrents est recherchée sont inférieurs au coût moyen variable de l'entreprise en cause, sauf pour cette dernière à apporter une preuve contraire, compatible avec les faits de l'espèce et étayée par une explication convaincante de son comportement.*

*106. Dans un second cas, si les prix de vente en cause sont inférieurs aux coûts moyens totaux de l'entreprise mais supérieurs à ses coûts variables, la constatation constitue un simple indice que cette politique de prix a un objet anticoncurrentiel. La pratique de prédation n'est établie que si l'autorité de concurrence apporte la preuve que le comportement de l'entreprise adopté en matière de prix s'inscrit dans une stratégie de prédation, c'est-à-dire une stratégie visant le découragement des concurrents et la récupération ultérieure des pertes initialement subies. En effet, dans la mesure où une pratique de prédation engendre des pertes pour l'entreprise qui la met en œuvre, sa rationalité doit être recherchée avec soin par l'autorité de concurrence ».*

105. Dans la même décision, le Conseil précise la démarche à adopter pour savoir si l'on peut qualifier une pratique de prix bas de prédation :

*« 108. Il convient en premier lieu d'effectuer une comparaison entre les prix pratiqués pendant la période alléguée de prédation et les coûts exposés par l'entreprise pour fournir le produit ou le service vendu ("test de coût"). Ce test exige que l'entreprise communique ses données de coût au Conseil de la concurrence, de manière sincère et vérifiable, au risque - si elle ne le fait pas - que ce dernier utilise toutes autres données qui lui paraîtrait appropriées.*

*109. Si le test de coût conduit à constater que le prix pratiqué par l'entreprise dominante est inférieur au coût moyen variable (ou "évitable", c'est-à-dire pouvant être évité en ne fournissant pas l'unité supplémentaire du produit ou du service, en cause), il révèle que l'entreprise a accepté de faire des pertes volontaires, c'est-à-dire évitables par un comportement économique différent. Le test apporte donc, dans la ligne de l'arrêt Akzo, la présomption que l'entreprise dominante a fait ce sacrifice en vue d'évincer le ou les concurrents qu'elle cherchait à éliminer. C'est le premier cas envisagé par l'arrêt Akzo.*

*110. Cette présomption peut, toutefois, être combattue par l'entreprise mise en cause, par tout argument qu'elle juge pertinent, notamment en donnant une explication alternative à son comportement, qui doit être appuyée par des données vérifiables et non contredites par les observations factuelles de l'espèce, mais il lui incombe alors de supporter la charge de la preuve de cette explication alternative.*

*111. Lorsque le test de coût conduit à constater que le prix pratiqué est compris entre le coût variable et le coût moyen complet, - situation envisagée en second lieu par l'arrêt Akzo - il incombe à l'autorité de concurrence de démontrer que la*

*politique de prix de l'entreprise s'inscrit dans une stratégie d'éviction, c'est-à-dire un plan destiné à éliminer, discipliner ou décourager un concurrent.*

*112. Une telle preuve peut ressortir de documents, de notes ou encore d'éléments matériels démontrant de manière claire une telle intention prédatrice, qui peut être corroborée par les caractéristiques de la pratique, comme la restriction de la mise en œuvre des prix prédateurs aux seuls clients susceptibles de choisir un fournisseur concurrent, ou encore par l'existence de pratiques annexes qui sont de nature à accentuer l'effet d'éviction, comme des ventes liées ou des remises de couplage ou de fidélité.*

*113. Elle peut aussi être apportée par un faisceau d'indices tirés de l'absence d'autre rationalité économique de la pratique, de sa durée, de la possibilité qu'a l'entreprise de récupérer les pertes, des caractéristiques de l'entreprise visée par la pratique qui peut, de manière plus ou moins vraisemblable, constituer une proie vulnérable (dépendance financière, taille, connaissance du marché, etc.).*

*114. C'est en mettant en balance les indices recueillis avec la plausibilité des explications données par l'entreprise mise en cause à propos du comportement qu'elle a adopté que le Conseil formera, au cas par cas, sa conviction sur l'existence ou non d'un effet, constaté ou potentiel, d'éviction des concurrents. Il est en tout cas possible à l'entreprise de faire état dans le débat contradictoire, et sans doute avec plus d'efficacité que dans le cas où le test de coût conduit à constater des prix inférieurs aux coûts variables, des arguments en défense analogues à ceux mentionnés plus haut ».*

106. Cette méthode sera donc appliquée pour analyser les pratiques mises en œuvre par France Télécom à l'occasion des appels d'offres de l'UNSA et du CNRS.

#### ***Les coûts supportés par France Télécom***

107. Les éléments concernant les coûts variables et fixes supportés par France Télécom à l'occasion de la fourniture des services de capacités objets des marchés de l'UNSA et du CNRS démontrent que France Télécom n'a pas vendu ses services au-dessous non seulement de ses coûts moyens variables, mais également de ses coûts moyens totaux.

#### ***Pour ce qui est du marché de l'UNSA***

108. Le RAE estime que le prix de l'offre remise par France Télécom pour le lot 1 du marché de l'UNSA peut être qualifié de « prédateur ». Les enquêteurs ne s'appuient pas sur un examen des coûts supportés par l'opérateur historique pour arriver à cette conclusion, mais sur l'écart de prix entre l'offre remise par France Télécom lors de l'appel d'offres et le prix d'une de ses offres : Inter LAN 1.0.
109. En l'espèce, la qualification de prix prédateur requiert un examen de la position du prix de l'offre de France Télécom par rapport à ses coûts moyens totaux et à ses coûts variables. Les coûts des lots 1 et 2 (avec et sans options) ont été communiqués par France Télécom à l'ART en 2005, dans le cadre de l'enquête administrative menée par cette dernière.
110. L'ART avait alors demandé à la société France Télécom de lui fournir « *une copie des documents utilisés pour élaborer la réponse de France Télécom. Fournir en particulier les comptes d'exploitation prévisionnels établis durant cette phase* ». Ces éléments sont reproduits ci-dessous :

111. Pour le lot 1 :

**Taux de rémunération :**

**10,4 %**

(en K€)

2004	2005	2006	Cumul 3 ans
------	------	------	-------------

**Chiffres d'affaires avec provisions et pénalités**

Chiffres d'affaires sans provisions et pénalités

Provisions pour pénalités et remises

**Coût de production**

Coût de réseau BRX

Coût de réseau FO

Coûts d'équipements extrémités

Coût spécifique

Coûts spécifiques techniques

**Coûts commerciaux**

**Coûts communs**

(indivis + structure opérationnelle)

**Résultat avant impôt**

*Résultat avant impôts actualisé*

*Résultat avant impôts actualisé cumulé*

*Résultat actualisé / CA*

% sur total CA

	2004	2005	2006	Cumul 3 ans
Chiffres d'affaires avec provisions et pénalités	89	89	89	268
Chiffres d'affaires sans provisions et pénalités	99	99	99	297
Provisions pour pénalités et remises	- 10	- 10	- 10	- 30
<b>Coût de production</b>	71	69	69	209
Coût de réseau BRX	65	64	63	192
Coût de réseau FO	40	38	38	117
Coûts d'équipements extrémités	25	25	25	75
				0
				0
Coût spécifique	6	6	6	17
Coûts spécifiques techniques	6	6	6	17
				0
				0
<b>Coûts commerciaux</b>	7	7	7	21
<b>Coûts communs</b>	9	9	9	26
(indivis + structure opérationnelle)				
<b>Résultat avant impôt</b>	3	4	5	11
<i>Résultat avant impôts actualisé</i>	2	3	3	9
<i>Résultat avant impôts actualisé cumulé</i>	2	6	9	
<i>Résultat actualisé / CA</i>				4,2%
% sur total CA	2,8%	4,7%	5,2%	4,2%

112. Pour le lot 2 avec options :

**Taux de rémunération :**  
**10,4 %**

(en K€)

	2004	2005	2006	Cumul 3 ans
<b>Chiffres d'affaires avec provisions et pénalités</b>	152	146	146	444
Chiffres d'affaires sans provisions et pénalités	169	162	162	493
Provisions pour pénalités et remises	- 17	- 16	- 16	- 49
<b>Coût de production</b>	60	55	55	171
Coût de réseau BRX	55	51	50	156
Coût de réseau FO	28	28	27	83
Coûts d'équipements extrémités	27	23	23	73
				0
				0
Coût spécif	5	5	5	15
Coûts spécifiques techniques	5	5	5	15
				0
				0
<b>Coûts commerciaux</b>	12	12	12	35
<b>Coûts communs</b> (indivis + structure opérationnelle)	8	8	8	23
<b>Résultat avant impôt</b>	72	71	71	214
<i>Résultat avant impôts actualisé</i>	65	58	53	177
<i>Résultat avant impôts actualisé cumulé</i>	65	123	177	
<i>Résultat actualisé / CA</i>				48,3%
% sur total CA	47,2%	48,8%	49,0%	48,3%

113. Pour le lot 2 sans options :

<b>Taux de rémunération :</b>					
<b>10,4 %</b>					
<b>(en K€)</b>					
		2004	2005	2006	Cumul 3 ans
<b>Chiffres d'affaires avec provisions et pénalités</b>		14	14	14	43
Chiffres d'affaires sans provisions et pénalités		16	16	16	48
Provisions pour pénalités et remises		- 2	- 2	- 2	- 5
<b>Coût de production</b>		7	7	7	22
Coût de réseau BRX		6	6	6	19
Coût de réseau FO		3	3	3	9
Coûts d'équipements extrémités		4	4	4	11
					0
					0
Coût spécifique		1	1	1	2
Coûts spécifiques techniques		1	1	1	2
					0
					0
<b>Coûts commerciaux</b>		1	1	1	3
<b>Coûts communs</b>		1	1	1	3
(indivis + structure opérationnelle)					
<b>Résultat avant impôt</b>		5	5	5	15
	<i>Résultat avant impôts actualisé</i>	5	4	4	13
	<i>Résultat avant impôts actualisé cumulé</i>	5	9	13	
	<i>Résultat actualisé / CA</i>				35,5%
% sur total CA		35,2%	35,5%	35,7%	35,5%

114. Sans qu'il soit nécessaire de distinguer ce qui relève des coûts variables et ce qui n'en relève pas, l'examen des trois CEP fait apparaître, pour l'ensemble des offres remises par France Télécom à l'occasion de l'appel d'offres de l'UNSA, un résultat positif, le prix proposé pour chaque offre couvrant les coûts correspondants.
115. Ainsi, non seulement France Télécom n'aurait pas subi de pertes, mais l'opérateur aurait en outre dégagé un résultat de 11 000 euros pour le lot 1 et de 15 000 euros sur le lot 2 sans options (cumul sur 3 ans).
116. Ces CEP n'ont pas fait l'objet d'observations particulières de la part du régulateur en 2005. L'ARCEP relève ainsi : « *les coûts transmis dans le courrier de France Télécom en réponse au questionnaire de l'ART semblent réalistes au regard d'éléments de référence, qui ont notamment été utilisés dans le cadre des homologations de l'offre Inter LAN 1.0, même si des différences existent entre les valeurs du pourcentage de coûts communs et commerciaux retenus par France Télécom et celles retenues par l'Autorité provenant des comptes audités de France Télécom. Néanmoins, la structure générale des coûts fournis est en accord avec les différents modèles de coûts utilisés par l'Autorité dans ses décisions d'homologations tarifaires à cette période* »<sup>16</sup>.

*Pour ce qui est du marché du CNRS*

117. Le RAE estime que le prix des offres remises par France Télécom pour les lots 1 et 2 du marché du CNRS peut être qualifié de « prédateur ». Les enquêteurs ne s'appuient pas sur un examen des coûts supportés par l'opérateur historique pour arriver à cette conclusion. Ils fondent leur analyse sur le fait que l'opérateur s'est écarté de son catalogue de prix afin de chiffrer son offre sur mesure.
118. Les CEP étaient en possession des enquêteurs, France Télécom leur ayant transmis ces éléments par un courrier en date du 29 mai 2006. Ces éléments de coûts sont reproduits ci-dessous.

---

<sup>16</sup> Réponses de l'ARCEP en date du 15 avril 2009 à un questionnaire complémentaire adressé par le rapporteur.



119. Lot 1 Fast Ethernet :

**Taux de rémunération :**

**10,4 %**

**(en K€)**

	2005	2006	2007	Cumul 3 ans
<b>Chiffres d'affaires avec provisions et pénalités</b>	<b>23</b>	<b>23</b>	<b>23</b>	<b>68</b>
Chiffres d'affaires sans provisions et pénalités	25	25	25	75
Provisions pour pénalités et remises	- 3	- 3	- 3	- 8
<b>Coût de production</b>	<b>9</b>	<b>9</b>	<b>9</b>	<b>26</b>
<b>Coût de réseau</b>	<b>8</b>	<b>7</b>	<b>7</b>	<b>21</b>
Coût de réseau FO	3	3	3	9
Coûts d'équipements extrémités	5	4	4	12
				0
				0
<b>Coût spécifique</b>	<b>2</b>	<b>2</b>	<b>2</b>	<b>5</b>
Coûts spécifiques techniques	2	2	2	5
				0
				0
<b>Coûts commerciaux</b>	<b>2</b>	<b>2</b>	<b>2</b>	<b>5</b>
<b>Coûts communs</b> (indivis + structure opérationnelle)	<b>1</b>	<b>1</b>	<b>1</b>	<b>4</b>
<b>Résultat avant impôt</b>	<b>10</b>	<b>11</b>	<b>11</b>	<b>32</b>
<i>Résultat avant impôts actualisé</i>	9	9	8	26
<i>Résultat avant impôts actualisé cumulé</i>	9	18	26	
<i>Résultat actualisé / CA</i>				<b>47,6%</b>
% sur total CA	45,3%	48,9%	49,1%	<b>47,7%</b>

120. Lot 1 Giga Ethernet :

**Taux de rémunération :**

**10,4 %**

**(en K€)**

2005	2006	2007	Cumul 3 ans
------	------	------	-------------

<b>Chiffres d'affaires avec provisions et pénalités</b>	<b>66</b>	<b>66</b>	<b>66</b>	<b>198</b>
Chiffres d'affaires sans provisions et pénalités	73	73	73	220
Provisions pour pénalités et remises	- 7	- 7	- 7	- 22
<b>Coût de production</b>	<b>10</b>	<b>10</b>	<b>10</b>	<b>32</b>
<b>Coût de réseau</b>	<b>11</b>	<b>8</b>	<b>8</b>	<b>27</b>
Coût de réseau FO	3	3	3	9
Coûts d'équipements extrémités	8	5	5	18
				0
				0
<b>Coût spécifique</b>	<b>2</b>	<b>2</b>	<b>2</b>	<b>5</b>
Coûts spécifiques techniques	2	2	2	5
				0
				0
<b>Coûts commerciaux</b>	<b>5</b>	<b>5</b>	<b>5</b>	<b>16</b>
<b>Coûts communs</b> (indivis + structure opérationnelle)	<b>2</b>	<b>2</b>	<b>2</b>	<b>5</b>
<b>Résultat avant impôt</b>	<b>46</b>	<b>49</b>	<b>49</b>	<b>144</b>
<i>Résultat avant impôts actualisé</i>	42	40	36	118
<i>Résultat avant impôts actualisé cumulé</i>	42	82	118	
<i>Résultat actualisé / CA</i>				<b>72,8%</b>
% sur total CA	70,3%	74,3%	74,3%	<b>73,0%</b>

121. Lot 2 Fast Ethernet :

**Taux de rémunération :**

**10,4 %**

**(en K€)**

	2005	2006	2007	Cumul 3 ans
<b>Chiffres d'affaires avec provisions et pénalités</b>	<b>36</b>	<b>36</b>	<b>36</b>	<b>107</b>
Chiffres d'affaires sans provisions et pénalités	40	40	40	119
Provisions pour pénalités et remises	- 4	- 4	- 4	- 12
<b>Coût de production</b>	<b>21</b>	<b>20</b>	<b>20</b>	<b>60</b>
<b>Coût de réseau</b>	<b>20</b>	<b>19</b>	<b>19</b>	<b>58</b>
Coût de réseau FO	16	16	16	49
Coûts d'équipements extrémités	3	3	3	9
				0
				0
<b>Coût spécifique</b>	<b>1</b>	<b>1</b>	<b>1</b>	<b>2</b>
Coûts spécifiques techniques	1	1	1	2
				0
				0
<b>Coûts commerciaux</b>	<b>3</b>	<b>3</b>	<b>3</b>	<b>9</b>
<b>Coûts communs</b> (indivis + structure opérationnelle)	<b>3</b>	<b>3</b>	<b>3</b>	<b>8</b>
<b>Résultat avant impôt</b>	<b>10</b>	<b>10</b>	<b>11</b>	<b>30</b>
<i>Résultat avant impôts actualisé</i>	9	8	8	25
<i>Résultat avant impôts actualisé cumulé</i>	9	17	25	
<i>Résultat actualisé / CA</i>				<b>28,3%</b>
% sur total CA	26,9%	28,9%	29,5%	<b>28,4%</b>

122. Lot 2 Giga Ethernet :

**Taux de rémunération :**

**10,4 %**

**(en K€)**

2005	2006	2007	Cumul 3 ans
------	------	------	-------------

<b>Chiffres d'affaires avec provisions et pénalités</b>	<b>119</b>	<b>119</b>	<b>119</b>	<b>356</b>
Chiffres d'affaires sans provisions et pénalités	132	132	132	396
Provisions pour pénalités et remises	- 13	- 13	- 13	- 40
<b>Coût de production</b>	<b>24</b>	<b>22</b>	<b>21</b>	<b>66</b>
<b>Coût de réseau</b>	<b>23</b>	<b>21</b>	<b>21</b>	<b>64</b>
Coût de réseau FO	16	16	16	49
Coûts d'équipements extrémités	6	5	5	15
				0
				0
<b>Coût spécifique</b>	<b>1</b>	<b>1</b>	<b>1</b>	<b>2</b>
Coûts spécifiques techniques	1	1	1	2
				0
				0
<b>Coûts commerciaux</b>	<b>10</b>	<b>10</b>	<b>10</b>	<b>29</b>
<b>Coûts communs</b> (indivis + structure opérationnelle)	<b>4</b>	<b>4</b>	<b>3</b>	<b>11</b>
<b>Résultat avant impôt</b>	<b>82</b>	<b>84</b>	<b>84</b>	<b>251</b>
<i>Résultat avant impôts actualisé</i>	74	69	63	206
<i>Résultat avant impôts actualisé cumulé</i>	74	143	206	
<i>Résultat actualisé / CA</i>				<b>70,3%</b>
% sur total CA	69,0%	70,9%	71,1%	<b>70,3%</b>

123. Lot 3 Fast Ethernet :

**Taux de rémunération :**

**10,4 %**

**(en K€)**

2005	2006	2007	Cumul 3 ans
------	------	------	-------------

<b>Chiffres d'affaires avec provisions et pénalités</b>	<b>67</b>	<b>67</b>	<b>67</b>	<b>201</b>
Chiffres d'affaires sans provisions et pénalités	74	74	74	223
Provisions pour pénalités et remises	- 7	- 7	- 7	- 22
<b>Coût de production</b>	<b>31</b>	<b>29</b>	<b>29</b>	<b>89</b>
<b>Coût de réseau</b>	<b>29</b>	<b>28</b>	<b>27</b>	<b>84</b>
Coût de réseau FO	24	23	23	70
Coûts d'équipements extrémités	5	4	4	4
				0
				0
<b>Coût spécifique</b>	<b>2</b>	<b>2</b>	<b>2</b>	<b>5</b>
Coûts spécifiques techniques	2	2	2	5
				0
				0
<b>Coûts commerciaux</b>	<b>5</b>	<b>5</b>	<b>5</b>	<b>16</b>
<b>Coûts communs</b> (indivis + structure opérationnelle)	<b>4</b>	<b>4</b>	<b>4</b>	<b>12</b>
<b>Résultat avant impôt</b>	<b>27</b>	<b>28</b>	<b>29</b>	<b>84</b>
<i>Résultat avant impôts actualisé</i>	24	23	21	69
<i>Résultat avant impôts actualisé cumulé</i>	24	48	69	
<i>Résultat actualisé / CA</i>				<b>41,8%</b>
% sur total CA	40,3%	42,4%	42,8%	<b>41,8%</b>

124. Lot 3 Giga Ethernet :

**Taux de rémunération :**  
**10,4 %**

(en K€)

2005	2006	2007	Cumul 3 ans
------	------	------	-------------

**Chiffres d'affaires avec provisions et pénalités**

Chiffres d'affaires sans provisions et pénalités

Provisions pour pénalités et remises

**Coût de production**

**Coût de réseau**

Coût de réseau FO

Coûts d'équipements extrémités

**Coût spécifique**

Coûts spécifiques techniques

**Coûts commerciaux**

**Coûts communs**

(indivis + structure opérationnelle)

**Résultat avant impôt**

*Résultat avant impôts actualisé*

*Résultat avant impôts actualisé cumulé*

*Résultat actualisé / CA*

% sur total CA

130	130	130	391
145	145	145	434
- 14	- 14	- 14	- 43
<b>34</b>	<b>32</b>	<b>32</b>	<b>98</b>
33	30	30	93
24	23	23	70
9	7	7	23
			0
			0
2	2	2	5
2	2	2	5
			0
			0
10	10	10	31
5	5	5	15
80	83	83	247
73	68	62	203
73	141	203	<b>63,1%</b>
61,7%	63,9%	64,1%	<b>63,2%</b>

125. Sans qu'il soit nécessaire de distinguer ce qui relève des coûts variables et ce qui n'en relève pas, l'examen des six CEP fait apparaître, pour l'ensemble des offres remises par France Télécom à l'occasion de l'appel d'offres du CNRS, un résultat positif, le prix proposé pour chaque offre couvrant les coûts correspondants.
126. Au surplus, aucun élément du dossier ne tend à indiquer que l'offre remise par France Télécom était susceptible en elle-même d'évincer ses concurrents de l'appel d'offres du CNRS, dans la mesure où à l'occasion du premier appel d'offres, les lots 2 et 3 n'ont pas fait l'objet d'offres concurrentes, et que l'offre de l'opérateur historique pour le lot 1 était plus chère que celle de la société Completel (cf. point 63). S'agissant du second appel d'offres, France Télécom est la seule entreprise à avoir soumissionné.

#### **b) Sur le ciseau tarifaire**

127. S'agissant de la mise en œuvre par France Télécom d'une pratique de ciseau tarifaire, le RAE relève que « *sur une des sept liaisons, "Fabron", le prix pratiqué par France Télécom est très inférieur au prix catalogue proposé par la DIVOP à la demande de cotation de Completel pour une partie de la liaison* ». Les enquêteurs en concluent que « *l'effet de ciseau est patent* ».

#### ***La jurisprudence***

128. Il ressort de la jurisprudence qu'une entreprise abuse de sa position dominante en mettant en œuvre un ciseau tarifaire « *lorsque, dans le cas d'une entreprise intégrée dominant le marché, il existe entre les prix des prestations intermédiaires aux concurrents sur un marché en amont et les prix de détail sur un marché en aval un rapport qui se traduit par une restriction de la concurrence sur le marché des prestations intermédiaires ou sur le marché [aval]* » (décision de la Commission européenne du 21 mai 2003, Deutsche Telekom, §106). En effet, « *[c]e genre de situation donne lieu à une pression anticoncurrentielle sur les marges commerciales des concurrents, car ces marges sont soit inexistantes soit trop faibles pour permettre à ces derniers d'entrer en concurrence avec l'opérateur historique sur les marchés [aval]. Une marge insuffisante entre les prix des prestations intermédiaires et les prix de détail d'un opérateur verticalement intégré occupant une position dominante constitue plus particulièrement un comportement anticoncurrentiel, dès lors que d'autres opérateurs s'en trouvent écartés de la concurrence sur le marché en aval, même s'ils sont au moins aussi efficaces que l'opérateur historique* ».
129. Dans cette même affaire, la Cour de Justice de l'Union européenne a précisé qu'une pratique de « *compression des marges, eu égard à l'effet d'éviction qu'elle est susceptible d'engendrer pour les concurrents au moins aussi efficaces que la requérante, est susceptible, en elle-même, de constituer un abus au sens de l'article 82 CE* » (arrêt de la CJCE du 14 octobre 2010, Deutsche Telekom, C-280/08, point 183).
130. La Cour de cassation a quant à elle souligné, dans un arrêt du 3 mars 2009 : « *attendu qu'une pratique de "ciseau tarifaire" a un effet anticoncurrentiel si un concurrent potentiel aussi efficace que l'entreprise dominante verticalement intégrée auteur de la pratique ne peut entrer sur le marché aval qu'en subissant des pertes ; qu'un tel effet peut être présumé seulement lorsque les prestations fournies à ses concurrents par l'entreprise auteur du ciseau tarifaire leur sont indispensables pour la concurrencer sur le marché aval* ».

### ***Le caractère indispensable de l'offre Inter LAN 1.0***

131. Ainsi que le présent rapport l'a déjà détaillé supra, il existe plusieurs façons pour un opérateur alternatif de répondre à un appel d'offres pour un marché de services de capacité. Le premier moyen est de répondre à partir de son propre réseau, que celui-ci ait été déployé préalablement à l'appel d'offres ou qu'il le soit à l'occasion de l'appel d'offres une fois celui-ci remporté. Un second moyen consiste à répondre à un appel d'offres à partir du réseau d'un autre opérateur, que ce soit au travers de l'achat d'une liaison activée ou de la location de fourreaux ou de fibre optique, à France Télécom, un opérateur concurrent ou une collectivité territoriale.
132. En l'espèce, les principaux compétiteurs de France Télécom étaient les opérateurs Cegetel et Completel.
133. Cegetel propose, dans sa réponse au lot 1, le déploiement d'un réseau en fibre optique dédié. L'opérateur explique ainsi que *« le raccordement des sites par infrastructures propres (fibres optiques) est un choix relativement onéreux contrebalancé par deux avantages majeurs :*
  - *techniquement, les avantages d'un raccordement réalisé de bout en bout sur un support homogène sont incomparables lorsqu'un taux de disponibilité élevé est indispensable aux utilisateurs du service.*
  - *Économiquement, il s'agit bien d'un investissement assurant l'indépendance vis-à-vis d'un monopole car il nous permet de vous proposer des coûts incrémentaux – extension de durée ou de volume – très inférieurs aux standards du marché ».*
134. L'opérateur précise encore, au point 3.3 de sa réponse : *« Les offres sur mesure de Cegetel sous la marque Télécom Développement sont préférentiellement basées sur le raccordement physique des sites client au réseau Cegetel (construction ou location de fibres noires) ».*
135. S'agissant de Completel, interrogée par l'ART dans le cadre de l'enquête administrative que menait cette dernière sur le marché de l'UNSA, elle indique : *« le (...) site de Valrose était déjà raccordé au réseau Completel, pour les autres sites, nous avons prévu de construire ou de louer des fourreaux à France Télécom ou à la ville de Nice » .*
136. Completel précise ainsi, dans sa réponse au lot 1, qu' *« à ce jour, ce sont plus de 90 kilomètres de fibres optiques qui sont déployées entre Nice et Sophia-Antipolis pour permettre la connexion de nombreux sites.*
137. *La région de Nice Sophia-Antipolis a été choisie par Completel comme site d'implantation prioritaire au même titre que Paris, Lyon, Lille, Marseille, Grenoble, Toulouse et Nantes.*
138. *Ce choix est justifié principalement par :*
  - *la politique de l'entreprise qui consiste à construire des boucles locales dans les grandes zones urbaines françaises.*
  - *Le potentiel économique actuel et futur de Nice & Sophia-Antipolis (parc technologique de Sophia-Antipolis, quartier d'affaires de l'Arénas et de l'aéroport, zones industrielles le long de la RN7 et dans la plaine du Var, centre-ville de Nice ».*
139. Le rapport de l'ART de 2002 précité mentionnait ainsi l'existence sur l'agglomération de Nice de solutions de raccordement alternatives, puisque les sociétés Completel et Kaptech (rachetée par le groupe Neuf Cegetel devenu SFR) avaient déployé des boucles métropolitaines d'entreprises.



140. Le RAE ne mentionne aucune autre demande de cotation adressée à France Télécom pour de l'Inter LAN 1.0 dans le cadre de l'appel d'offres de l'UNSA. La société France Télécom confirme pour sa part qu'aucune demande de cotation n'a été adressée par des opérateurs alternatifs préalablement à l'attribution du marché de l'UNSA.
141. Il ressort des constatations qui précèdent que les opérateurs alternatifs comme Cegetel et Completel avaient d'autres choix que de recourir à l'offre Inter LAN 1.0 de France Télécom pour concurrencer l'offre de détail proposée par l'opérateur pour le lot 1 de l'appel d'offres de l'UNSA. Ainsi, tant Completel que Cegetel ont proposé des réponses construites à partir de leur propre réseau ou d'infrastructures passives louées, et non de l'offre activée Inter LAN 1.0 de France Télécom.
142. Au regard des éléments versés au dossier, l'offre Inter LAN 1.0 de France Télécom ne peut être considérée comme constituant une prestation indispensable aux concurrents de l'opérateur historique pour concurrencer ce dernier sur le lot 1 du marché de l'UNSA. L'effet anticoncurrentiel d'un éventuel ciseau tarifaire ne peut donc être présumé au cas d'espèce.

### c) Sur l'application discriminatoire des tarifs

#### *La jurisprudence*

143. Dans sa décision n° [07-D-14](#) du 2 mai 2007, le Conseil de la concurrence a indiqué qu'une entreprise en position dominante pouvait pratiquer des différences de prix auprès de ses clients finaux sans que cela constitue nécessairement une pratique abusive :
- « 118. Les remises sur les prix de vente standard sont une pratique courante dans tous les secteurs d'activité. Leur généralisation tient au fait que, en raison même de la différenciation qu'elles introduisent dans les prix, elles présentent des avantages particuliers, en permettant de servir une demande qui ne serait pas satisfaite, ou en incitant la demande à prendre des formes qui permettent de réaliser des gains d'efficacité pour les offreurs. Les remises peuvent ainsi avoir un objet ou un effet incitatif et assurer la fourniture d'un niveau d'effort plus élevé, par exemple un effort de vente ou d'augmentation de la qualité de service dans le cadre d'une relation verticale entre un vendeur et un revendeur. En ce sens, la différenciation tarifaire peut avoir un effet pro-concurrentiel ».*
144. La différenciation tarifaire peut néanmoins constituer un instrument stratégique pour fausser le jeu concurrentiel. Dans sa décision n° [09-D-36](#) du 9 décembre 2009, l'Autorité de la concurrence a ainsi sanctionné les sociétés France Télécom et Orange Caraïbe pour avoir mis en œuvre une pratique de différenciation entre les appels *on net* et *off net* sur le marché de la téléphonie mobile dans les Caraïbes. La cour d'appel de Paris, qui a confirmé le caractère anticoncurrentiel de cette pratique dans son arrêt du 23 septembre 2010, a rappelé que *« pour qu'une pratique de différenciation tarifaire soit considérée comme abusive, il est nécessaire qu'elle ait un objet ou un effet anticoncurrentiel ; qu'une pratique discriminatoire devient abusive dès lors que (i) le traitement différencié des opérateurs ne repose sur aucune justification économique objective, (ii) les acheteurs sont dans une situation équivalente et (iii) elle crée un désavantage dans la concurrence ».*

## ***La non-application des FAS à l'UNSA et au CNRS***

### *La non-application des FAS à l'UNSA*

145. France Télécom indique, dans le « Mémoire technique et annexes tarifaires » remis à l'UNSA pour chacun des deux lots du marché que « *la reconduction des liaisons existantes se fera sans interruption de service, et naturellement sans frais d'accès au service* ».
146. La facturation des FAS par les opérateurs ne semble en effet pas systématique. Interrogée sur ce point, France Télécom explique que « *les FAS ne sont pas facturés systématiquement. Ils sont facturés pour les achats d'un an, mais pas pour les achats d'une durée de 36 mois car nous considérons que sur cette durée, les tarifs récurrents nous permettent de ne pas les facturer directement au client* ».
147. La non-application systématique des FAS selon la durée du marché est confirmée par Completel. Ainsi, le RAE relève que les demandes de cotation faites à France Télécom par l'opérateur portaient sur l'achat de liaisons sur 36 mois, « *condition nécessaire à la dispense des frais d'accès au service (FAS) qui découle de l'application stricte du tarif de détail* ».
148. Completel affirme encore, lors de son audition par le rapporteur, que « *demander une cotation sur 36 mois nous permettait d'avoir une réponse sur le prix le plus bas* ».
149. Enfin, s'agissant des opérateurs concurrents de France Télécom, l'application des FAS ne semble pas non plus systématique, ainsi que le relève la synthèse des offres réalisée par l'UNSA, puisque les offres des sociétés Completel et SNEF ne faisaient pas apparaître de FAS, et que Cegetel indiquait dans son offre à l'UNSA : « *Cegetel a décidé, afin de montrer son grand intérêt pour le projet de l'Université :*
  - *de prendre à sa charge une partie importante de ces coûts,*
  - *de s'engager à ne facturer lors de consultations ultérieures, que des FAS symboliques pour les sites déjà raccordés* ».

### *La non-application des FAS au CNRS*

150. France Télécom n'a pas non plus appliqué de FAS dans sa réponse au CNRS.
151. On rappellera que la durée du marché du CNRS étant de 36 mois, des opérateurs tiers achetant une offre activée de type Inter LAN ne se seraient pas vu appliquer de FAS.
152. Il résulte de ces éléments que le comportement de France Télécom, à l'occasion de ces deux appels d'offres, ne remplit pas les trois conditions rappelées au paragraphe 144 ci-dessus et ne peut donc être considéré comme une différenciation abusive.

## DECISION

**Article unique** : Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré sur le rapport oral de M. Laurent Binet, rapporteur, et l'intervention de M. Sébastien Soriano, rapporteur général adjoint, par M. Patrick Spilliaert, vice-président, président de séance, Mme Pierrette Pinot et M. Emmanuel Combe, membres.

La secrétaire de séance,  
Marie-Anselme Lienafa

Le vice-président,  
Patrick Spilliaert

---

© Autorité de la concurrence