



Avis n° 96-A-15 du 11 décembre 1996
relatif à une demande d'avis sur le projet de décret relatif aux clauses types des cahiers des charges associés aux autorisations attribuées en application des articles L. 33-1 et L. 34-1 du code des postes et télécommunications

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 3 décembre 1996, sous le numéro A 203, par laquelle le ministre délégué aux finances et au commerce extérieur a, sur le fondement des dispositions du 3. de l'article 6 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 modifiée, saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis sur le projet de décret relatif aux clauses types des cahiers des charges associés aux autorisations attribuées en application des articles L. 33-1 et L. 34-1 du code des postes et télécommunications ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence, notamment son article 6, et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu le code des postes et télécommunications ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus ;

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

Le Gouvernement a saisi le Conseil de la concurrence d'un projet de décret relatif aux clauses types des cahiers des charges associés aux autorisations attribuées en application des articles L. 33-1 et L. 34-1 du code des postes et télécommunications, en lui demandant d'apprécier les dispositions de ce projet de décret relatives à la clause concernant les conditions nécessaires pour assurer une *"concurrence loyale"*.

Selon l'article L. 32 du code des postes et télécommunications, le réseau ouvert au public est défini comme *"tout réseau de télécommunications établi ou utilisé pour la fourniture au public de services de télécommunications"* et le service téléphonique au public consiste en *"l'exploitation commerciale pour le public du transfert direct de la voix en temps réel au départ et à destination de réseaux ouverts au public commutés, entre utilisateurs fixes ou mobiles"*.

Aux termes des articles L. 33-1 et L. 34-1 du code des postes et télécommunications, le ministre chargé des télécommunications autorise, d'une part, l'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public et, d'autre part, la fourniture du service téléphonique au public. Lorsque la fourniture du service suppose l'établissement d'un réseau ouvert au public, l'autorisation délivrée en application de l'article L. 33-1 autorise la fourniture du service.

L'article L. 33-1 du code des postes et télécommunications soumet l'autorisation d'établissement et d'exploitation des réseaux ouverts au public à l'application de dix-huit règles, cotées de a) à r), contenues dans un cahier des charges et portant notamment sur : "*m) Les conditions nécessaires pour assurer une concurrence loyale*". Cet article dispose par ailleurs que "*les dispositions du projet de décret relatives à la clause mentionnée au m) sont soumises pour avis au Conseil de la concurrence*".

L'article L. 34-1 du code des postes et télécommunications soumet également l'autorisation de la fourniture du service téléphonique au public à l'application de seize de ces dix-huit règles, contenues dans un cahier des charges, dont la clause m) ci-dessus mentionnée.

Le projet de décret soumis au Conseil de la concurrence insère un chapitre II dans le titre 1er du livre II de la troisième partie du code des postes et télécommunications, dans lequel l'article D. 98-2 précise les conditions nécessaires pour assurer la concurrence loyale : "*- clause m) Lorsque des garanties apparaissent nécessaires pour assurer le bon fonctionnement de la concurrence sur le marché couvert par l'autorisation, les licences précisent les conditions de transparence dans les comptes et dans l'action commerciale, de séparation comptable ou juridique des activités et services, d'utilisation de ressources et d'informations communes à plusieurs activités ou services, et de transparence et de non discrimination dans les relations avec les autres entités du même groupe, qui s'imposent à l'exploitant autorisé pour atteindre cet objectif.*

"Ces conditions sont notamment imposées lorsque l'exploitant bénéficie de subventions publiques ou lorsqu'il dispose d'un monopole de droit ou de fait ou d'une position dominante. Elles visent alors à prévenir l'utilisation de tels avantages au profit des autres activités couvertes par l'autorisation.

"Ces conditions tiennent aussi compte des garanties apportées par ailleurs par l'exploitant, notamment dans son organisation et celle de son groupe, ainsi que de celles résultant de l'application éventuelle du II de l'article L. 33-1".

Le II de l'article L. 33-1 du code des postes et télécommunications dispose que les opérateurs, (définis comme des "*personnes physiques ou morales exploitant un réseau de télécommunications ouvert au public ou fournissant au public un service de télécommunications*") lorsqu'ils réalisent "*un chiffre d'affaires annuel sur le marché des télécommunications supérieur à un seuil fixé par arrêté des ministres chargés des télécommunications et de l'économie sont tenus d'individualiser sur le plan comptable l'activité autorisée.*

"En outre, lorsqu'ils disposent dans un secteur d'activité autre que les télécommunications d'un monopole ou d'une position dominante appréciée après avis du Conseil de la concurrence, et que

les infrastructures utilisées peuvent être séparées physiquement, ils sont tenus, dans l'intérêt d'un bon exercice de la concurrence, d'individualiser cette activité sur le plan juridique".

A. - LES CONDITIONS FIXEES PAR LE PROJET DE DÉCRET

La clause type cotée m) énumère quatre conditions qui pourraient être imposées à l'exploitant pour atteindre l'objectif consistant à assurer le bon fonctionnement de la concurrence sur ce marché.

Ces obligations générales, telles qu'elles figurent dans le projet de décret, sont très proches des préoccupations exprimées par le Conseil de la concurrence ainsi que des solutions qu'il a suggérées lorsqu'il a examiné les conditions nécessaires à l'exercice de la concurrence dans des secteurs dans lesquels opèrent des monopoles publics, en voie ou non de dérégulation, ou des organismes assurant une mission de service public.

Ainsi, dans son avis n° 94-A-15 du 10 mai 1994 relatif à une demande d'avis sur les problèmes soulevés par les activités de la diversification des activités d'EDF et de GDF au regard de la concurrence, le Conseil a souligné que la situation particulière de ces établissements publics leur permet d'obtenir de manière privilégiée des moyens de financement, que l'accès au consommateur final est facilité par l'existence d'un réseau couvrant l'intégralité du territoire national et qu'ils bénéficient de l'image d'intérêt général du service public, toutes caractéristiques qui constituent des avantages incontestables. Il a également relevé que les transferts internes entre sociétés d'un même groupe, sous diverses formes, pourraient aboutir à l'octroi de subventions croisées et à inciter les entreprises à pratiquer des prix éloignés du calcul économique. Il a, par exemple, dénoncé le fait que les filiales d'EDF et de GDF puissent avoir accès aux infrastructures du réseau commercial EDF-GDF Services, au matériel utilisé dans le cadre des activités électriques et gazières, à des informations privilégiées concernant les marchés connexes à ceux détenus en monopole (fichiers...) ou à des compétences techniques (brevets, recherche) et le fait que certains personnels puissent être mis à disposition des activités de diversification, de façon permanente ou ponctuelle, pour les développer. Le Conseil a considéré toutefois que les conséquences de cette situation sont différentes selon la taille et le nombre des concurrents d'EDF-GDF sur les différents marchés concernés. Par ailleurs, eu égard au rôle que jouent EDF et GDF en matière de normalisation ou de préconisation, d'agrément des professionnels et de contrôle de la qualité des produits, le Conseil a estimé que la mise en oeuvre d'une saine concurrence exigeait que l'auteur de la norme, le prescripteur et l'installateur ne relèvent pas d'une même personne. De la même façon, les contrats de concession ne devraient pas être conclus pour des durées manifestement disproportionnées avec l'objectif poursuivi, ni couvrir un nombre de services trop important, pour garantir la mise en concurrence d'acteurs différents dans les procédures de dévolution des marchés.

Le Conseil a souligné, dans ce même avis, qu'un certain nombre de difficultés pouvaient naître sur les marchés concernés de l'inadaptation des structures de ces entreprises à une économie de concurrence. C'est pourquoi, il a considéré qu'il fallait assurer une séparation étanche entre les activités liées au monopole et celles relatives à la diversification, par la création de filiales, regroupées dans un holding, cette séparation juridique s'accompagnant d'une totale séparation

matérielle, comptable, financière et commerciale. Le Conseil a également mentionné la nécessité d'interdire à EDF ou GDF de certifier ou prescrire du matériel ou des services produits par leurs filiales, sauf à leur demander de renoncer à la commercialisation de leurs produits. La pérennisation de cette séparation devrait conduire à imposer à ces filiales les contraintes que subissent normalement les filiales de groupes privés, notamment en matière de financement. Enfin, le Conseil a rappelé que le contrôle des concentrations était un des moyens pour suivre l'évolution de la diversification de ces établissements.

De plus, dans son avis n° 95-A-18 du 17 octobre 1995 relatif à une demande d'avis sur les problèmes soulevés par les activités de messagerie de la SNCF au regard de la concurrence, le Conseil a constaté que l'imbrication des comptes du Sernam dans ceux de la SNCF a pour conséquence d'intégrer ses déficits d'exploitation dans le résultat de la SNCF et de poursuivre, malgré cette situation, d'importants programmes d'investissements. Il a souligné notamment que le Sernam utilise, outre ses propres points de vente, le réseau commercial de la SNCF et dispose ainsi d'une couverture complète du territoire, à la différence de ses concurrents. Enfin, il a été constaté que le Sernam assure pour la SNCF un ensemble de services qu'il lui facture, la SNCF facturant pour sa part au Sernam le coût des services qu'elle lui rend, sur la base du coût variable supporté par l'établissement prestataire, les prestations peu importantes ne donnant pas lieu à facturation.

S'agissant des modifications de nature à garantir le respect des règles de concurrence, le Conseil a indiqué qu'il y avait lieu tout d'abord d'instaurer une séparation comptable et financière entre la SNCF et son service de messagerie. Cette clarification permettrait d'identifier les flux financiers entre ces deux entités et de renforcer les contrôles, notamment quant à la rationalité économique des investissements, ainsi qu'au regard des règles de la concurrence, la SNCF pouvant être tentée d'abuser de sa position dominante en accordant des avantages au Sernam qu'elle ne consent pas aux concurrents de celui-ci. Le Conseil a enfin observé que la filialisation du Sernam constituerait une solution présentant l'avantage de simplifier les relations entre la SNCF et son service de messagerie et de permettre un contrôle plus efficace de son activité.

Enfin, dans son avis n° 96-A-10 du 25 juin 1996 relatif à une demande d'avis de l'Association française des banques concernant le fonctionnement des services financiers de La Poste au regard du droit de la concurrence, le Conseil a réaffirmé que la filialisation permettrait de clarifier les relations des services financiers avec les autres services de La Poste, grâce notamment à l'établissement de conventions et d'une comptabilité distincte et à l'obligation de facturer les différentes prestations réciproques à leur coût réel.

B. - LA MISE EN OEUVRE DE CES DISPOSITIONS

Le Conseil relève que, dans le court délai qui lui a été imparti pour examiner ce projet de décret, il n'a pu procéder à un examen approfondi des conditions auxquelles le ministre chargé des télécommunications devra soumettre les opérateurs pour assurer le respect des règles de

concurrence. Dans le cadre de cette demande d'avis, il se propose toutefois de rappeler les principes généraux permettant de déterminer la nature des obligations auxquelles devront satisfaire les opérateurs ainsi que d'appeler l'attention sur les difficultés spécifiques auxquelles pourrait se heurter la mise en oeuvre de ces obligations dans le secteur des télécommunications, ces difficultés étant notamment liées à la définition des marchés et à l'analyse de la position dominante.

Le projet de décret reprend la terminologie de l'article L. 33-1 du code des postes et télécommunications, qui dispose que l'autorisation est soumise à l'application de conditions *"nécessaires pour assurer une concurrence loyale"*. Il laisse au ministre chargé des télécommunications, ainsi qu'à l'Autorité de régulation des télécommunications chargée d'instruire pour son compte les demandes d'autorisations, un large pouvoir d'appréciation pour fixer éventuellement des conditions particulières, dont la liste non limitative figure dans la clause m), si *"des garanties lui apparaissent nécessaires pour assurer le bon fonctionnement de la concurrence sur le marché couvert par l'autorisation"*. Il y a toutefois lieu de souligner que des garanties nécessaires et suffisantes dans certaines configurations de marché pour permettre le bon fonctionnement de la concurrence peuvent se révéler insuffisantes dans d'autres configurations de marché pour assurer de fait une concurrence loyale. Ainsi, alors que dans certains cas une séparation comptable peut s'avérer suffisante, dans d'autres cas, comme l'a déjà indiqué le Conseil, seule une séparation juridique des entités assurant des activités différentes peut garantir l'exercice d'une concurrence effective.

Le premier alinéa de la clause type cotée m) fait état de la soumission de l'autorisation à certaines conditions *"pour assurer le bon fonctionnement de la concurrence sur le marché couvert par l'autorisation"*. Cette formulation n'est pas exempte d'ambiguïté dans la mesure où elle semble admettre que c'est l'autorisation individuelle qui définit les contours du marché pertinent. Cette ambiguïté est renforcée par le fait que les dispositions du deuxième alinéa de la même clause font référence à l'utilisation d'avantages *"au profit des autres activités couvertes par l'autorisation"*, lesquelles pourraient, de fait, relever de marchés différents. A cet égard, il y a lieu de rappeler que le marché doit être défini comme le lieu où se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. D'un point de vue analytique, sur un marché, les unités offertes sont substituables pour les demandeurs qui peuvent ainsi arbitrer entre les offreurs. Une substituabilité parfaite entre produits et services s'observant rarement, le Conseil considère que sont substituables et, par conséquent, se situent sur un même marché, les produits et services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les regardent comme des moyens entre lesquels ils peuvent arbitrer, pour satisfaire une même demande.

Une fois le marché défini, la part de marché peut constituer un indice de l'existence d'une position dominante. Dans le cas où une entreprise détient la totalité du marché, ce seul fait suffit à établir que celle-ci détient une position dominante. Cependant, la part de marché est dans bien des cas insuffisante pour conclure à l'existence ou non d'une position dominante. Il convient alors de prendre en compte d'autres éléments, tels que la part relative de chacun des intervenants sur le marché, le fait que l'entreprise intéressée appartienne ou non à un groupe d'entreprises puissant,

le statut de cette entreprise et le fait qu'elle a ou non un accès préférentiel à certaines sources de financement, ou encore, l'importance de barrières à l'entrée qui rendent peu probable la remise en cause de sa suprématie.

Les difficultés qui apparaissent ainsi, tenant à l'analyse des structures du marché et des conditions qui doivent être imposées aux opérateurs sollicitant une licence, présentent un enjeu particulier dans deux cas.

Il s'agit d'abord de celui de l'opérateur historique, qui gère une facilité essentielle, assure des missions de service public, bénéficie de l'image associée à ce service public et se trouve en concurrence pour certains services avec des entreprises privées. Le Conseil ne peut que constater que le caractère général des dispositions qui lui sont soumises ne permet pas de vérifier, eu égard à la complexité de l'analyse d'une telle situation, quelles garanties doivent être imposées à cet opérateur dans le cadre de l'autorisation pour assurer "*le bon fonctionnement de la concurrence*". En rappelant que les principes généraux qu'il a dégagés pour d'autres secteurs s'ouvrant à la concurrence ont pu conduire à suggérer des solutions plus ou moins contraignantes, qui supposent l'existence d'outils de gestion ou de contrôle spécifiques, le Conseil constate l'intérêt qu'il y aurait à ce que le cas particulier des autorisations de France Télécom fasse l'objet d'une consultation préalable du Conseil.

Si, par ailleurs, le cas des entreprises qui acceptent l'analyse de leur situation et les garanties qui leur seront en conséquence imposées dans le cadre de la clause m) n'appelle pas de remarque particulière, il n'en va pas de même pour celles qui contesteraient l'analyse des marchés ou de leur position sur lesdits marchés. Il y a lieu de souligner que, dès lors que ces entreprises seraient considérées, du point de vue de la régulation des télécommunications, comme disposant d'une position dominante et que des garanties leur seraient imposées, il ne peut être exclu que leur comportement ultérieur puisse faire l'objet d'une saisine contentieuse du Conseil de la concurrence sur le fondement des dispositions de l'article 8 de l'ordonnance de 1986 prohibant les abus de position dominante. Dans cette hypothèse, le Conseil aurait alors à se prononcer sur l'existence éventuelle d'une position dominante de ces entreprises et pourrait être conduit à porter sur cette question une appréciation différente de celle des autorités de régulation. Une telle situation serait source d'insécurité juridique. Aussi, lorsqu'existe un désaccord entre une entreprise et l'Autorité de régulation des télécommunications sur la définition du marché, il serait opportun que l'Autorité consulte le Conseil avant que ne soient fixées les garanties relevant de la clause m), de telle sorte que l'Autorité de régulation des télécommunications et le ministre chargé des télécommunications aient connaissance des positions que pourrait ultérieurement prendre le Conseil.

Enfin, le Conseil relève que les licences sont délivrées pour quinze ans, une telle durée apparaissant notamment justifiée par l'importance des investissements réalisés par les opérateurs. Toutefois, et comme l'a d'ailleurs relevé la Commission des Communautés européennes dans ses Lignes directrices concernant l'application des règles de concurrence au secteur des télécommunications (91/C233/02) publiées le 6 septembre 1991, en indiquant que : "25. (...) *Dans un domaine où la technologie évolue rapidement, la définition du marché en cause est*

dynamique et variable", le Conseil souligne que les marchés en cause font l'objet d'évolutions technologiques extrêmement rapides, qui ne semblent pas avoir été prises en compte s'agissant de la clause m). Or, il n'est pas inenvisageable que, dans un tel contexte technologique, les positions sur les marchés se modifient sensiblement au cours de la période couverte par l'autorisation. Il se peut notamment qu'un nouvel entrant, dont l'autorisation, eu égard à sa position lors de l'instruction initiale, n'aura justifié que des garanties minimales relevant de la clause m), acquière une position dominante ou au moins une influence significative sur un marché, lesdites garanties apparaissant alors insuffisantes pour assurer "*le bon fonctionnement de la concurrence*". A l'inverse, il ne peut être exclu qu'un opérateur en situation de domination lors de la délivrance de l'autorisation perde cette position et doive alors supporter des conditions relevant de la clause m) auxquelles ne se trouvent pas soumis ses concurrents. Aussi serait-il opportun d'envisager une procédure de révision, qui pourrait notamment s'inspirer des exigences fixées par la clause p) : celle-ci définit des obligations auxquelles sont soumis les opérateurs pour assurer le contrôle de leur cahier des charges par l'Autorité de régulation des télécommunications.

En conclusion, le Conseil de la concurrence estime que les conditions générales figurant dans la clause type cotée m), qui sont proches de celles qu'il a formulées lorsqu'il a examiné les conditions générales nécessaires à l'exercice de la concurrence dans des secteurs dans lesquels opèrent des monopoles publics, en voie ou non de dérégulation, ou des organismes assurant une mission de service public, laissent au ministre chargé des télécommunications un large pouvoir d'appréciation, dans un secteur en forte évolution.

Le Conseil considère que ces conditions devront faire l'objet de modulation en fonction des circonstances concernant chacun des opérateurs en cause. Pour l'opérateur historique, compte tenu des risques spécifiques d'atteinte à la concurrence associés, d'une part, à la gestion par cet opérateur d'une infrastructure essentielle et, d'autre part, à l'exercice par cet opérateur d'une mission de service public, seule une étude approfondie pouvant être réalisée dans le cadre d'une demande d'avis lui permettrait d'apprécier le niveau des garanties suffisantes pour permettre un exercice effectif de la concurrence. En ce qui concerne le cas des opérateurs qui contesteraient les appréciations de l'autorité de régulation quant à la définition des marchés pertinents et par voie de conséquence, la réalité de leur dominance sur un de ces marchés, il serait opportun de prévoir que soit recueilli l'avis du Conseil préalablement à l'attribution de la licence afin de limiter l'insécurité juridique qui pourrait résulter d'une appréciation divergente de ces autorités quant à la définition des marchés pertinents.

Le Conseil considère, enfin, que, compte tenu de l'évolution rapide des technologies dans le secteur des télécommunications de nature à modifier la définition des marchés et de la durée relativement longue des licences octroyées, il conviendrait d'introduire un mécanisme de révision des garanties exigées en matière de concurrence.

Délibéré sur le rapport oral de M. Bernard Lavergne, par M. Barbeau, président, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.

Le Rapporteur général,
Marie Picard

Le Président,
Charles Barbeau

© Conseil de la concurrence