

A 230

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

**Avis n° 97-A-27 du 9 décembre 1997
relatif à une demande d'avis sur le projet de cahier des charges annexé
au projet d'arrêté autorisant la société France Télécom à établir et
exploiter un réseau de télécommunications ouvert au public et à fournir
un service téléphonique au public**

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 18 novembre 1997, sous le numéro A 230, par laquelle le président de l'Autorité de régulation des télécommunications a saisi, sur le fondement de l'article L. 36-10 du code des postes et télécommunications, le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis sur le projet de cahier des charges annexé au projet d'arrêté autorisant la société France Télécom à établir et exploiter un réseau de télécommunications ouvert au public et à fournir un service téléphonique au public ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence, 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, les représentants de l'Autorité de régulation des télécommunications, des sociétés Bouygues Telecom, 9 Telecom, Cegetel et France Télécom entendus, conformément aux dispositions de l'article 25 de l'ordonnance susvisée ;

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

Le président de l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis sur le projet de cahier des charges annexé au projet d'arrêté autorisant la société France Télécom à établir et exploiter un réseau de télécommunications ouvert au public et à fournir un service téléphonique au public.

Il précise que cette saisine fait suite à l'avis du Conseil 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 avait alors estimé que : « *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* ».

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. L'article L. 36-7 dispose que l'ART instruit ces demandes pour le compte du ministre. 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'autorisation est soumise 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*". Le décret n°96-1175 du 27 décembre 1996 a précisé ces conditions qui figurent à l'article D. 98-2 du code des postes et télécommunications : "*- clause m) Lorsque des garanties apparaissent nécessaires pour assurer le bon fonctionnement de la concurrence sur le ou les marché(s) couvert(s) 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. Les licences prévoient la révision de la clause m pour tenir compte de toute évolution de la situation de l'opérateur au regard des situations décrites au présent alinéa. 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"*.

Il convient de noter que France Télécom a l'obligation, tirée de l'article 17 de son cahier des charges annexé au décret n°96-1225 du 27 décembre 1996 portant approbation du cahier des charges de France Télécom, de soumettre ses propositions tarifaires *« du service universel et des services pour lesquels il n'existe pas de concurrents sur le marché »* aux ministres chargés des télécommunications et de l'économie ainsi qu'à l'ART et de leur communiquer pour information les tarifs *« des autres services »*.

Le projet d'arrêté auquel est joint le projet de cahier des charges soumis au Conseil autorise la société France Télécom à établir et exploiter un réseau de télécommunications ouvert au public et à fournir le service téléphonique entre points fixes pour une durée de quinze ans. L'autorisation est personnelle à son titulaire et ne peut être cédée à un tiers. Elle précise que les réseaux et services exploités par France Télécom faisant par ailleurs l'objet d'une autorisation spécifique ne sont pas couverts par cette autorisation.

Dans la présentation générale de son projet, l'ART a précisé qu'elle *« n'a pas entendu imposer à France Télécom, dans sa licence, des obligations de type « comportemental » ; elle a souhaité mettre en place un système permettant un contrôle a posteriori passant en particulier par l'obligation pour France Télécom d'explicitier les relations existant entre ses différentes activités et entre celles-ci et celles de ses filiales ainsi que de tenir une comptabilité séparée ; ce système permet également une certaine transparence, notamment vis-à-vis du régulateur »*.

Le projet de cahier des charges se compose de dix-huit chapitres, parmi lesquels le chapitre 13 qui porte sur les *« Conditions nécessaires pour assurer une concurrence loyale »*. De plus, le chapitre 12, intitulé *« Interconnexion : droits et obligations »* précise que l'opérateur tient une comptabilité séparée pour ses activités d'interconnexion dans les conditions prévues notamment au chapitre 13. En effet, l'article D. 99-12 du code des postes et télécommunications dispose que les conditions qui s'appliquent aux opérateurs susceptibles d'exercer une influence significative sur un marché pertinent du secteur des télécommunications pour leur propre accès aux éléments de leur réseau sont définies aux paragraphes l et m des cahiers des charges des autorisations qui leur sont délivrées.

Le chapitre 13 précise que l'opérateur doit respecter les dispositions de l'ordonnance du 1er décembre 1986 et celles du code des postes et télécommunications, *« afin que soient établies les conditions nécessaires pour assurer une concurrence loyale sur les marchés couverts par*

l'autorisation ». S'il est constant que France Télécom doit respecter l'ensemble des règles de concurrence et si cette obligation doit être rappelée dans son cahier des charges, il conviendrait de compléter ces dispositions en y incluant une référence au traité de Rome.

Le cahier des charges contient également des dispositions qui figurent déjà dans le code des postes et télécommunications et le cahier des charges annexé au décret n°96-1225 du 27 décembre 1996. La directive 97/13/CE du 10 avril 1997 prévoit, dans son article 8 intitulé « *Conditions attachées aux licences individuelles* », que « 2. *Les Etats membres peuvent incorporer les termes des autorisations générales applicables dans la licence individuelle en attachant des conditions fixées à l'annexe à la licence individuelle. Les droits accordés en vertu d'autorisations générales et les conditions qui leur sont attachées ne peuvent être restreints ni augmentés par l'octroi d'une licence individuelle, sauf dans des cas objectivement justifiés et de manière proportionnée, notamment pour tenir compte d'obligations liées à la fourniture du service universel et/ou au contrôle d'une puissance sur le marché ou d'obligations correspondant aux offres présentées au cours d'une procédure d'appels d'offres comparatifs* ».

Le paragraphe 13.1 du cahier des charges, intitulé « *Infrastructures internationales* » reprend les dispositions de l'article 8 du cahier des charges de France Télécom relatif aux services de télécommunications internationales sans définir de conditions supplémentaires, alors que ce dernier prévoit que France Télécom fait droit « *dans les conditions définies par les autorisations qui lui sont délivrées* » aux demandes d'accès direct aux capacités de satellites. En l'absence de précisions particulières fixées par le cahier des charges, on peut s'interroger sur l'utilité de ces dispositions.

Le paragraphe 13.2 intitulé « *Transparence et non discrimination* » fait référence aux dispositions de l'article 14 du cahier des charges de France Télécom sur la « *Transparence des offres relevant du service universel des télécommunications* », qui impose à cet opérateur de séparer ce qui relève, d'une part, du service universel et, d'autre part, des autres services de télécommunications. Il précise que France Télécom peut proposer une offre sur mesure dans le respect du principe de non-discrimination, après avoir informé l'ART des conditions techniques et financières de cette offre. L'article 14 fait lui-même référence à l'article 3, relatif au « *Service universel du téléphone* », qui dispose que les tarifs de France Télécom relatifs au service universel sont fixés de manière à respecter les principes de transparence et d'orientation vers les coûts.

L'exploitant est ainsi tenu, par ce paragraphe 13.2, d'explicitier de manière précise les conditions dans lesquelles les services qu'il fournit, ainsi que ceux de ses filiales ou partenaires utilisent ses autres services, ressources ou activités. Les modalités de cette utilisation sont définies par des textes appelés conventions, protocoles ou documents, suivant qu'ils s'appliquent aux relations entre France Télécom, ses filiales ou partenaires, ou à une entité de France Télécom et à ses autres entités bénéficiant d'une autorisation particulière, ou encore à d'autres prestations internes entre entités. Les conditions de cette utilisation de « *services, ressources ou activités* » doivent répondre aux principes de transparence, d'objectivité et de non discrimination.

France Télécom établit déjà des conventions et protocoles dans les deux premiers cas. Dans le troisième cas qui concerne les prestations internes entre entités de France Télécom en

général, deux précisions doivent être apportées : il conviendrait, d'une part, de préciser que l'obligation de France Télécom est limitée aux seuls documents concernant des ressources susceptibles d'être utilisées dans la fourniture de services concurrencés, pour s'assurer de l'absence de subventions croisées, et, d'autre part, de lever l'ambiguïté des termes « *services* » et « *activités* », qui ont un caractère de généralité trop grand et nécessitent des précisions complémentaires.

Le paragraphe 13.3, intitulé « *Comptabilité* », impose notamment à France Télécom de se doter d'un système d'information et de comptabilité analytique permettant 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. Cette disposition, qui vise à contrôler l'absence de subventions croisées entre les diverses activités de l'opérateur, doit permettre de supprimer toute discrimination et faire apparaître les bases de facturation des services que l'exploitant se rend à lui-même, notamment en ce qui concerne les conditions d'interconnexion et la fourniture du service universel.

Il convient de noter à cet égard que la directive 97/33/CE du 30 juin 1997 dispose, dans son article 8, intitulé « *Séparation comptable et rapports financiers* », que les « *Etats membres demandent aux organismes exploitant les réseaux publics de télécommunications et/ou les services de télécommunications accessibles au public (...) (et aux) organismes puissants sur le marché, qui fournissent des réseaux publics de télécommunications et/ou des services de télécommunications accessibles aux utilisateurs et qui offrent des services d'interconnexion à d'autres organismes, de tenir une comptabilité séparée pour leurs activités en matière d'interconnexion d'une part - couvrant à la fois les services d'interconnexion fournis de façon interne et les services d'interconnexion fournis à d'autres - et leurs autres activités d'autre part, de manière à identifier, avec la base de leurs calculs et le détail des méthodes d'imputation appliquées, tous les éléments de dépenses et de recettes liés à leur activité d'interconnexion, en y incluant une ventilation par poste des immobilisations et des dépenses structurelles* ».

Le respect des dispositions comptables est d'autant plus important que, comme l'a rappelé le Conseil dans son avis n°96-A-10 du 25 juin 1996, un opérateur disposant d'une position dominante sur un marché peut être tenté d'utiliser la force que lui confère cette position pour mettre en oeuvre des pratiques de prix de prédation destinées à limiter l'accès ou à éliminer son ou ses concurrents sur ce marché ou sur un autre marché. Est également anticoncurrentielle, la pratique de vente d'un produit ou d'un service à un prix inférieur à son coût moyen variable, de même que la pratique de prix supérieurs aux coûts moyens variables mais inférieurs aux coûts moyens totaux, lorsqu'il est établi qu'elle a pour objet d'éliminer un concurrent.

Pour ce qui concerne les coûts d'interconnexion, le Conseil rappelle qu'il est favorable à ce que soit utilisée à terme la méthode du coût moyen incrémental de long terme, méthode qui conduit à une juste rémunération de l'opérateur historique sur la base des coûts causés par l'usage effectif de son réseau de transport et de desserte, selon un principe de « *meilleure vérité économique* ». En tout état de cause, la méthode d'évaluation des éléments de coûts liés à l'activité d'interconnexion devrait être identique à celle permettant à France Télécom d'élaborer

ses tarifs pour des produits et services à destination de ses clients, ce qui permettrait ainsi de s'assurer que l'opérateur respecte les règles d'une « concurrence loyale ».

Le paragraphe intitulé « *Séparation comptable* » constitue une généralisation de l'obligation faite à France Télécom de tenir une comptabilité séparée, prévue à l'article D. 99-12 du code des postes et télécommunications pour les activités d'interconnexion, à l'ensemble des activités suivantes : le réseau général, le réseau d'accès et chacun des principaux services fournis par l'exploitant. Il dispose que l'opérateur fournit à l'ART la « *définition des activités et les comptes séparés conformément à la liste des activités établie* » par cette autorité. Il appartiendra donc à France Télécom de préciser le périmètre de chacun des services correspondant à ces « *activités* ».

Ces dispositions sont la transposition de la position commune n° 27/97 (CE) du 9 juin 1997 qui prévoit dans son article 18, intitulé « *Principes de comptabilisation des coûts* », que « *les autorités réglementaires nationales veillent à ce qu'une description des systèmes de comptabilisation des coûts (...) faisant apparaître les catégories principales sous lesquelles les coûts sont regroupés ainsi que les règles de ventilation des coûts utilisés pour la téléphonie vocale soit mise à leur disposition si elles en font la demande* ».

Par ailleurs, les informations comptables à fournir permettent d'identifier les mêmes types de coûts que ceux transcrits à l'article D. 99-12 pour les seules activités d'interconnexion. Ces coûts doivent être « *pertinents, c'est-à-dire liés par une causalité directe ou indirecte, avec (l') activité* » concernée. Il importe toutefois de s'assurer que l'intégralité des coûts, directs ou indirects, sont ventilés sur les diverses « *activités* » de la liste.

Il conviendrait, en dernier lieu, pour permettre une exacte appréciation des coûts des services concurrencés supportés par France Télécom, de réaliser une analyse plus fine que celle portant sur des « *activités* », lesquelles ont un caractère global, et ceci selon des normes d'imputation comptables qui devraient être définies préalablement par l'ART dans le cahier des charges.

Le paragraphe 13.4, intitulé « *Transparence dans les comptes et dans l'action commerciale* », fait obligation à France Télécom de « *communiquer les éléments pertinents du système d'information, les données comptables et les comptes séparés* » à l'ART sur sa demande. Il précise que ces éléments font l'objet d'un audit annuel, qui peut être le même que celui portant sur les services fournis par France Télécom au titre du service public des télécommunications, prévu à l'article 18 de son cahier des charges.

Ce paragraphe prévoit en outre la « *publication* » annuelle par France Télécom d'un « *document de synthèse présentant des éléments chiffrés de comptabilité séparée* ». Les dispositions de l'article 18 de la position commune (CE) n° 27/97 du 9 juin 1997 qui dispose qu'« *une information comptable détaillée est mise à la disposition de l'autorité réglementaire nationale sur demande et à titre confidentiel* », ainsi que de celles de l'article 20 de la directive 97/13/CE du 10 avril 1997 qui précise que « *la divulgation (des informations concernant les entreprises, leurs relations commerciales ou les éléments constitutifs de leurs coûts par les autorités réglementaires nationales) est proportionnée et tient compte des intérêts légitimes des*

entreprises en matière de protection de leurs secrets commerciaux ». Si la production de ces informations, qui peut contribuer à la transparence, n'appelle pas d'observation de principe, il conviendrait toutefois que l'ART fixe, au préalable, le niveau de détail auquel elles doivent être produites.

Le paragraphe 13.4 fait également obligation à France Télécom de ne « *pas utiliser les informations qu'il obtient dans le cadre de ses relations de fourniture de services à des entreprises concurrentes à d'autres fins que celles prévues dans le cadre de la fourniture du service concerné* ». Ces dispositions s'appliquent à France Télécom vis-à-vis d'opérateurs de télécommunications concurrents. L'article D. 99-6 du code des postes et télécommunications précise, par ailleurs, que « *les opérateurs disposant d'informations dans le cadre d'une négociation ou de la mise en oeuvre d'un accord d'interconnexion ne peuvent les utiliser qu'aux seules fins explicitement prévues lors de leur communication. En particulier, ces informations ne sont pas communiquées à d'autres services, filiales ou partenaires pour lesquels elles pourraient constituer un avantage concurrentiel* ». Il conviendrait d'ajouter que France Télécom, qui offre des produits et services diversifiés, ne peut utiliser les informations confidentielles qu'il recueille dans l'exercice de ses activités de service universel à des fins commerciales pour la fourniture de services concurrencés. Si France Télécom a déclaré en séance avoir mis en place un protocole destiné à garantir le caractère confidentiel de certaines informations, le contrôle de la non-utilisation d'informations confidentielles serait plus aisé à mettre en oeuvre si des dispositions de ce type figuraient dans le cahier des charges.

Les dispositions des paragraphes 13.1 à 13.4 ne contiennent pas de sujétion particulière à l'encontre de France Télécom en matière d'action commerciale. Ceci répond au souci de l'ART de ne pas « *imposer à France Télécom, dans sa licence, des obligations de type « comportemental* » ». Les comportements de l'opérateur sont soumis aux règles de droit commun de la concurrence et seraient donc susceptibles d'être qualifiés sur le fondement des dispositions de l'ordonnance de 1986 et du Traité de Rome.

A ce titre, le Conseil rappelle, qu'outre les pratiques de prix de prédation, il a déjà eu l'occasion de considérer que l'octroi de remises couplées pouvait, dans certains cas, diminuer artificiellement la compétitivité des concurrents d'une entreprise et être de nature à limiter la concurrence sur un marché, et que les remises de fidélité accordées par une entreprise en position dominante pouvaient être anticoncurrentielles en ce qu'elles entravaient l'accès au marché dans des conditions de compétition normales (décision n°96-D-10 du 20 février 1996).

Par ailleurs, le Conseil a estimé que la stratégie de prix utilisée par une société était abusive et de nature à restreindre la concurrence sur le marché, lorsque cette dernière « *qui détient une position dominante, loin de faire les propositions de fourniture les plus compétitives qu'il peut consentir (...) se réserve la possibilité (...) de renégocier sa proposition* ». Une telle pratique permettait en effet à cette société de limiter artificiellement son risque de voir des marchés lui échapper tout en lui évitant d'avoir à adopter dans tous les cas où elle était consultée une politique de prix compétitif. Il lui suffisait ainsi de limiter ses efforts, d'une part, aux seuls cas où il s'avérait que son concurrent avait effectivement fait des propositions plus intéressantes que la sienne et, d'autre part, au seul montant strictement nécessaire pour évincer ce concurrent de ces marchés (décision n°92-D-62 du 18 novembre 1992).

Enfin, le paragraphe 13.5 du chapitre 13 du cahier des charges de l'autorisation, intitulé « *Révision du présent chapitre* » prévoit la possibilité d'une révision du chapitre 13 « *pour tenir compte de l'évolution de la situation de l'opérateur au regard des conditions d'exercice de la concurrence sur le marché* ». Ces dispositions sont conformes à celles de l'article D. 98-2 du code des postes et télécommunications tiré du décret n°96-1175 du 27 décembre 1996 qui dispose que les « *licences prévoient la révision de la clause m pour tenir compte de toute évolution de la situation de l'opérateur (...)* ». Cette formulation présente cependant une ambiguïté dans la mesure où elle semble admettre que l'autorisation individuelle définit les contours d'un marché pertinent, alors même que le premier alinéa du chapitre 13 fait état de plusieurs marchés. 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, qu'il s'apprécie par rapport à la substituabilité de ces produits ou services pour les demandeurs et que le Conseil considère que sont substituables et, par conséquent, se situent sur un même marché, ceux dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les regardent comme des moyens entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande. Il conviendrait ainsi d'appliquer les conditions de concurrence « *sur le ou les marché(s) couvert(s) par l'autorisation* ».

En conclusion, le Conseil de la concurrence relève que si l'ART a souhaité privilégier la mise en place d'un système lui permettant d'exercer un contrôle a posteriori sur les activités de France Télécom, visant en particulier à obliger cette société à expliciter les relations existant entre ses différentes activités et entre celles-ci et celles de ses filiales, ainsi qu'à tenir une comptabilité séparée, il paraît opportun, pour que ce contrôle puisse s'exercer pleinement, que les points relevés ci-dessus fassent l'objet de précisions complémentaires dans le cahier des charges.

Le présent avis sera publié au *Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*.

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

Le Rapporteur général,
Marie PICARD

Le Président,
Charles BARBEAU