

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

**Avis n° 97-A-05
du 22 janvier 1997**

portant sur les propositions tarifaires " *Modulance Partenaires* " de France Télécom

Le Conseil de la concurrence (section III),

Vu la lettre enregistrée le 26 décembre 1996 sous le numéro A 207 par laquelle le ministre délégué aux finances et au commerce extérieur a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 sur certaines propositions tarifaires de France Télécom ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, modifiée, et notamment son article 5, et le décret n°86-1309 du 29 décembre 1986, modifié, pris pour son application ;

Vu le code des postes et télécommunications ;

Vu la loi n°96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus, les représentants de l'Association des opérateurs de services de télécommunications et des sociétés France Télécom et Cegetel entendus conformément à l'article 25 de l'ordonnance précitée ;

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

France Télécom a souhaité pérenniser la commercialisation de trois tarifs expérimentaux dénommés "*Modulance Partenaires 300*", "*Modulance Partenaires 500*" et "*Modulance Partenaires 800*" dont l'homologation temporaire expire au 31 janvier 1997. Par lettre enregistrée le 26 décembre 1996 sous le numéro A 207, le ministre délégué aux finances et au commerce extérieur a demandé au Conseil de la concurrence de se prononcer sur les propositions tarifaires de France Télécom destinées aux clients "*multisites*". Ce peut être soit une collectivité publique, soit une entreprise ou un groupe d'entreprises disposant de plusieurs implantations géographiques en France.

I. - Les propositions tarifaires de France Telecom

Les options tarifaires "*Modulance Partenaires*", destinées aux clients multisites, consistent à faire bénéficier contractuellement les abonnés de réductions sur le prix des communications par rapport aux tarifs du catalogue de prix de France Télécom, y compris les avantages horaires, moyennant le paiement de frais d'accès au service, d'un abonnement pour l'ensemble du réseau ("*Modulance Partenaires 800, 500 ou 300*") et d'un ou deux abonnements par site selon l'option réseau choisie. Ces options sont offertes en fonction des possibilités techniques et organisationnelles de l'opérateur.

Il existe deux types d'"*option réseau*" : d'une part, "*Modulance Partenaires 300*" qui, pour un abonnement par site, ouvre droit à des réductions sur le trafic partenaire (trafic au départ du site vers des destinations déclarées) et sur le trafic externe (trafic au départ du site vers toutes les autres destinations). et, d'autre part, les options "*Modulance Partenaires 800*" et "*Modulance Partenaires 500*" qui ouvrent également droit respectivement à des remises sur le trafic partenaire et sur le trafic externe, mais pour deux abonnements par site.

Le client est tenu de déclarer chaque numéro d'appel des sites "*partenaires*". Les réductions s'appliquent pour les trois options tarifaires aux communications téléphoniques ordinaires et Numéris, en mode téléphonique et numérique, aux communications nationales de voisinage et à grande distance (à l'exclusion des communications locales et internationales), ainsi qu'à celles émises de la métropole vers les DOM, enfin, aux communications au départ des groupements de ligne décrits sur les sites désignés préalablement à France Télécom. L'ensemble des communications répondant à ces différents critères constitue "*l'assiette du trafic de Modulance Partenaires*".

Les contrats "*Modulance Partenaires 800*" et "*Modulance Partenaires 500*" donnent droit, pour des frais d'accès au réseau de 50 000 francs HT et un abonnement mensuel à l'option réseau de respectivement 70 000 francs HT et 15 000 francs HT, à une "*réduction site*" et à une "*réduction réseau*". La "*réduction site*" s'applique sur l'assiette de trafic "*Modulance Partenaires*" enregistré pour chaque site au compte de facturation de l'abonné. Le client choisit obligatoirement une des quatre options pour le trafic partenaire et une des quatre options pour le trafic externe. La réduction pour le "*trafic partenaire*" est comprise entre 10 % et 35 %, pour un abonnement mensuel de 425 francs HT à 3 000 francs HT, par site. La "*réduction pour le trafic externe*" est comprise entre 5 % et 17 %, pour un abonnement mensuel de 200 francs HT à 9 000 francs HT, par site.

Une réduction complémentaire de 8 % ("*Modulance Partenaires 800*") et 5 % ("*Modulance Partenaires 500*"), dénommée la "*réduction réseau*", est appliquée sur "*l'assiette de trafic Modulance Partenaires*", après déduction des remises précédentes. Cette réduction s'applique à l'ensemble des comptes de facturation déclarés au contrat. En outre, une "*prime de fidélité*", pour les contrats de trois ou cinq ans, de respectivement 2 % et 4 %, est accordée sur le montant HT de "*l'assiette de trafic de Modulance Partenaires*", après déduction des remises précédemment décrites.

Le contrat "*Modulance Partenaires 300*", pour lequel le catalogue de prix rappelle qu'elle est offerte en fonction des possibilités techniques et organisationnelles de France Télécom, donne droit, pour des frais d'accès au réseau de 20 000 francs HT et un abonnement mensuel à l'option réseau de 4 900 francs HT, à

une " réduction site " et à une " réduction réseau ". La " réduction site " s'applique sur l'assiette de trafic " Modulance Partenaires " enregistré pour chaque site au compte de facturation de l'abonné. Le client choisit obligatoirement une des quatre options ouvrant droit à un niveau relatif à deux réductions, l'une pour le " trafic partenaire " et l'autre pour le " trafic externe ". Pour un abonnement mensuel compris entre 550 francs HT et 17 000 francs HT, le taux de réduction pour le " trafic partenaire " est compris entre 10 % et 35 % et le taux de " réduction pour le trafic externe " est compris entre 5 % et 20 %.

Une réduction complémentaire de 3 %, dénommée la " réduction réseau ", est appliquée sur " l'assiette de trafic Modulance Partenaires ", après déduction des remises précédentes. En outre, une " prime de fidélité " pour les contrats de trois ou cinq ans, de respectivement 2 % et 4 %, est accordée sur le montant HT de " l'assiette de trafic de Modulance Partenaires ", après déduction des remises précédemment décrite

Ces mesures ont pour cible les 600 à 700 entreprises, qui réalisent chacune en moyenne des dépenses annuelles globales en télécommunications de plus de trois millions de francs. A volume de communications constant, le montant total de perte de recette est évalué par France Télécom à 300 millions de francs.

II. - La portée des propositions " modulance partenaires " sur l'exercice de la concurrence

Dans sa demande d'avis, le ministre délégué aux finances et au commerce extérieur estime que la réduction instituée par le tarif " Modulance 300 " " peut poser problème au regard des règles de la concurrence ", dans la mesure où " elle couple deux marchés sur lesquels les conditions de concurrence sont différentes : (i) le trafic interne de l'entreprise, qui est ouvert à la concurrence mais où France Télécom conserve une position dominante, et (ii) le trafic externe de l'entreprise, sur lequel France Télécom dispose d'un monopole de fait. Il y a couplage entre les deux marchés, car le client n'a pas la possibilité de choisir une réduction pour un seul type de trafic et de payer plein tarif pour l'autre type de trafic. France Télécom s'appuie donc explicitement sur son monopole de fait sur les infrastructures et sur les services de téléphonie vocale pour proposer des offres avantageuses sur l'ensemble du trafic. Ce problème est d'autant plus important que ces tarifs s'adressent notamment aux plus grandes entreprises françaises, qui constituent une clientèle essentielle pour les nouveaux opérateurs ". Le ministre demande au Conseil " d'apprécier si les dispositions des présents tarifs, notamment en tant qu'elles portent sur une offre groupée de prestations rendues en concurrence et en monopole, sont compatibles avec l'exercice de la concurrence sur les marchés sur lesquels cette dernière doit également s'exercer ".

Par ailleurs, l'Association des opérateurs de services de télécommunications (AOST), qui regroupe les sociétés BT France, Cable & Wireless France, AT&T France, Siris, Worldcom France, RSL Com, Esprit Télécom, Scitor et Cegetel Entreprises, et a pour objet de représenter et défendre les intérêts de ses membres dans le cadre de l'ouverture du marché français des télécommunications à la concurrence, a déposé une plainte auprès de la Commission européenne le 26 novembre 1996, à l'encontre de France Télécom sur le fondement de l'article 86 du Traité de Rome au sujet des options tarifaires " Modulance

Partenaires "

Dans sa saisine, le ministre délégué aux finances et au commerce extérieur fait référence à un marché relatif au "*trafic interne*", entre sites d'une même entreprise, qui serait distinct du marché du "*trafic externe*", entre ces sites et l'extérieur. L'AOST soutient, au contraire, dans sa plainte à la Commission européenne, qu'il existe un seul marché de la téléphonie vocale comprenant deux segments (le service de téléphonie vocale réservé, fourni par France Télécom sur le réseau public commuté, et les services non réservés tels que les services vocaux qui peuvent être offerts par d'autres opérateurs à un ou plusieurs groupes fermés d'utilisateurs). Compte tenu du bref délai qui lui est imparti pour l'examen de la présente demande d'avis, le Conseil n'est pas en mesure de faire procéder à l'étude approfondie qui serait nécessaire pour définir le ou les marchés pertinents.

Au demeurant, cette définition est, en l'espèce, sans portée sur l'appréciation que peut formuler le Conseil sur la compatibilité des propositions tarifaires "*Modulance Partenaires*" avec l'exercice de la concurrence. Il est, en effet, constant que, d'une part, France Télécom dispose, dans l'un et l'autre cas, d'une position dominante (soit sur le marché de la téléphonie vocale comprenant deux segments, soit sur les deux marchés de trafics "*interne*" et "*externe*") et que, d'autre part, les utilisateurs d'un service non réservé ne peuvent se dispenser de recourir au service de téléphonie locale réservé.

Au regard des options tarifaires "*Modulance Partenaires*" proposées par France Télécom, les opérateurs concurrents de cette société peuvent offrir aux entreprises multisites des services relatifs aux communications tant internes qu'externes aux entreprises : pour les premières, dans la cadre actuellement autorisé des groupes fermés d'utilisateurs, qui peuvent être assimilés aux "*partenaires*" et, pour les secondes, en utilisant le réseau public commuté, le service téléphonique entre points fixes étant réservé à l'opérateur historique jusqu'au 31 décembre 1997. Jusqu'à cette date, ce dernier facture à ses concurrents le service correspondant, soit sur la base du prix de détail, soit en les faisant bénéficier d'options tarifaires généralement moins avantageuses que celles procurées par "*Modulance Partenaires*".

Dès lors, en couplant, dans les options "*Modulance Partenaires*", les avantages tarifaires consentis pour les communications internes (entre sites) de ses clients à des avantages tarifaires pour leurs communications externes, et en leur offrant une remise supplémentaire de 3, 5, ou 8 % sur l'ensemble de ces communications, France Télécom lie artificiellement deux services distincts, dont l'un est d'ores et déjà ouvert à la concurrence.

Dans ces conditions, les entreprises multisites sont découragées de s'adresser à un opérateur concurrent pour leur trafic entre sites, même si cet opérateur leur offre pour ce service des conditions tarifaires aussi intéressantes que celles prévues au titre des réductions pour le "*trafic partenaires*" accordées par les contrats "*Modulance*". En effet, si des entreprises multisites s'adressent pour leur trafic entre sites à un concurrent de France Télécom, elles ne peuvent pas bénéficier des avantages consentis dans le cadre des options "*Modulance Partenaires*" sur leurs communications externes, ainsi que de la partie de la remise globale supplémentaire calculée sur ces communications.

Les concurrents de France Télécom pourraient, certes, parer à ce désavantage concurrentiel en tentant d'offrir aux clients potentiels, en complément du service de communication entre sites, un service de communication externe. Mais ils seraient alors nécessairement dépendants de France Télécom pour l'utilisation du réseau public commuté, de sorte que celui-ci les tiendrait dans sa dépendance économique. Il n'est, à cet égard, pas contesté que les conditions tarifaires auxquelles les concurrents de France Télécom peuvent acheminer les communications externes de leurs clients multisites par le réseau public commuté sont, sauf à ce qu'ils souscrivent eux-mêmes aux options "*Modulance Partenaires*" de France Télécom, plus onéreuses que celles dont ces clients bénéficieraient si, s'étant adressés directement à France Télécom pour acheminer leurs communications ils avaient bénéficié des réductions pour le trafic externe prévues dans le cadre des options "*Modulance Partenaires*".

La circonstance que des opérateurs concurrents de France Télécom pourraient obtenir pour eux-mêmes le bénéfice de l'une des options "*Modulance Partenaires*" et bénéficier de l'intégralité des avantages tarifaires prévus dans cette option, tant pour leur trafic propre que pour le trafic interne et externe de leurs clients, à la supposer établie, n'est pas de nature à modifier l'appréciation des conséquences anticoncurrentielles de ces options. En effet, dans ce cas, et pour pouvoir rétrocéder à leurs clients les avantages tarifaires qu'ils auraient obtenus, d'une part, ces concurrents seraient obligés d'utiliser le réseau public commuté, dont France Télécom a le monopole d'exploitation, pour le trafic sortant de leurs sites, et ne pourraient de la sorte rentabiliser les liaisons louées par eux pour assurer le trafic entre leurs sites, d'autre part, ils devraient supporter les coûts supplémentaires liés à la location de liaisons pour le trafic entrant sur leurs sites, enfin ils seraient obligés de négocier avec France Télécom un avenant à leur contrat chaque fois qu'ils créeraient un nouveau site. France Télécom a, du reste, reconnu lors de la séance du Conseil que, sauf à devenir de simples revendeurs, ses concurrents n'auraient aucun intérêt économique à souscrire à l'une des options "*Modulance Partenaires*".

Au total, la liaison entre les réductions pour le trafic interne et les réductions pour le trafic externe des souscripteurs aux options "*Modulance Partenaires*" de France Télécom et la remise supplémentaire accordée sur l'ensemble du trafic interne et externe qui n'ont pas de justification technique, ont pour objet et pour effet de fausser le jeu du marché entre France Télécom et les opérateurs admis à le concurrencer soit en détournant les clients multisites de ces derniers, même lorsque ceux-ci sont aussi efficaces que l'opérateur historique, soit en les cantonnant dans un simple rôle de revendeur des services offerts par France Télécom.

Par ailleurs, les conditions spécifiques des contrats "*Modulance Partenaires*" stipulent dans leur article 7.2 que ces contrats sont souscrits "*pour une durée initiale de un, trois ou cinq ans*", et qu'ils sont reconduits "*pour une durée indéterminée*" sauf pour le client à le "*résilier ou (...) le renouveler pour une durée différente (...) au plus tard trois mois avant l'échéance par lettre recommandée avec avis de réception*". L'article 7.3 précise que les contrats conclus initialement pour une durée d'un an peuvent être, par avenant, transformés en contrats de trois ans. L'article 14 définit le montant de la pénalité due à France Télécom en cas de résiliation anticipée : cette pénalité est égale au produit du nombre de mois restant à courir jusqu'à l'échéance du contrat par le montant de l'abonnement "*Réseau*" mensuel moyen passé. Elle est réduite de moitié si la résiliation anticipée intervient au cours de l'année civile 1998.

De plus, l'option tarifaire "*Modulance Partenaires*" comprend une remise globale, dite "*prime de fidélité*", sur le montant total de la facture toutes remises déduites qui s'élève à 2 % pour les contrats d'une durée de trois ans, et de 4 % pour ceux d'une durée de cinq ans. Or, le monopole de France Télécom sur le service téléphonique entre points fixes prendra fin à compter du 1^{er} janvier 1998 et les négociations relatives aux conditions tarifaires d'interconnexion ne sont pas encore achevées.

Ainsi, compte tenu de la durée (un, trois et cinq ans) des contrats en cause, qui va au delà de la date d'ouverture à la concurrence des services de téléphonie vocale, du mode (tacite) et de la durée (indéterminée) de leur reconduction, et du montant de la pénalité exigible en cas de résiliation anticipée, l'existence d'une remise de fidélité est de nature à inciter les entreprises qui ont besoin d'un service lié comprenant, d'une part, une prestation pour laquelle France Télécom dispose encore d'un monopole (le "*trafic externe*") et une prestation d'ores et déjà ouverte à la concurrence (le "*trafic interne*"), à contracter dès maintenant avec l'opérateur historique et à les dissuader de s'adresser à un concurrent lorsque les deux services seront ouverts à la concurrence. Cette remise est donc susceptible de limiter l'exercice de cette concurrence.

Le Conseil rappelle d'ailleurs qu'il a déjà eu l'occasion de considérer que l'octroi de remises couplées pouvait, dans certains cas, "*diminuer artificiellement la compétitivité des (...) concurrents*" et être "*de nature à limiter la concurrence sur le marché*" (avis n° 93-A13 du 6 juillet 1993 et avis n°94-A-26 du 15 novembre 1994) 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° 90-D-27 du 11 novembre 1990 et arrêt de la Cour d'appel de Paris du 21 mars 1991).

Pour apprécier l'incidence sur l'exercice de la concurrence des autres clauses des options tarifaires "*Modulance Partenaires*", notamment celles relatives au niveau des réductions proposées, le Conseil ne pourrait se prononcer que s'il connaissait les conditions dans lesquelles de nouveaux opérateurs pourraient offrir des services de télécommunications. La capacité concurrentielle de ces nouveaux opérateurs dépendra non seulement des options tarifaires "*Modulance Partenaires*" elles-mêmes, mais aussi de la politique tarifaire globale de France Télécom, qui est fondée sur une diminution sensible du prix des communications interurbaines sur lequel portent les réductions en cause, qui entrera en vigueur en mars 1997. Elle dépendra, enfin, des tarifs de location des liaisons louées ainsi que des prix d'interconnexion que France Télécom offrira à ses concurrents, prix qui ne seront connus qu'à partir de juillet 1997.

En conclusion, le Conseil de la concurrence est d'avis qu'il conviendrait de supprimer des options tarifaires "*Modulance Partenaires*" les dispositions relatives au couplage des remises pour le "*trafic partenaire*" à celles pour le "*trafic externe*" et les dispositions relatives à la "*prime de fidélité*".

Le présent avis ne préjuge en rien la décision que le Conseil pourrait être amené à prendre dans le cadre d'une saisine contentieuse, au terme d'une instruction approfondie et pleinement contradictoire.

Délibéré sur le rapport oral de M. Bernard Lavergne, par M. Barbeau, président, M. Cortesse, vice-président, Mme Boutard-Labarde, MM. Robin, Rocca, Sloan et Thiolon, membres.

Le rapporteur général suppléant,
Jean-Claude Facchin

Le président,
Charles Barbeau