

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Avis n° 98-A-24 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

Le Conseil de la concurrence (formation plénière),

Vu la lettre enregistrée le 30 octobre 1998 sous le numéro A 259 par laquelle 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 relative aux conditions d'offre sur mesure de France Télécom ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} 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, le commissaire du Gouvernement entendus, les représentants des sociétés Cegetel et France Télécom et M. Curien, professeur au Conservatoire national des arts et métiers 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 a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis sur les conditions de légalité des offres sur mesure de service universel de France Télécom, au regard de la jurisprudence existante, issue notamment de l'application des articles 8 et 36-1 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

L'article L. 35-2 de la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications établit que "*France Télécom est l'opérateur public chargé du service universel*". Conformément à l'article 17 de son cahier des charges, France Télécom soumet à homologation les tarifs relatifs à ce service avant de les publier dans son catalogue de prix. L'article 14 de ce même cahier des charges établit que, pour ce qui concerne le service universel, France Télécom ne peut déroger à son catalogue de prix que dans les cas où la demande présente une spécificité technique ou commerciale qui le justifie. L'opérateur répond à cette demande par une offre sur mesure dans le respect du principe de non-discrimination. L'Autorité de régulation des télécommunications doit alors être informée des conditions techniques et financières de l'offre. Cinq dossiers ont fait l'objet de ce type de procédure depuis l'ouverture du secteur à la concurrence, dont trois ont abouti.

Après avoir décrit le contexte réglementaire et économique dans lequel s'insèrent les offres sur mesures de France Télécom, le présent avis examinera les critères d'analyse de ces offres au regard du droit de la

concurrence.

I. - Cadre réglementaire et contexte économique

La procédure d'homologation des tarifs de service universel et des services hors concurrence ainsi que les offres sur mesure qui permettent d'y déroger sont définies dans le cahier des charges de France Télécom, dont le Conseil de la concurrence, dans son avis 97-A-27 du 9 décembre 1997, a signalé les imprécisions.

L'article 17 du cahier des charges de France Télécom, relatif aux tarifs, mentionne : "*France Télécom établit un catalogue des prix pour le service universel et les services obligatoires. Ce catalogue est consultable librement dans les agences commerciales de France Télécom et les points de contact avec les clients, et est accessible à un tarif raisonnable par un moyen électronique*". L'article 3 du cahier des charges de France Télécom précise 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 au sens de la directive n° 95/62 du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 13 décembre 1995.

Dans sa deuxième partie, l'article 17 fixe les "*modalités d'évolution des tarifs du service universel et des services pour lesquels il n'existe pas de concurrents sur le marché*".

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.

En pratique, le terme d'"*offre sur mesure de service universel*" a recouvert les offres sur mesure proposées par France Télécom sur le service voix -ou, définitions proches, sur le téléphone fixe ou encore sur le Réseau Téléphonique Commuté- à des "*grands comptes*".

L'article 14 relatif à la transparence des offres relevant du service universel des télécommunications de ce même cahier des charges établit : "*Lorsque France Télécom propose directement ou indirectement une prestation globale, incluant du service universel du téléphone, elle doit séparer, lors de l'offre ou de toute étude ou devis préalable, ainsi que dans le contrat et la facturation, ce qui relève d'une part du service universel et, d'autre part, des autres services. (...) 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. France Télécom peut alors proposer une offre sur mesure dans le respect du principe de non-discrimination. Elle informe l'Autorité de régulation des télécommunications préalablement à la signature du contrat des conditions techniques et financières de cette offre. L'Autorité de régulation des télécommunications peut notamment demander, lorsque cela est nécessaire pour garantir le principe de non discrimination, la publication des caractéristiques de l'offre, dans le respect du secret des affaires*".

Les offres sur mesure ouvrent à France Télécom la possibilité de proposer à un client un contrat tarifaire qui ne figure pas dans le catalogue des tarifs homologués et de se soustraire à la rigidité et la transparence tarifaires résultant de l'article 17 du cahier des charges. L'article 14 pose les bases d'un contrôle alternatif, à savoir une information de l'Autorité de régulation des télécommunications portant sur les conditions financières et techniques du contrat concerné. Ce contrôle repose sur une déclaration de France Télécom et n'exclut pas le risque que France Télécom s'écarte de son catalogue, sans contrôle autre que celui pouvant s'exercer a posteriori dans le cadre d'un recours en contentieux.

L'examen des offres sur mesure par l'Autorité de régulation des télécommunications requiert en tout premier lieu d'établir si la demande adressée par les entreprises clientes aux opérateurs de télécommunications présente effectivement une spécificité. Aucune disposition de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ne permet de définir les critères établissant la spécificité technique ou commerciale d'une demande.

Seul le cas des appels d'offres, et principalement des marchés publics, qui comporte une particularité juridique, même en l'absence de spécificité technique ou commerciale, justifie le recours à des offres sur mesure. En effet, dans sa décision 91-D-23 du 15 mai 1991, relative à des pratiques constatées à l'occasion d'appels d'offre à Nice, confirmée par arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 12 décembre 1991, le Conseil de la concurrence a considéré " *que le croisement de l'appel d'offres de la collectivité publique et des réponses des candidats a réalisé un marché, à savoir la rencontre entre une demande et des offres* ", ce qui tend à établir la spécificité de la demande. Par ailleurs, le Conseil de la concurrence a souligné, dans son avis 96-A-08 du 2 juillet 1996, relatif aux propositions formulées dans un rapport portant sur la réforme du droit de la commande publique : " *En particulier, il devrait être explicitement interdit à l'acheteur public de communiquer à tout soumissionnaire les offres reçues* ". Or, dès lors qu'un appel d'offres, émanant notamment d'une collectivité publique, ne comporte pas de spécificité technique ou commerciale, France Télécom est tenue d'y répondre sur la base de son catalogue ; compte tenu du fait que le tarif proposé est un élément majeur de la réponse et qu'il est public, le montant de son offre se trouve de facto porté à la connaissance des autres soumissionnaires.

Dans les autres cas, l'arbitrage délicat entre la transparence imposée à l'opérateur historique, dans le cadre du service universel ou compte tenu de sa position dominante, et la confidentialité des offres qui doit être préservée pour l'exercice de la concurrence relève de la régulation. La marge de manoeuvre qu'il convient d'accorder à France Télécom doit s'apprécier au regard du degré de concurrence constaté sur le marché des télécommunications et est susceptible d'être révisée.

Le marché de la téléphonie vocale est caractérisé par une asymétrie forte entre France Télécom et ses concurrents. France Télécom reste largement dominant sur le téléphone fixe. Ses parts de marché sont estimées à environ 80-85 % sur les liaisons longue distance ou internationales et à 99 % sur les liaisons locales. L'opérateur en place est en position privilégiée pour anticiper des négociations tarifaires auprès d'entreprises soucieuses de diminuer leur facture. L'ancienneté des liens entre les entreprises et l'opérateur historique, dont le service est connu, peut les détourner de faire jouer la concurrence et de s'adresser à des opérateurs entrants. De plus, l'adaptation des autocommutateurs des entreprises à un changement d'opérateur comporte encore un coût. Enfin, sur la presque totalité du territoire, France Télécom est le seul opérateur à pouvoir fournir l'ensemble des services voix-local, voisinage, interurbain, international.

Sur les segments sur lesquels ils se positionnent, les nouveaux entrants font reposer leur entrée sur le marché sur l'offre de tarifs plus attractifs, de 10 à 15 % inférieurs à ceux de France Télécom.

II. - Critères d'analyse des offres sur mesure

L'article 14 du cahier des charges de France Télécom indique que l'entreprise peut "*proposer une offre sur mesure dans le respect du principe de non discrimination*". L'examen des effets anticoncurrentiels que pourraient avoir les offres sur mesure de France Télécom porte dans un premier temps sur la non discrimination évoquée explicitement dans le cahier des charges. Sont proposés ensuite d'autres critères d'analyse à prendre également en compte au regard du droit de la concurrence.

Les offres sur mesure étant, par définition, exceptionnelles pourraient être regardées comme ayant peu d'impact sur le marché des télécommunications ou même de la téléphonie fixe.

L'organisation interne des plus gros opérateurs, qui identifient des branches "*entreprises*", la définition de catalogues spécifiques à destination de ces clients gros consommateurs, l'existence, parmi les entrants, d'opérateurs spécialisés dans les services aux entreprises permettent de définir un marché des télécommunications des entreprises. Sur ce marché, le traitement de la téléphonie fixe des "*grands comptes*", c'est-à-dire les plus gros consommateurs, constitue un enjeu dans la mesure où ces entreprises représentent un poids relatif important ; elles sont susceptibles de demander d'autres services de télécommunications ; enfin elles jouent un rôle de référence pour d'autres entreprises, moins à même de supporter des coûts de prospection.

Dans l'affaire AKZO / Commission (C-62-86), la Cour de justice a précisé : "*Pour la Commission, l'importance d'une entreprise particulière dans le maintien de la concurrence dépend moins de sa taille que de l'impulsion et de l'orientation de la concurrence qu'elle livre aux grands producteurs*". Ainsi l'élimination d'un concurrent même modeste mais potentiellement dangereux peut avoir un effet substantiel sur la concurrence, même s'il ne détient qu'une part réduite de marché. En l'espèce, les grands comptes présentent, de ce point de vue, un enjeu suffisamment important pour les nouveaux entrants pour que l'on s'interroge sur les risques potentiels que présentent les offres sur mesure de France Télécom.

La discrimination dans le secteur des télécommunications est fréquemment mentionnée pour décrire le risque de charges d'accès au réseau différenciées entre l'opérateur historique et les entrants. Dans le cas présent, l'examen du principe de non discrimination lors des offres sur mesure de France Télécom porte sur les relations établies entre une entreprise en position dominante et ses clients et sur les effets qu'une discrimination entre ces clients est susceptible d'entraîner sur leurs marchés respectifs.

Des offres sur mesure établissent par nature un traitement différencié des clients. Elles sont susceptibles d'introduire une discrimination entre les entreprises présentes sur un même marché : celles auxquelles sont présentées des offres sur mesure et celles auxquelles s'applique le tarif du catalogue. Pour éviter une telle discrimination, il est indispensable que les dérogations tarifaires consenties par rapport au catalogue soient justifiables et les variations de coût qui s'ensuivent mesurables.

La publication, dans le respect du secret des affaires, prévue à l'article 14 du cahier des charges et dont les modalités pourraient faire l'objet d'une réflexion, réduit le risque de clauses discriminatoires, dès lors qu'elle expose l'opérateur à des demandes similaires de la part d'autres clients.

S'agissant des relations entre France Télécom et les autres opérateurs de télécommunications, le Conseil de la concurrence a retenu, dans son avis 97-A-07 du 27 mai 1997, relatif à la coexistence à France Télécom d'activités de télécommunications exercées en situation concurrentielle et sous monopole : "*Les difficultés soulevées par l'existence au sein d'une entreprise détenant un monopole public d'activités relevant du secteur concurrentiel présentent un enjeu particulier dans le cas d'un opérateur historique, qui gère une facilité essentielle, assure une mission de service public, bénéficie d'une image associée à ce service public et se trouve en concurrence pour certains services avec des entreprises privées. Le Conseil a déjà eu l'occasion d'évoquer certains risques de distorsion de concurrence dans d'autres secteurs d'activités...*". Ces avis, et notamment l'avis 94-A-15 du 10 mai 1994 relatif à la diversification des activités d'EDF GDF, fournissent le cadre d'approche applicable aux offres sur mesure de France Télécom.

Un risque inhérent aux offres sur mesure, moins contrôlées que les tarifs, est de donner lieu à des abus de position dominante. Le Conseil a retenu dans son avis 97-A-27 du 9 décembre 1997 relatif au projet de cahier des charges de France Télécom qu' "*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 œuvre 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*".

Une offre sur mesure non justifiée, quel que soit le bénéficiaire, pourrait avoir pour objet d'évincer un concurrent de France Télécom. L'arrêt AKZO/Commission (C-62-86) a énoncé : "*L'article 86 du traité interdit à une entreprise dominante d'éliminer un concurrent et de renforcer ainsi sa position en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites. Dans cette perspective, toute concurrence par les prix ne peut toutefois être considérée comme légitime*", et définit la notion de "*concurrence de prestations*". Par référence à cet arrêt, une offre sur mesure ne saurait être fondée exclusivement sur les tarifs. La concurrence par les mérites suppose soit l'offre de services supplémentaires, susceptibles de comporter un coût, soit une meilleure efficacité, justifiant éventuellement des remises supplémentaires. Une offre sur mesure dont la mise en œuvre comporte des coûts ne peut comporter de remise tarifaire par rapport au prix du catalogue que si des économies sont réalisées par ailleurs.

Par ailleurs, une offre sur mesure dénuée de contrepartie serait de nature à avantager l'opérateur en mesure de proposer la baisse la plus attractive ou d'intervenir en dernier lieu dans le processus d'enchère. Dans sa décision 92-D-62 du 18 novembre 1992 relative à une saisine de la société Biwater, le Conseil de la concurrence a pris position sur les pratiques de surenchère à la baisse des prix de la part d'un opérateur dominant. "*Ce processus (appel d'offre) peut être faussé lorsqu'un des fournisseurs qui détient une position dominante, loin de faire les propositions de fourniture les plus compétitives qu'il peut consentir... se réserve la possibilité, dans le seul cas où cette entreprise remporterait le marché sur le fondement d'une proposition de fourniture concurrente, de renégocier sa position ; une telle procédure permet à l'entreprise ayant une position dominante de limiter artificiellement son risque de voir le marché en cause lui échapper tout en lui évitant d'avoir à proposer, avant la conclusion du marché les prix les plus compétitifs aux entreprises de pose*".

Des remises tarifaires qui ne refléteraient pas une diminution des coûts ou leur seraient supérieures, s'il était démontré qu'elles ont pour objet d'évincer un concurrent du marché, pourraient être qualifiées d'abus de position dominante même en l'absence de prix prédateur.

L'arrêt AKZO (C-62-86) précise : " *Des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables (c'est-à-dire de ceux qui varient en fonction des quantités produites), par lesquels une entreprise dominante cherche à éliminer un concurrent, doivent être considérés comme abusifs. Une entreprise dominante n'a en effet aucun intérêt à pratiquer de tels prix, si ce n'est celui d'éliminer ses concurrents pour pouvoir, ensuite, relever ses prix en tirant profit de sa situation monopolistique, puisque chaque vente entraîne pour elle une perte, à savoir la totalité des coûts fixes (c'est-à-dire de ceux qui restent constants quelles que soient les quantités produites), et une partie au moins des coûts variables afférents à l'unité produite.*

Par ailleurs, des prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux, qui comprennent les coûts fixes et les coûts variables, mais supérieurs à la moyenne des coûts variables, doivent être considérés comme abusifs lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent. Ces prix peuvent, en effet, écarter du marché, des entreprises qui sont peut être aussi efficaces que l'entreprise dominante mais qui, en raison de leur capacité financière moindre, sont incapables de résister à la concurrence qui leur est faite ".

De plus, les tarifs résultant de l'offre sur mesure ne doivent pas présenter d' "*effet ciseau* ". Un tarif génère un effet de ciseau s'il est inférieur au coût de fourniture d'un service équivalent par un autre opérateur aussi efficace que France Télécom. Ce risque est lié au fait que les opérateurs entrants doivent concurrencer le tarif de détail de France Télécom tout en s'approvisionnant auprès de celle-ci en un service intermédiaire qui entre dans son coût de production.

Les tarifs homologués font l'objet de tests de prédation et d'éviction due à l' "*effet ciseau* ". Dès lors que la spécificité de l'offre sur mesure est identifiée et son coût net évalué, l'appréciation du caractère prédateur de l'offre peut se faire, sous réserve des difficultés de mise en œuvre, soit par comparaison de la remise proposée avec la meilleure offre appuyée sur le catalogue à la date de l'offre et pour l'ensemble des sites et des entités concernés, soit par une analyse de la partie spécifique du contrat et de son coût, les autres composantes étant ramenées aux prix du catalogue.

L'offre sur mesure ne doit pas comporter de couplage entre des segments en concurrence et des segments en monopole, en l'occurrence entre téléphonie longue distance, nationale ou internationale, et téléphonie locale. Dans son avis 97-A-05 du 22 janvier 1997 portant sur les propositions tarifaires " *Modulance partenaires* " de France Télécom, le Conseil de la concurrence a rappelé " *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 93-A-13 du 6 juillet 1993 et avis 94-A-26 du 15 novembre 1994)* ". En l'espèce, des remises sur le segment d'activité en monopole ne doivent pas être liées à des engagements sur les segments en concurrence.

Par ailleurs, des subventions croisées, qui conduiraient à maintenir des tarifs élevés sur les segments sous monopole permettant d'offrir des tarifs très attractifs sur les segments en concurrence, sont également anticoncurrentielles.

Les offres et les remises doivent donc être définies, présentées et justifiées segment par segment.

Au delà de ces principes généraux et plus spécialement, le Conseil relève que des clauses qui permettraient à France Télécom de se positionner par rapport à l'offre de ses concurrents ou de limiter la fluidité du marché ne doivent pas figurer dans des contrats d'offre sur mesure.

Sont notamment à exclure les "*clauses anglaises*", à propos desquelles l'arrêt AKZO précité retient que "*l'obtention, par une entreprise dominante auprès d'entreprises dont elle entend s'attacher la clientèle, de renseignements sur les conditions consenties par un concurrent, ne saurait être considérée comme un moyen normal de concurrence lorsqu'elle s'inscrit dans le cadre d'un plan visant à l'élimination de ce dernier*".

Dans sa décision 97-D-53 du 1^{er} juillet 1997 relative à des pratiques mises en oeuvre par France Télécom et par la société Transpac dans le secteur de la transmission de données, le Conseil a également souligné que "*le rabais consenti rétroactivement par une entreprise en position dominante sur le marché et reposant sur l'avantage dont disposait Transpac en raison du contrat en cours, était de nature à fausser le jeu de la concurrence et se trouve donc prohibée par les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986*".

Toutes les clauses d'un contrat visant à limiter l'accès au marché et qui portent sur des pénalités de sortie anticipée, sur les modalités de tacite reconduction, sur des remises de fidélité sont reconnues dans la décision 98-D-52 du 7 juillet 1998, relative à des pratiques relevées dans le secteur du mobilier urbain, comme contraires à l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. En particulier, la durée des contrats sur mesure, sous réserve des contraintes techniques qu'ils peuvent comporter, devrait être brève pour tenir compte de l'obstacle qu'elle peut représenter pour les entrants. Dans son avis 97-A-27, le Conseil a souligné "*que des remises de fidélité accordées par une entreprise en position dominante pouvaient être anticoncurrentielles en ce qu'elles entravaient l'accès au marché dans les conditions de compétition normale*". L'arrêt AKZO mentionne : "*Le fait, pour une entreprise se trouvant en position dominante sur un marché, de lier, fût-ce à leur demande, des acheteurs par une obligation ou une promesse de s'approvisionner, pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins, exclusivement auprès de ladite entreprise, constitue une exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'article 86 du traité*".

Enfin, en l'absence d'économie sensible de coût, un opérateur dominant ne peut faire bénéficier des avantages d'une offre sur mesure des sites d'une entité en les agrégeant artificiellement à ceux normalement concernés. Une telle agrégation est en effet de nature à limiter l'accès au marché des opérateurs entrants.

Pour l'application du droit de la concurrence, l'analyse et le contrôle des offres sur mesure doivent être fondés sur des documents de présentation de ces contrats, adaptés et précis. Dans son avis 97-A-27, le Conseil de la concurrence a rappelé : "*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 des l'utilisation effective de ces prestations. (...)*

Il conviendrait (...) 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* ".

Reste posée la question des appels d'offres, notamment pour les marchés publics, pour lesquels la procédure actuelle ne paraît pas adaptée.

Enfin, conformément à l'article L. 36-10 du code des postes et des télécommunications, " *le Président de l'Autorité de régulation des télécommunications saisit le Conseil de la concurrence des abus de position dominante dont il pourrait avoir connaissance dans le secteur des télécommunications* ". Une telle procédure est susceptible de s'appliquer aux dossiers d'offre sur mesure.

Délibéré, sur le rapport de Mme Laure Tourjansky, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents, Mme Boutard-Labarde, MM. Callu, Marleix, Rocca et Thiolon, membres.

Le rapporteur général,

Marie Picard

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen