



Avis n° 04-A-01 du 8 janvier 2004
relatif à une demande d'avis de l'Association française des réseaux et services
de télécommunications (AFORS) sur les principes généraux des relations contractuelles
entre les utilisateurs et les différents acteurs du dégroupage

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 9 juillet 2002, sous le numéro 02/0067 A, par laquelle l'Association française des réseaux et services de télécommunications (AFORS) a saisi le Conseil de la concurrence sur le fondement des dispositions de l'article L. 462-1 du code de commerce d'une demande d'avis sur les principes généraux applicables aux relations contractuelles entre les utilisateurs et les différents acteurs du dégroupage de la boucle locale des télécommunications ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 02-689 du 30 avril 2002 fixant ses conditions d'application ;

Vu l'avis n° 02-883 du 8 octobre 2002 adopté par l'Autorité de régulation des télécommunications à la demande du Conseil sur le fondement des dispositions de l'article L. 36-10 du code des postes et télécommunications ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants de l'AFORS entendus lors de la séance du 25 novembre 2003, le représentant de l'Autorité de régulation des télécommunications et les représentants de la société France Télécom entendus en application de l'alinéa 2 de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Est d'avis de répondre aux questions posées dans le sens des observations qui suivent :

1. L'Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications (AFORS) a saisi le Conseil de la concurrence, le 9 juillet 2002, d'une demande d'avis relative aux "*principes généraux selon lesquels il conviendrait que soient organisées les relations contractuelles entre les différents acteurs du dégroupage pour permettre l'établissement d'une concurrence loyale sur le marché de la boucle locale, au bénéfice du consommateur*".
2. L'AFORS est une association relevant de la loi du 1^{er} juillet 1901 qui résulte de la fusion de l'Association française des opérateurs privés de télécommunications (AFOPT) et de l'Association des opérateurs de services de télécommunications (AOST), intervenue le 12 juillet 2001. Elle a pour but "*d'assurer la promotion et la défense des intérêts moraux et professionnels de ses membres, opérateurs de télécommunications autorisés en France à établir et exploiter un réseau de télécommunications ouvert au public en vertu du code des postes et télécommunications, et de développer une réflexion permanente sur la situation et l'évolution du secteur des télécommunications*". En sa qualité d'organisation professionnelle, l'AFORS a vocation à saisir le Conseil en application de l'article L. 462-1 du code de commerce.
3. L'AFORS estime que, pour permettre l'établissement d'une concurrence effective sur la boucle locale dans le cadre du dégroupage (désignée sous le terme d'"*option 1*", à la suite

d'une consultation publique de l'ART), les relations entre les acteurs du dégroupage doivent s'inspirer de deux principes :

- la mise à disposition de la boucle locale doit s'effectuer sous la forme d'une location et procurer ainsi aux opérateurs la possibilité d'utiliser le système comme ils le souhaitent, sans aucune immixtion des services de la société France Télécom, sous la seule réserve du maintien de l'intégrité du réseau ;
 - le dégroupage par accès total doit avoir pour conséquence la suppression de tout lien contractuel entre la société France Télécom et son ancien client, ainsi que de toute possibilité pour cette dernière de disposer de prérogatives particulières lors de la résiliation des lignes dégroupées.
4. Selon l'AFORS, "*l'offre de référence*" de France Télécom pour le dégroupage de la boucle locale ne respecte pas ces principes puisqu'elle se borne à reproduire les solutions déjà mises en place en matière d'interconnexion. D'une part, la mise à disposition de la paire de cuivre est assimilée à une simple prestation de services habilitant France Télécom à contrôler certains aspects de l'activité des opérateurs sur la boucle locale, d'un point de vue tant commercial que technique. D'autre part, une relation contractuelle artificielle est maintenue directement entre France Télécom et son ancien client, même en cas de dégroupage total, à travers le régime juridique du mandat, intitulé "*contrat de raccordement*", qui prime sur le contrat conclu entre ce client et l'opérateur alternatif. L'AFORS estime qu'en l'absence d'indépendance au sein de France Télécom entre les services techniques gérant la boucle locale et les services commerciaux proposant des prestations de services aux abonnés, une telle situation favorise les offres de France Télécom à destination de ses anciens clients.

I. - La situation du dégroupage de la boucle locale

A. - LE CADRE JURIDIQUE

5. A la suite d'une consultation publique organisée en avril 1999, l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) a constitué des groupes de travail réunissant l'ensemble des acteurs des télécommunications. Les premières expérimentations ont été lancées en juillet 2000 sur sept sites à Paris et en province.
6. Le décret n° 2000-881 du 12 septembre 2000, modifiant le code des postes et télécommunications relatif à l'accès à la boucle locale et dont les dispositions ont été codifiées à l'article D. 99-23 du code des postes et télécommunications, prévoit que : "*Les opérateurs inscrits sur la liste établie en application du a du 7° de l'article L. 36-7 sont tenus de répondre, dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires, aux demandes raisonnables d'accès à la boucle locale, pour la partie métallique de leur réseau comprise entre le répartiteur principal et le point de terminaison situé dans les locaux de l'abonné, lorsqu'elles émanent des titulaires de l'autorisation prévue à l'article L. 33-1 (opérateurs de réseaux ouverts au public). L'accès à la boucle locale se traduit, selon la demande : - soit par la mise à disposition de la partie de réseau précitée (accès totalement dégroupé à la boucle locale) ; - soit par la mise à disposition des fréquences non vocales disponibles sur cette partie du réseau (accès partagé à la boucle locale), l'opérateur propriétaire de la boucle locale continuant à fournir le service téléphonique au public. L'accès à la boucle locale inclut en outre les prestations associées et notamment la fourniture des informations nécessaires à la mise en œuvre de la boucle locale, une offre de colocalisation des équipements et une offre permettant la connexion de ces équipements aux réseaux des demandeurs d'accès (...)*". Cet article précise enfin que l'ART peut être saisie en cas de litige.

7. L'article D. 99-25 du code des postes et télécommunications dispose, en outre, que : "*Les opérateurs mentionnés au premier alinéa de l'article D. 99-23 sont tenus de publier une offre de référence pour l'accès à la boucle locale, contenant une description des prestations ainsi que des modalités, conditions et prix qui y sont associés*". Ces dispositions s'inscrivent dans le cadre du règlement (CE) n° 2887/2000 du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale qui " *vise à renforcer la concurrence et à encourager l'innovation technologique sur le marché de l'accès local, en établissant des conditions harmonisées d'accès dégroupé à la boucle locale, afin de favoriser la fourniture concurrentielle d'un large éventail de services de communications électroniques*". Le règlement impose aux "*opérateurs notifiés*" de tenir à jour une offre de référence pour l'accès dégroupé à leur boucle locale à partir du 31 décembre 2000, l'offre devant être suffisamment dégroupée pour que le bénéficiaire n'ait pas à payer pour des éléments ou des ressources du réseau qui ne sont pas nécessaires à la fourniture de ses services ; ce règlement confie à l'autorité réglementaire nationale la charge de veiller à ce que "*la tarification de l'accès dégroupé à la boucle locale favorise l'établissement d'une concurrence loyale et durable*".
8. Le règlement européen susvisé définit les prestations d'accès à la boucle locale et confie aux autorités réglementaires nationales le pouvoir d'imposer des modifications de l'offre de référence pour l'accès dégroupé à la boucle locale et aux ressources connexes. Ces autorités peuvent également intervenir pour assurer la non-discrimination, une concurrence équitable ainsi que l'efficacité économique et le plus grand bénéfice des consommateurs.

B. - LA MISE EN PLACE DU DISPOSITIF

9. Sur le fondement de ces textes, l'ART a émis, le 30 octobre 2000, des recommandations relatives à la définition des prestations d'accès à la boucle locale et à sa mise en œuvre opérationnelle, puis a mis en demeure la société France Télécom de fournir les informations nécessaires à la mise en œuvre du dégroupage (décision n° 00-1326 du 14 décembre 2000). L'ART a demandé, notamment, à France Télécom (décision n° 01-135 du 8 février 2001) de prévoir, dans son offre de référence, une prestation de création de lignes nouvelles et de modifier plusieurs tarifs afin qu'ils se rapprochent des coûts et a rejeté, le 2 mars 2001, le recours gracieux formé par France Télécom à l'encontre de sa décision.
10. Par une décision n° 01-354 du 5 avril 2001, l'ART a mis en demeure la société France Télécom d'exécuter les dispositions de la décision n° 01-135 du 8 février 2001 et a imposé à France Télécom de modifier son offre sur des points nouveaux introduits par sa décision n° 01-355 du 23 février 2001. L'ART a ensuite adressé une mise en demeure à France Télécom à propos de la colocalisation des équipements des opérateurs alternatifs (décision n° 01-377 du 4 mai 2001).
11. La société France Télécom a publié une offre de référence d'accès à la boucle locale le 16 juillet 2001. Le 14 décembre 2001, l'ART a entamé une procédure de sanction à l'encontre de France Télécom, relative à la mise à disposition des opérateurs de salles de cohabitation en région parisienne. Le 17 janvier 2002, l'ART a mis en demeure France Télécom de répondre, dans des conditions non discriminatoires, aux demandes d'informations préalables des opérateurs pour l'accès à la boucle locale de France Télécom, par la mise à disposition d'un service automatisé de consultation des informations sur les paires de cuivre.
12. Puis l'ART a rendu une décision n° 02-278 en date du 8 avril 2002 sur un règlement de différend entre les sociétés LD Com et France Télécom relatif à certaines conditions techniques et tarifaires de la convention d'accès à la boucle locale.
13. France Télécom a publié, le 11 avril 2002, une offre de référence modifiée, qui a donné lieu à une décision n° 02-323 du 16 avril 2002 de l'ART demandant à France Télécom de procéder

à de nouvelles modifications. Le 2 mai 2002, France Télécom a publié une nouvelle offre de référence qui a fait l'objet d'une mise en demeure de l'ART de se conformer aux dispositions de sa décision n° 02-323 du 16 avril 2002, amenant France Télécom à publier, le 14 juin 2002, une nouvelle offre de référence.

14. L'ART a rappelé, dans son avis n° 02-883 du 8 octobre 2002 rendu à la demande du Conseil, qu'elle avait utilisé sa faculté de modification à plusieurs reprises, en ce qui concerne tant les tarifs pratiqués que les prestations incluses dans l'offre de référence de France Télécom, et qu'elle disposait de la faculté d'imposer à tout moment des modifications si celles-ci étaient justifiées, notamment au regard des conditions du marché. Une nouvelle offre de référence est en préparation et devrait être publiée au 1^{er} janvier 2004.
15. A la date du 1^{er} octobre 2003, 128 355 lignes ont fait l'objet d'un dégroupage partiel, alors que le dégroupage total, qui s'applique actuellement aux offres à forte valeur ajoutée pour les entreprises, concerne 3 374 lignes. Les estimations se montent à respectivement 300 000 lignes et 8 000 lignes au 31 décembre 2003. Les opérateurs continuent leur déploiement sur les 225 sites actuellement mis à leur disposition par France Télécom sur l'ensemble du territoire national.

C. - LES MODALITÉS DU DÉGROUPEMENT

16. Les modalités actuelles du dégroupage de la boucle locale résultent de l'offre de référence de France Télécom, établie une première fois le 16 juillet 2001, puis modifiée à plusieurs reprises, avant de recevoir une nouvelle rédaction, le 14 juin 2002.
17. L'offre de référence précise, notamment, dans son article 3.1, qu'elle "*a pour finalité la fourniture et la maintenance d'accès (...) dans la limite des capacités installées en boucles locales du réseau de France Télécom (...). L'accès est fourni par France Télécom au moyen des capacités existantes de la boucle locale métallique (...). L'accès est réalisé sur une capacité existante (...), en l'état de ses caractéristiques techniques et sans travaux préalables à la livraison de cet accès de nature à les modifier (...). Au titre de la présente offre, la prestation d'accès au bénéfice de l'opérateur ne lui confère aucun droit de propriété sur la boucle locale de France Télécom. Et elle n'emporte aucune cession des droits de propriété ou d'usage des éléments de la boucle locale de France Télécom. Un accès est destiné, de façon exclusive, à servir de support à des services de télécommunications fournis à un abonné à l'adresse désignée par celui-ci ; il ne peut pas être établi ou maintenu en vue d'autres finalités. Ainsi, les services supportés par l'accès doivent être destinés à un utilisateur final et ne sauraient consister en : - des services mutualisés, associant plusieurs clients finals, - des services établis entre équipements d'un même opérateur, - des services établis par aboutement par l'opérateur de liaisons au local de cohabitation, tant pour ses besoins propres entre équipements que pour desservir des clients finals. Le non respect de ces principes entraîne la mise en demeure immédiate de l'opérateur à se conformer sans délai à ses obligations. Tout accès ne supportant plus de service fourni par opérateur au client final (...) doit être restitué sans délai*".
18. Les accès sont caractérisés par les informations portant sur le nom de l'abonné ou du titulaire, l'adresse du local concerné, le type d'accès (total ou partagé) et de l'opérateur fournissant le service à l'abonné. L'article 3.2, relatif au traitement des commandes d'accès, précise que "*France Télécom assure la gestion du système d'information associé aux accès et, à ce titre, met en place un système d'échanges d'informations entre opérateurs et France Télécom*" pour la gestion des commandes et modifications des accès et pour le service après vente (article 3.2.1). L'article 3.2.2 dispose que "*l'offre d'accès est réservée à des opérateurs ayant signé une convention*" laquelle précise les conditions générales et particulières de fourniture des offres, ainsi que leurs modalités pratiques. La convention fixe également les champs de

responsabilité respectifs de France Télécom et des opérateurs et arrête les dispositions opérationnelles pour la gestion et la fourniture des offres. La convention globale est complétée par des annexes, dont des conventions locales décrivant les zones géographiques où la convention générale s'applique.

19. L'article 3.2.2.1 dispose que les commandes émises sont réputées fermes mais que *"Cependant, dans le cas d'une commande de fourniture d'accès, l'abonné conserve la possibilité d'agir directement auprès de France Télécom pour annuler cette commande"*.
20. L'article 3.2.2.2, relatif aux commandes de fourniture d'accès, mentionne que France Télécom en assure le recueil et le traitement *"si l'opérateur émetteur fournit le mandat correspondant, sous réserve que les éléments portés dans la commande soient pleinement en cohérence avec les éléments figurant au mandat"*. Le mandat *"est un document signé de l'abonné certifiant sa demande d'abonnement à des services de l'opérateur sur une liaison de la boucle locale de France Télécom. En qualité de titulaire, l'abonné mandate l'opérateur pour que celui-ci mène en son nom auprès de France Télécom les démarches nécessaires à la mise en œuvre de sa demande, avec, le cas échéant, la résiliation de tout ou partie des services fournis par France Télécom sur cet accès. Il appartient à l'opérateur de s'assurer de la qualité du signataire du mandat ; l'acceptation d'un mandat signé est, ainsi, de la responsabilité directe et entière de ce dernier"*. Cet article dispose également que *"pour un point de terminaison donné, sur une liaison de la boucle locale identifiée et constituée de bout en bout, l'offre d'accès total et l'offre d'accès partagé sont exclusives l'une de l'autre (...). Il appartient à France Télécom de faire respecter les principes d'incompatibilité et d'informer les opérateurs de l'issue du traitement des commandes reçues, opérateurs preneurs comme opérateurs cédants"*.
21. Le modèle de mandat du client relatif au dégroupage d'un accès à la boucle locale de France Télécom qui figure en annexe 1 de l'offre de référence, prévoit que l'abonné *"donne expressément mandat à l'opérateur de télécommunications (...) pour effectuer en (son) nom et pour (son) compte auprès de France Télécom ; les opérations correspondant à l'une des hypothèses suivantes : - Demande de dégroupage par partage d'un accès existant (...). (Il) reconnaît avoir été informé que la mise en œuvre de cette modalité de dégroupage entraînera la résiliation des services haut débit fournis directement ou indirectement par France Télécom (...). Demande de dégroupage total d'un accès (...). (Il) reconnaît avoir été informé que la mise en œuvre de cette modalité de dégroupage entraînera la résiliation des services souscrits auprès de France Télécom ou fournis par elle et supportés par l'accès considéré (...). Demande de suppression de dégroupage"*. Le modèle de mandat prévoit, enfin, que *"le client peut à tout moment révoquer le présent mandat auprès de l'opérateur ou en envoyant une preuve écrite à France Télécom"*.
22. L'abonné, défini à l'article 2.3 de l'offre de référence, est une personne physique ou morale, occupant un local identifié et qui est soit titulaire d'un contrat avec France Télécom pour un service de téléphonie utilisant une liaison identifiée de la boucle locale, l'accès concerné pouvant être un accès partagé, soit *"titulaire d'un contrat avec un opérateur tiers, pour la fourniture de services supportés par un accès total, établi par France Télécom au bénéfice de cet opérateur. Le titulaire de l'accès reste engagé par des droits et obligations vis à vis de France Télécom, décrites dans le mandat qu'il a signé pour bénéficier de services sur cet accès"*.
23. L'article 3.2.2.4 de l'offre de référence relatif à la suppression de l'accès à l'initiative de l'abonné hors intervention de l'opérateur précise que *"le titulaire d'un accès dégroupé relevant de la présente offre peut solliciter le retour de cet accès à France Télécom, qu'il soit total ou partagé, en agissant directement auprès de France Télécom. Dans ce cas, il signe un*

document spécifique pour attester de cette demande et France Télécom informe l'opérateur initialement gestionnaire de l'accès de la résiliation de facto de ce dernier, dès que l'accès est résilié (délai maximal de 10 jours). L'information est réalisée sous la forme d'une notification pour ordre, qui ne doit donner lieu à aucun accusé de réception".

24. L'article 5.2 de l'offre de référence de France Télécom décrit les modalités de mise à disposition de l'accès partagé à la boucle locale. Dans le cas d'une mise à disposition d'un opérateur d'un accès partagé sur une liaison support d'un accès total fourni par France Télécom à un opérateur, l'article 5.2.2 précise que "*l'accès total préexiste et supporte un service rendu par un opérateur dit opérateur cédant à un abonné, à une adresse précise. L'accès partagé est mis à disposition de l'opérateur preneur, après résiliation de l'accès total et établissement du service de téléphonie adéquat par France Télécom. La prestation d'accès partagé est rendue par France Télécom à l'opérateur, pour l'abonné au service de téléphonie de France Télécom nouvellement établi, à l'adresse indiquée*".
25. A l'article 7 de l'offre de référence, sont décrites les prestations associées à l'offre d'accès à la boucle locale de France Télécom : "*l'offre de cohabitation physique des équipements*". L'article 7.2 définit les conditions de fourniture des offres de cohabitation (salle et espace dédié) en énumérant limitativement les "*équipements pertinents, strictement nécessaires au raccordement des clients finaux pour le dégroupage de la boucle locale*", dont certains ne peuvent être autorisés qu'après étude de faisabilité, et prévoit que "*les équipements de l'opérateur pour le raccordement d'accès dégroupés ne peuvent être utilisés que pour l'usage propre de l'opérateur dans le cadre de la fourniture de la présente prestation (...). Aucun autre type d'équipements ne peut être autorisé (...). Dans le cas où le matériel installé par un opérateur ne respecterait pas les normes, les règles de sécurité, ne serait pas un matériel autorisé ou ne serait pas installé conformément aux consignes, emplacements ou points de raccordement désignés, l'opérateur devra mettre son installation en conformité ou, le cas échéant, désinstaller son équipement. A défaut, France Télécom pourra déconnecter lui-même cet équipement*".

II. - L'analyse du Conseil

26. A titre liminaire, le Conseil observe que, disposant d'une compétence d'attribution, il ne lui appartient pas d'apprécier la régularité d'un comportement au regard d'un autre texte que le livre IV du code de commerce ou les articles 81 et 82 du Traité des communautés européennes.
27. Il convient, en outre, de rappeler qu'il n'appartient pas au Conseil de la concurrence, saisi d'une demande d'avis sur le fondement de l'article L. 462-1 du code de commerce, de se prononcer sur la question de savoir si telle ou telle pratique d'un opérateur est contraire aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 dudit code. Seules une saisine contentieuse et la mise en oeuvre d'une procédure pleinement contradictoire, prévue par le livre IV du code susmentionné, sont de nature à permettre une appréciation de la licéité de la pratique considérée au regard des dispositions prohibant les ententes illicites et les abus anticoncurrentiels de position dominante ou de dépendance économique.
28. Cependant, le Conseil considère qu'en application de la procédure prévue à l'article L. 462.1 du code susvisé, rien ne s'oppose à ce qu'il réponde aux questions qui lui sont posées, dans la mesure où elles présentent un caractère de généralité suffisant et où elles mettent en cause des principes de concurrence.
29. Le Conseil a affirmé, de manière constante et notamment dans ses décisions n° 00-D-85 du 21 mars 2001, n° 01-D-46 du 23 juillet 2001 et n° 02-D-44 du 11 juillet 2002, le principe

selon lequel une entreprise en position dominante a la responsabilité particulière de ne pas porter atteinte, par son comportement à une concurrence effective sur le marché. Or, la société France Télécom dispose d'une position quasi-monopolistique sur la boucle locale, ainsi que le Conseil l'a rappelé dans de nombreux avis et décisions (notamment, avis n° 99-A-10 du 20 juillet 1999, décisions n° 01-D-46 du 23 juillet 2001 et n° 02-MC-03 du 27 février 2002).

30. La boucle locale de télécommunications apparaît comme une facilité essentielle, telle que le Conseil en donne la définition dans son avis n° 02-A-08 du 22 mai 2002. La reconnaissance de l'existence d'une facilité ou d'une infrastructure essentielle conduit à une limitation de la liberté contractuelle du détenteur de cette facilité essentielle. Celui-ci est soumis à deux contraintes : d'une part, il doit offrir un accès à ses concurrents, à l'amont ou à l'aval, à l'infrastructure qu'il détient, ou qu'il contrôle, et il n'a pas la liberté de s'y refuser ; d'autre part, cet accès doit être offert dans des conditions équitables et non discriminatoires. La qualification d'infrastructure essentielle suppose que : 1) l'infrastructure est possédée par une entreprise qui détient un monopole (ou une position dominante) ; 2) l'accès à l'infrastructure est strictement nécessaire (ou indispensable) pour exercer une activité concurrente sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel le détenteur de l'infrastructure détient un monopole (ou une position dominante) ; 3) l'infrastructure ne peut être reproduite dans des conditions économiques raisonnables par les concurrents de l'entreprise qui la gère ; 4) l'accès à cette infrastructure est refusé ou autorisé dans des conditions restrictives injustifiées ; 5) l'accès à l'infrastructure est possible.
31. Par ailleurs, le Conseil a souvent rappelé (avis n° 95-A-18 du 17 octobre 1995 ; n° 96-A-10 du 25 juin 1996 ; n° 97-A-07 du 27 mai 1997 et n° 98-A-05 du 28 avril 1998) le principe selon lequel *"lorsqu'une entreprise détenant une position dominante sur un marché exerce à la fois des activités d'intérêt général et des activités ouvertes à la concurrence, le contrôle du respect des règles de la concurrence nécessite que soit opérée une séparation claire entre ces deux types d'activité, de manière à empêcher que les activités en concurrence ne puissent bénéficier pour leur développement des conditions propres à l'exercice des missions d'intérêt général, au détriment des entreprises opérant sur les mêmes marchés"*.

1. Sur la mise à disposition de la ligne

- Sur la notion de "mise à disposition"

32. Il n'appartient pas au Conseil de la concurrence de se prononcer sur la forme juridique que devrait concrètement revêtir le dégroupage au regard du droit civil. Le Conseil constate que le décret n° 2000-881 du 12 septembre 2000, précité, dispose que le dégroupage constitue un accès à la boucle locale, soit au moyen de *"la mise à disposition de la partie du réseau comprise entre le répartiteur principal et le point de terminaison situé dans les locaux de l'abonné"* (accès totalement dégroupé), soit par *"la mise à disposition des fréquences non vocales disponibles sur cette partie du réseau"* (accès partagé à la boucle locale), France Télécom continuant alors à fournir le service téléphonique.

- Sur la limitation des services

33. L'ART, qui est en charge de la mise en œuvre opérationnelle du dégroupage sur le fondement du règlement européen 2887/2000 du 18 décembre 2000 précité, estime dans l'avis n° 02-883 du 8 octobre 2002 rendu à la demande du Conseil, que le dégroupage ne peut pas consister en la mise à disposition d'un groupement de lignes en tant que tel, même si chacune des lignes composant ce groupement peut être régulièrement dégroupée. L'ART considère, en revanche, en ce qui concerne la concentration de trafic, c'est-à-dire la fourniture de services à plusieurs utilisateurs finaux ou à un autre opérateur sur la base d'une paire dégroupée, qu'il n'existe pas de restriction particulière à la fourniture de telles prestations au regard du règlement européen

précité, bien qu'une interprétation restrictive du décret du 12 septembre 2000 *"puisse laisser penser que le dégroupage ne consisterait qu'en la fourniture d'un service à un seul abonné"*.

34. Le considérant n° 7 du règlement européen n° 2887/2000 du 18 décembre 2000 définit l'accès dégroupé à la boucle locale comme *"permettant aux nouveaux entrants d'entrer en concurrence avec les opérateurs notifiés en offrant des services de transmission de données à haut débit pour un accès permanent à l'Internet et pour des applications multimédia à partir de la technologie de ligne d'abonné numérique (DSL) ainsi que des services de téléphonie vocale"*. Par ailleurs, l'article 1.3 du même règlement rappelle que *"Le présent règlement s'applique sans préjudice du droit de l'obligation, pour les opérateurs notifiés, de respecter le principe de non-discrimination lorsqu'ils utilisent le réseau téléphonique public fixe pour fournir à des tiers des services d'accès et de transmission à haut débit de la même façon qu'ils les fournissent à leurs propres services ou aux entreprises qui leur sont associées, conformément aux dispositions communautaires"*. La mise à disposition de la paire de cuivre ne peut donc être refusée par France Télécom à ses concurrents sur le fondement d'une interprétation restrictive de la définition du règlement européen précité ou pour des usages que France Télécom entendait développer elle-même, comme par exemple la télévision sur ADSL.
35. De ce point de vue, et même si les représentants de France Télécom entendus lors de la séance, sur le fondement de l'alinéa 2 de l'article L. 463-7 du code de commerce, ont déclaré qu'il n'y avait *"pas de restriction au service final pour le client final"*, il apparaît que les dispositions de l'article 2.2 de l'offre de référence du 14 juin 2002, selon lesquelles *"la mise à disposition d'un opérateur d'une liaison ou d'une sous-liaison de boucle locale (...) dans la finalité exclusive de rendre un service de téléphonie ou de transfert de données"*, pourraient être utilisées de façon limitative par France Télécom. D'ores et déjà, l'AFORS porte à l'attention du Conseil le fait que, pour France Télécom, ces dispositions impliqueraient que le dégroupage d'une ligne ne permet d'offrir des services qu'à un seul utilisateur final, à l'exclusion de plusieurs utilisateurs finals ou d'un autre opérateur. Le Conseil note qu'une telle interprétation paraît restreindre les textes européens et nationaux réglementant le dégroupage. De même, France Télécom ne pourrait invoquer l'offre de référence du dégroupage pour s'opposer à la mise en place d'une éventuelle offre de revente en gros de l'abonnement téléphonique.

- Sur les restrictions à l'utilisation d'équipements

36. Le Conseil constate que les restrictions éventuellement apportées à l'utilisation d'équipements doivent s'apprécier au regard du premier alinéa de l'article 1^{er} du règlement européen n° 2887/2000 du 18 décembre 2000, qui dispose que *"le présent règlement vise à renforcer la concurrence et à encourager l'innovation technologique sur le marché de l'accès à la boucle locale, en établissant des conditions harmonisées d'accès dégroupé à la boucle locale, afin de favoriser la fourniture concurrentielle de services de communication électronique"* et selon le deuxième alinéa de l'article 3 de ce règlement qui précise que *"les demandes ne peuvent être rejetées que sur la base de critères objectifs afférents à la faisabilité technique ou à la nécessité de préserver l'intégrité du réseau"*.
37. L'ART, dans sa décision n° 01-135 du 8 février 2001, s'est appuyée sur ces dispositions pour demander à France Télécom de modifier son offre de référence afin de réduire les restrictions pouvant être apportées par France Télécom en ce qui concerne le choix des technologies déployées et des équipements installés par les opérateurs. L'ART a ainsi considéré que tout équipement dédié à la mise en œuvre du dégroupage pouvait être effectivement installé par les opérateurs dans les emplacements prévus à cet effet et qu'il en allait différemment pour

d'autres types d'équipements, dont la finalité était différente de celle du dégroupage et s'apparentait davantage à la fourniture de services.

38. Le Conseil constate que cette distinction paraît conforme aux dispositions de l'article 2 du règlement européen susvisé, qui précise que la prestation de colocalisation constitue une "ressource connexe", "associée à la fourniture de l'accès dégroupé à la boucle locale" et répond aux préoccupations de clarification et de visibilité des opérateurs entrants. Toutefois, compte tenu du caractère évolutif des services rendus dans le cadre du dégroupage de la boucle locale et dans l'hypothèse où ces services nécessiteraient la mise en place d'équipements dans des emplacements situés dans une relative proximité des utilisateurs finaux, il est utile de préciser que l'offre de référence ne devrait pas permettre à France Télécom de refuser aux opérateurs l'installation d'équipements qu'il s'autorise à lui-même ou à ses filiales, afin que les utilisateurs finaux puissent disposer du libre choix de leurs prestataires.

- Sur le partage de l'accès total entre opérateurs concurrents

39. Selon l'AFORS, il résulte des dispositions de l'article 5.2.2 de l'offre de référence que si, à la suite de la fourniture d'un accès totalement dégroupé à un opérateur, un abonné demande qu'un second opérateur lui fournisse des services haut débit, cet accès est transformé en accès partagé, partiellement dégroupé, et le premier opérateur se voit interdire ipso facto la possibilité de continuer à fournir des services téléphoniques à son abonné, France Télécom devant, en pareil cas, fournir le service téléphonique à ce dernier.

40. Ces dispositions paraissent conformes au décret qui précise que, dans le cadre de l'accès partagé, France Télécom continue de fournir le service téléphonique. Selon l'ART, cette règle a pour objet d'empêcher le client de voir son service téléphonique durablement interrompu du seul fait qu'il souhaite changer de fournisseur de service haut débit. L'existence dans l'offre de référence (art. 5.2) de dispositions visant à faire assurer par France Télécom le service de téléphonie doit donc s'analyser comme une obligation pesant, en dernier ressort, sur cet opérateur.

41. Dans ces conditions, rien n'interdit à un opérateur bénéficiant d'un accès totalement dégroupé de conclure un accord avec un fournisseur d'accès à Internet ou avec un autre opérateur, permettant aux deux intervenants de fournir respectivement des services téléphoniques et des services haut débit au même client final. Dans ce cas, la résiliation du seul service d'accès à Internet à haut débit dans le but de bénéficier d'un autre fournisseur n'entraîne pas de conséquence sur la qualité du fournisseur de services téléphoniques, dès lors que le nouveau fournisseur a lui-même passé un accord avec l'opérateur bénéficiaire du dégroupage.

42. Une attention particulière devrait cependant être portée à de tels accords s'ils étaient passés entre des fournisseurs d'accès à Internet et France Télécom et prévoyaient de réserver à France Télécom les services téléphoniques, étant précisé que l'ART n'a pas connaissance, pour l'instant, de l'existence d'accords de cette nature. De telles stipulations d'exclusivité pourraient être anticoncurrentielles car, en exigeant de ces fournisseurs d'accès, qu'ils lui réservent l'exclusivité du service téléphonique, l'opérateur historique limiterait par là-même les débouchés des opérateurs alternatifs.

2. Sur le mandat

43. Le mandat est défini par le code civil, dans son article 1984, comme "*un acte par lequel une personne donne à une autre personne le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire*". L'article 1985 décrit les formes du mandat qui peut être donné, notamment, "*par acte sous-seing privé, même par lettre. Il peut aussi être donné verbalement*", et l'article 1989 limite les pouvoirs du

mandataire qui *"ne peut rien faire au delà de ce qui est porté dans son mandat"*. Enfin, l'article 1998 dispose que *"le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné. Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement"*.

44. L'ART a estimé, dans sa décision n° 01-135 du 8 février 2001, que *"l'Autorité et l'ensemble des opérateurs ont toujours souligné qu'un mandat doit être donné par l'abonné à l'opérateur, lui permettant de commander les prestations d'accès. Mais la transmission systématique et préalable à France Télécom du mandat constitue une garantie dont l'utilité n'est pas établie et qui n'est d'ailleurs pas exigée dans le cadre de la présélection (...)"*. A la suite de cette décision, dans le cas de l'accès partagé, le mandat n'est plus systématiquement transmis à France Télécom préalablement à la commande, mais l'opérateur doit, aux termes de l'article 3.2.2.2 de l'offre de référence, être en mesure de communiquer ce document à la demande de France Télécom. Pour l'accès totalement dégroupé, la transmission par l'opérateur à France Télécom du mandat du client reste un préalable au traitement de la commande de dégroupage.
45. Dans l'avis du 8 octobre 2002 qu'elle a rendu à la demande du Conseil, l'ART considère que cette question connaît un regain d'actualité, compte tenu de l'état d'avancement du dégroupage et du déploiement des opérateurs. En particulier, s'agissant de l'accès partagé, l'obligation pour l'opérateur (ou le fournisseur d'accès à Internet en relation avec le client) de faire signer un mandat, dont le format est imposé par France Télécom et figure en annexe 1 de l'offre de référence, constituerait une contrainte incompatible avec le processus de commercialisation habituellement mis en œuvre, notamment la vente indirecte ou la vente par Internet. De plus, si la transmission du mandat à France Télécom limite le risque de dégradation des conditions de fourniture du service téléphonique en cas de mise en œuvre du dégroupage total (lorsque l'accès a supporté antérieurement le service téléphonique), en revanche, dans le cas d'un accès partiellement dégroupé, la fourniture du service téléphonique n'est pas modifiée et la nécessité pour France Télécom de détenir une preuve du consentement de l'abonné n'est donc pas établie. En outre, les offres de France Télécom permettant d'autres modes d'accès à l'abonné (IP/ADSL et ADSL Connect) ne nécessitent pas la signature d'un mandat, ce qui oblige le fournisseur qui a recours à plusieurs modes d'accès (par exemple, le dégroupage partiel dans les grandes villes et IP/ADSL dans les zones rurales) à mettre en œuvre des procédés de commercialisation distincts. L'ART estime, enfin, que *"le mandat dans l'offre de référence constitue en réalité un document contractuel liant France Télécom au client dont la ligne est dégroupée, manifestation d'une relation contractuelle qui n'a pas lieu d'être, dans la mesure où elle ne se traduit par la fourniture d'aucun service commercialisé proprement dit"*.
46. Les représentants de la société France Télécom ont souligné lors de la séance que si, à l'heure actuelle, le dégroupage partagé ne concerne que les services Internet à haut débit, ce qui rend la procédure du mandat contraignante et peut la faire passer pour superflue, la fourniture de nouveaux services à haut débit, qui pourront alors être rendus par différents opérateurs dégroupés, rend ce mandat particulièrement nécessaire pour l'information du consommateur car certains de ces services pourront parfois être incompatibles entre eux dans certaines situations.
47. Si une entreprise disposant d'une position dominante est en droit de défendre sa part de marché lorsqu'elle est confrontée à la concurrence de nouveaux opérateurs, elle doit néanmoins le faire dans les limites fixées par l'article L. 420-2 du code de commerce. Les clauses contractuelles imposées par une entreprise dominante aux autres opérateurs doivent pouvoir se justifier par des motifs légitimes et ne pas constituer des pratiques discriminatoires

par rapport aux règles que cette entreprise s'impose à elle-même. Des conditions de transfert d'un abonné de l'opérateur historique à un opérateur concurrent, rendues plus difficiles que celles d'un retour à l'opérateur historique, pourraient être considérées comme des pratiques anticoncurrentielles. Cette dissymétrie ne devrait être acceptée que pour de légitimes motifs.

48. Le Conseil a ainsi estimé, dans son avis n° 94-A-15 du 10 mai 1994, que les relations d'EDF et de GDF avec leurs clients ou leurs fournisseurs peuvent être source de difficultés au regard des dispositions légales sur l'abus de position dominante, soit au travers de clauses de nature anticoncurrentielle (accords d'exclusivité d'approvisionnement) soit pour l'inexécution des obligations. De plus, ont également un caractère abusif des pressions exercées par une société en position dominante sur des candidats demandant à être agréés comme diffuseurs de presse pour qu'ils achètent des prestations complémentaires (décision n° 87-D-08 du 28 avril 1987), ainsi que des manœuvres dilatoires destinées à entraver le développement d'un concurrent (décision n° 97-D-16 du 11 mars 1997). Le Conseil a, enfin, considéré qu'était anticoncurrentielle pour une entreprise en position dominante la pratique consistant à se réserver la possibilité de renégocier sa proposition et ainsi de limiter son risque, dans le cadre d'une procédure de marché public (décision n° 92-D-61 du 4 novembre 1992).
49. Le Conseil de la concurrence constate que le mandat a été instauré dans de nombreux pays européens, notamment en Allemagne, Espagne et Italie. Son existence semble nécessaire, eu égard notamment, au développement de nouveaux services à haut débit qui seront offerts dans l'avenir aux utilisateurs finaux. Il ressort cependant, de la rédaction du formulaire de mandat figurant à l'annexe 1 de l'offre de référence de France Télécom que ce formulaire maintient des obligations du client au regard des conditions d'utilisation de la ligne dégroupée, alors que ces obligations pèsent déjà sur l'opérateur concurrent qui les répercute lui-même dans le contrat qui le lie à l'utilisateur final. Ce mandat informe également le client de la faculté dont il dispose de mettre fin à l'accès dégroupé par simple demande à France Télécom, avec la seule obligation pour France Télécom d'informer l'opérateur concurrent de la résiliation de l'accès sans qu'aucune preuve n'ait à être fournie à cet opérateur, alors qu'à l'inverse, l'opérateur est tenu de présenter le mandat à France Télécom si celle-ci le souhaite. Ces dispositions instaurent un déséquilibre entre le prestataire technique France Télécom et les différents opérateurs commerciaux, au détriment de ces derniers, et sont de nature à laisser croire à l'abonné qu'un lien contractuel subsiste entre lui et l'opérateur historique. Elles excèdent ce qui serait strictement nécessaire à l'information des acteurs concernés.
50. Cet avis ne préjuge ni de l'appréciation que le Conseil pourrait porter à l'avenir sur la situation des marchés, ni de l'éventuelle qualification de certaines pratiques sur le fondement du titre IV du code de commerce.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Lavergne, par Mme Hagelsteen, présidente, M. Jenny, vice-président, et Mme Pasturel, vice-présidente.

La rapporteure générale adjointe,

Nadine Mouy

Pour la présidente empêchée,

La vice-présidente,

Micheline Pasturel