



**Avis n° 98-A-23
du 16 décembre 1998
relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications
portant sur les problèmes soulevés par la commercialisation
du service téléphonique longue distance par des distributeurs**

Le Conseil de la concurrence (formation plénière),

Vu la lettre enregistrée le 15 octobre 1998 sous le n° A 258, 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 sur la commercialisation du service téléphonique longue distance par des distributeurs ;

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

Vu le code des postes et télécommunications ;

Les rapporteurs, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus, les représentants des sociétés Carrefour, Omnicom, Cegetel, Kertel, Cofinoga 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 :

L'Autorité de régulation des télécommunications (ART) a été consultée par France Télécom sur la possibilité de faire commercialiser son service téléphonique longue distance par des distributeurs. Certains opérateurs, comme la société Omnicom, ont déjà annoncé publiquement qu'ils avaient conclu ou étaient en cours de négociation pour la mise au point d'accords en vue de la distribution de leurs services téléphoniques par des distributeurs appartenant à la grande distribution, des distributeurs spécialisés ou des grands magasins.

C'est dans ces conditions que, par lettre enregistrée le 15 octobre 1998 sous le n° A 258, l'ART a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis portant sur les questions suivantes :

" - quel(s) marché(s) pertinent (s) convient-il de prendre en compte dans le cas d'une distribution indirecte du service téléphonique longue distance ?

la position de France Télécom sur ce (s) marché(s), est-il possible pour France Télécom de se positionner sur ce(s) marché(s) ?

le cas échéant, selon quelles conditions pourrait-il opérer sur le(s)dit (s) marché (s) ? "

L'Autorité précise qu'en raison du caractère novateur de telles pratiques, il lui paraît nécessaire que des règles équitables soient établies pour que puisse s'exercer une concurrence loyale et durable entre opérateurs. Par ailleurs, elle indique que les règles fixées devront prendre en compte la situation particulière de France Télécom, qui tient, d'une part, aux obligations de service universel de cet opérateur et, d'autre part, à la position dominante qu'il détient sur le " *marché du service téléphonique en général* ".

A. - LE SECTEUR

1. Les télécommunications

a) La situation de la concurrence dans le secteur

Sur le plan mondial, le secteur des télécommunications se caractérise, en premier lieu, par la présence d'opérateurs historiques et d'opérateurs issus du démantèlement du groupe américain ATT. Ainsi, selon l'Institut de l'audiovisuel et des télécommunications en Europe (Idate), les huit premiers opérateurs étaient respectivement les suivants en 1997 (entre parenthèses, figure le chiffre d'affaires en milliards de dollars) : NTT (78,0), ATT (51,3), Deutsche Telekom (39,0), Bell Atlantic (30,2), France Télécom (26,8), Telecom Italia (25,1), SNC (24,9), BellSouth (20,6) et MCI (19,7).

En second lieu, les dernières années ont vu se nouer (accord " *Global One* " conclu entre France Télécom, Deutsche Telekom et Sprint) et se dénouer (accords BT-MCI, AT&T-Unisource) des alliances sur le plan mondial ou européen entre les principaux opérateurs. Par ailleurs, au cours de cette période, de nouveaux types d'opérateurs issus d'opérations d'intégration verticale, telle la société Worldcom, sont apparus. Ces opérations ont été suivies de fusions ou d'acquisitions destinées à réaliser des économies d'échelle, rendues nécessaires par l'intensification de la concurrence dans le secteur et la baisse des prix et des marges qui en résulte. L'acquisition de la société MCI par Worldcom et la prise de contrôle de la société 9 Télécom appartenant au groupe Bouygues par Telecom Italia figurent parmi les opérations les plus récentes.

Sur le plan national, la libéralisation du secteur des télécommunications, à partir du 1^{er} janvier 1998, s'est traduite par une émergence de la concurrence sur la téléphonie longue distance, tandis que la concurrence sur la boucle locale tarde à apparaître, cette activité demeurant en quasi totalité dans les mains de l'opérateur historique. Selon des estimations faites par un opérateur, le trafic national annuel des communications téléphoniques s'élèverait au total à 128 milliards de minutes, le trafic local s'élevant à environ 87 milliards de minutes, soit environ 68 % pour le trafic local et 32 % pour le trafic longue distance. Selon la même source, environ 5 à 6 % du trafic longue distance serait commercialisé par des opérateurs concurrents de France Télécom.

b) La téléphonie longue distance

La sélection du transporteur longue distance par les utilisateurs (rappel des modalités) :

Le mécanisme de sélection du transporteur longue distance permet à un abonné de choisir le réseau de transport qui acheminera ses appels longue distance nationaux et internationaux, sans changer d'opérateur de boucle locale. Comme le souligne l'ART dans son rapport annuel 1997, " *il s'agit (...) d'un facteur essentiel pour l'ouverture à la concurrence de ce segment de marché, permettant aux nouveaux acteurs du transport longue distance d'offrir leurs services à des clients qu'ils ne raccordent pas directement à leur réseau* ".

Une position commune a été adoptée par le Conseil des ministres de l'Union européenne prévoyant l'introduction de la présélection du transporteur au plus tard le 1^{er} janvier 2000. Jusqu'à cette date, un mécanisme de sélection du réseau " appel par appel " permet aux abonnés de choisir un transporteur longue distance, soit en composant un chiffre (dit chiffre E), soit en composant un préfixe à quatre chiffres (de type 16 XY), avant de composer le numéro à dix chiffres de leur correspondant. L'attribution des codes à un chiffre (chiffre E) et à quatre chiffres (de type 16 XY) aux transporteurs longue distance :

Les modalités d'attribution d'un chiffre de sélection du transporteur ont été fixées par l'ART, dans une décision n° 97-196 du 16 juillet 1997. Son article 2 précise que " *la rareté du E conduit l'Autorité à prévoir des critères d'attribution de cette ressource rare afin que l'attribution de ce chiffre soit réalisée dans des conditions transparentes et non discriminatoires. L'attribution du E sera limitée aux opérateurs qui s'engagent à déployer et exploiter un réseau national dans le cadre du calendrier défini ci-après* ". L'ART rappelle (article 4) que " *le E est incessible et sera attribué pour une durée de cinq ans tacitement renouvelable deux fois dans la limite de la durée de l'autorisation, sous réserve du respect des conditions d'attribution et de la bonne utilisation des ressources en numérotation* ".

L'article L. 34-10 de la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 dispose en effet que les préfixes E sont " *inaccessibles et ne peuvent faire l'objet d'un transfert qu'après accord de l'Autorité de régulation des télécommunications* ". Par ailleurs, le même article précise que lesdits préfixes " *ne peuvent pas être protégés par un droit de propriété industrielle ou intellectuelle* ". Le préfixe 0 est utilisé pour la sélection par défaut de l'opérateur longue distance par l'opérateur de la boucle locale et pour la présélection par abonnement d'un opérateur longue distance lorsqu'elle sera mise en œuvre. Le 1 est réservé aux numéros spéciaux (de type 15, 17, 18 par exemple). Le 3 est réservé aux numéros courts (de type 36 PQ). Les sept autres préfixes à un chiffre ont été attribués aux opérateurs suivants : le 2 à Siris, le 4 à Tele2 France, le 5 à Omnicom, le 6 à Esprit Télécom, le 7 à Télécom Développement (filiale de Cegetel et de la SNCF), le 8 à France Télécom et le 9 à 9 Télécom Réseau.

Par décision n° 97-277 du 12 septembre 1997 (JO du 6 décembre 1997), l'ART a fixé les règles d'attribution des préfixes de sélection d'un réseau de transport à quatre chiffres de type 16 XY. Elle souligne qu'en raison de la " *relative rareté de la ressource* ", il y a lieu de réserver par priorité ces préfixes aux opérateurs de télécommunications " *titulaires d'une autorisation attribuée selon l'article L.34-1, qui ne disposent pas par ailleurs d'un E* ". Au 7 mai 1997, 14 préfixes " 16XY " avaient été, soit réservés, soit attribués à des entreprises, dont la société Tele2France, également attributaire du " 4 " (Cf. rapport annuel de l'Autorité de régulation des télécommunications pour 1997, page 42).

2. La distribution de services téléphoniques

a) Le secteur de la distribution en France

Les quatre premières enseignes de la grande distribution à dominante alimentaire (Intermarché, E. Leclerc, Auchan et Carrefour) occupent une part supérieure à 56 % de ce secteur d'activité (source : ACNielsen). Dans son avis n° 97-A-04 du 21 janvier 1997 relatif à diverses questions portant sur la concentration de la distribution, le Conseil avait relevé que les groupes français ne sont pas plus puissants que ceux des autres pays européens et qu'en dépit d'un accroissement des concentrations depuis plusieurs décennies, " *la concurrence entre les groupes de distribution reste très vive* ". En effet, selon une étude récente de l'INSEE (*INSEE Première*, n° 609, septembre 1998), il existe aujourd'hui environ 9 000 grandes surfaces alimentaires, ce qui permet généralement aux consommateurs de faire jouer la concurrence entre différentes enseignes. Selon la même étude, les critères de choix de la grande surface principalement fréquentée sont à 77 % le côté pratique (notamment la proximité et la facilité d'accès), à 16 % les prix les moins élevés, à 11 % le choix et à 5 % la qualité des produits.

Plus de 7 % des clients achètent des produits vendus sous marque de distributeurs (MDD), dont 15 % de manière prioritaire. En outre, selon l'étude susmentionnée, pour 27 % des ménages qui privilégient des MDD, la perspective de ne pas retrouver les produits sous MDD dans d'autres magasins les incitent à ne pas changer de magasin.

S'agissant des services, la grande distribution occupe actuellement une place de plus en plus importante. Ainsi, la part estimée de ces distributeurs s'élève à 51,3 % dans la distribution de carburant et à 25 % dans la micro-informatique (source LSA n° 1597 du 17 septembre 1998). La grande distribution intervient également dans divers secteurs, dont les produits financiers, les assurances, la billetterie de spectacles (8,3 millions de billets sur 150 millions d'unités), les voyages et la parapharmacie.

Parmi les principales entreprises présentes dans la distribution non alimentaire sur le plan national, on peut citer le groupe Pinault-Printemps-Redoute, qui comprend les magasins FNAC, Conforama, La Redoute et Le Printemps, Darty, les Galeries Lafayette, le BHV, Castorama, Go Sport et But. La plupart des groupes de distribution possèdent des filiales offrant des services financiers ou ont recours à des établissements financiers qui proposent aux consommateurs des cartes " *privatives* " de paiement de type " *porte monnaie électronique* ", qui ouvrent des possibilités de paiement différé. Les possesseurs de ce type de cartes bénéficient de promotions ponctuelles et de services associés, tels la billetterie de spectacles ou l'envoi de mensuels d'information. Ce mode de paiement constitue pour les distributeurs un outil d'analyse du comportement leur permettant de lancer des programmes de fidélisation de la clientèle.

Sur ce marché des cartes privatives de paiement, les groupes les plus présents sont Cetelem (carte Aurore : environ 5,5 millions de porteurs dont les clients des enseignes Conforama et Darty), Cofinoga, filiale commune des Galeries Lafayette et de la société Cetelem (cartes Cofinoga au nom des différentes enseignes adhérentes : environ 4 millions de cartes gérées par le groupe dont 1,8 million pour l'enseigne Galeries Lafayette). Les enseignes Casino, Monoprix ont, notamment, recours à la carte Cofinoga tandis que la société Soficarte, filiale à 100 % de Cofinoga, gère environ 20 autres cartes privatives dont la carte " *Continent Club gagnant* " et la carte Diac, service financier de Renault. Cofinoga offre également des cartes bancaires assorties d'une réserve de crédit renouvelable et exerce une importante activité de crédit aux particuliers, soit directement dans les agences installées dans les magasins " partenaires ", soit indirectement sur les lieux de vente par l'intermédiaire de Sygma Banque.

b) La distribution de services téléphoniques en France

Les services de téléphonie offerts par les distributeurs :

Actuellement, l'offre de services téléphoniques longue distance par les distributeurs se limite principalement à la vente de cartes téléphoniques prépayées ou associées à un compte téléphonique qui permettent d'obtenir un correspondant, depuis n'importe quel poste téléphonique, y compris les cabines publiques, en France ou à l'étranger, en composant un code (qui peut être soit le code de l'opérateur, soit un numéro vert du type 0 800), suivi des chiffres du code imprimé sur la carte puis du numéro de l'appelé. L'inconvénient de ce système réside dans le manque d'ergonomie (nécessité de composer environ 25 chiffres pour obtenir le correspondant). Il est toutefois possible, avec certaines cartes, d'éviter de composer la totalité des codes, soit en utilisant un " *dialer* ", qui déclenche automatiquement la composition du numéro, soit grâce à des cartes à puce qui mémorisent lesdits codes.

Les distributeurs achètent des minutes de communication en gros auprès d'opérateurs et les revendent aux consommateurs en y associant parfois des actions promotionnelles. Les autres types de cartes sont des cartes dites GSM utilisables dans les téléphones mobiles ou encore les cartes associées à la gestion d'un compte téléphonique ou bancaire. Parmi ces dernières, figurent les cartes de type " *multiservices* " (promotions, voyages, facilités de paiement...), telle celle proposée par Auchan dans le cadre d'un accord avec l'opérateur Belgacom, qui permettent de téléphoner à prix réduit.

Par ailleurs, un service téléphonique longue distance à partir du préfixe 7, attribué à la société Télécom Développement, filiale à 50 % de la société Cegetel et de la SNCF, est commercialisé auprès du grand public par une société de commercialisation de services, la société Cegetel 7, filiale à 88 % de la société anonyme Cegetel.

Les modes de distribution :

Hormis la vente directe de trafic aux consommateurs par les opérateurs eux-mêmes, les services téléphoniques sont distribués en France, au stade de détail, soit par l'intermédiaire de distributeurs rémunérés à la commission, soit par l'intermédiaire de sociétés de commercialisation du service (ou SCS).

Créées au Royaume-Uni lors du lancement des réseaux de radiotéléphonie les SCS (" *service providers* ") ont pour but de stimuler le développement des ventes de téléphones mobiles. A l'origine, les exploitants de réseaux (Cellnet, Vodafone) ne pouvaient commercialiser directement le service dans ce pays, les SCS étant seules à connaître les abonnés. A partir de 1994, les exploitants ont été autorisés à vendre le service par l'intermédiaire des agences de leur maison mère (BT pour Cellnet).

En Allemagne, les exploitants ont été autorisés dès le départ à commercialiser directement leur service téléphonique. Ils ne peuvent en revanche détenir leur propre SCS.

En France, le régime est identique à celui appliqué au Royaume-Uni depuis 1994. Il existe actuellement 9 SCS sur le plan national, au nombre desquelles figure Carrefour, signataire d'un accord de distribution avec les sociétés Unicom et Vodafone, lesquelles sociétés sont actionnaires de la société Cegetel.

A la différence des entreprises de distribution qui commercialisent des terminaux et/ou les services des opérateurs de téléphonie mobile (Itinériss, SFR), les SCS proposent des contrats d'abonnement au service des opérateurs et deviennent l'interlocuteur exclusif du client pour tout ce qui concerne l'abonnement (services spécifiques, facturation).

B. - LES RÉPONSES AUX QUESTIONS POSÉES

1. Les marchés

Le service universel

Aux termes de l'article L. 35-2 -I du code des postes et télécommunications, France Télécom est l'opérateur public chargé de la fourniture du service universel qui consiste en la fourniture à tous d'" *un service téléphonique de qualité à un prix abordable* ". Le cahier des charges de France Télécom prévoit les conditions dans lesquelles les tarifs du service universel et sa qualité sont contrôlés. Par ailleurs, la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications, modifiée, précise que " *France Télécom a pour objet (...) : D'assurer tous services publics de télécommunications (...); De fournir, dans le respect des règles de la concurrence, tous autres services, installations et réseaux de télécommunications (...)* " (article 3), qu'il " *est habilité à exercer (...) toutes activités qui se rattachent directement ou indirectement à son objet* " et qu'il " *peut créer des filiales et prendre des participations dans des sociétés, groupements ou organismes ayant un objet connexe ou complémentaire* " (article 7). L'exploitant public est soumis au contrôle de commissaires aux comptes désignés par le ministre chargé de l'économie et le ministre chargé des postes et télécommunications.

Le décret n° 97-475 du 13 mai 1997 relatif au financement du service universel, pris pour l'application de l'article L. 35-3 du code des postes et télécommunications a exclu du champ de l'évaluation du coût net des obligations tarifaires " *les abonnés bénéficiant d'abonnements spécifiques ou d'options tarifaires qui correspondent à une résorption du déséquilibre des tarifs* ". L'ART a, suivant l'avis n° 96-A-18 formulé par le Conseil de la concurrence le 31 décembre 1996, considéré que l'abonnement modéré de France Télécom ne peut être considéré comme " *ayant exclusivement un but social* " et devait, en conséquence, être exclu du champ de l'évaluation dans la mesure où cette prestation " *pourrait avoir un but commercial* ".

Il n'appartient pas au Conseil de la concurrence de déterminer si la vente indirecte par France Télécom de services téléphoniques aux consommateurs par l'intermédiaire de distributeurs relève ou non du service universel. Toutefois, il est incontestable qu'un tel service se trouverait en concurrence avec d'autres services proposés par d'autres opérateurs sur un marché, défini de manière constante par les autorités de concurrence comme le lieu sur lequel se rencontrent une offre et une demande pour un produit déterminé ou un service spécifique.

Les marchés à retenir

Les autorités de concurrence distinguent habituellement la vente de services de télécommunications à des gros utilisateurs de celle destinée à des entreprises de taille plus modeste. Ainsi, la Commission européenne a retenu l'existence d'un marché des services améliorés et à valeur ajoutée " *destinés aux grandes sociétés multinationales, aux entreprises géographiquement très étendues et aux gros utilisateurs de services de télécommunications fournis grâce à des réseaux internationaux intelligents* " (décision BT-MCI- Newco- du 27 juillet 1994, JOCE du 27 août 1994). Dans sa décision, la Commission indique que le marché concerné couvre notamment les " *solutions globales de télécommunications en sous-traitance* ". Le Conseil de la concurrence a procédé à la même analyse dans sa décision n° 97-D-53 du 1^{er} juillet 1997 confirmée par la cour d'appel de Paris et relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la transmission des données, dans laquelle il a considéré que, pour une catégorie de demandeurs, en l'occurrence " *les compagnies d'assurance parmi les plus importantes sur le plan national* ", les services concernés n'étaient " *pas substituables aux autres services de transmission de données terrestres en raison des différences de performance et de coût* ".

Par ailleurs, le Conseil a émis l'avis (n° 97-A-19 du 24 septembre 1997) selon lequel il convient de distinguer la téléphonie fixe de la téléphonie mobile au motif que la substituabilité entre les deux modes de transmission n'est pas, en l'état du développement du secteur, suffisamment développée pour considérer qu'ils appartiennent à un seul marché. Aucun élément ne permet actuellement de remettre en cause cette analyse.

Les marchés de vente en gros de trafic longue distance à partir de postes fixes

L'activité de vente de services téléphoniques longue distance en gros à destination du grand public doit être distinguée de celle de la location ou de la vente de plates-formes de commutation qui consiste, pour les entreprises concernées dénommées " *switch-based resellers* ", à offrir à leurs clients essentiellement des prestations de reroutage. Ces prestataires achètent du trafic en gros aux transporteurs de communications longue distance et s'engagent à faire bénéficier leurs clients, qui sont des entreprises de télécommunications, des " routes " les moins onéreuses selon les destinations d'appels. Cette activité, qui concerne des acteurs en partie différents et qui comporte généralement des prestations associées telles que l'hébergement de serveurs, se distingue nettement de la simple activité de revente de trafic longue distance par des opérateurs grossistes aux entreprises de distribution et appartient donc à un marché différent.

Le croisement de l'offre de trafic téléphonique longue distance à partir de postes fixes et la demande correspondante, émanant de la distribution spécialisée ou non, constitue un marché distinct du marché précédemment décrit ainsi que du marché de la vente au détail de services téléphoniques à partir de postes fixes aux consommateurs.

La vente de trafic longue distance au stade de détail à partir de postes fixes

Le Conseil de la concurrence a considéré (avis n° 97-A-04 du 21 janvier 1997 relatif à diverses questions portant sur la concentration de la distribution), s'agissant de la vente des petits appareils électroménagers, que " *les hypermarchés peuvent être les concurrents directs des grandes surfaces spécialisées, notamment lorsque celles-ci se sont installées dans le voisinage des hypermarchés* ". Il a, en revanche, estimé, au sujet de la vente d'articles de sport, qu'il existe des marchés différents entre les grandes surfaces spécialisées et les rayons d'hypermarchés eu égard à " *la nature des produits vendus, la profondeur des gammes ou les services rendus* ".

La commercialisation de services téléphoniques longue distance à partir de postes fixes par des grandes surfaces alimentaires ou non alimentaires pose, s'agissant de la définition des marchés, deux séries de questions : la première porte sur le degré de substituabilité pour le consommateur entre ces services et les services de téléphonie fixe offerts par des opérateurs de télécommunications. La seconde porte sur le degré de substituabilité entre, d'une part, les services accessibles par le préfixe E et, d'autre part, ceux accessibles par des préfixes à plusieurs chiffres en ayant recours à des " dialers " ou encore des cartes prépayées programmées.

La réponse à la première question dépend en grande partie des conditions dans lesquelles les distributeurs décideront de commercialiser lesdits services :
soit il s'agit de la simple revente de trafic sous le préfixe attribué à un opérateur à un rapport qualité-prix voisin de celui que le consommateur peut trouver chez l'opérateur : dans ce cas, il existe une substituabilité entre les services offerts par chacun des deux canaux ;
soit il s'agit de la revente de trafic, le cas échéant sous une marque de distributeur à un prix se différenciant notablement de celui offert directement par l'opérateur et de l'octroi de minutes gratuites lors de l'achat de marchandises pour fidéliser la clientèle. Dans ce cas, les caractéristiques de chacune des offres peuvent se différencier de manière suffisante pour ne pas être substituables aux yeux des consommateurs. Ainsi, dans son arrêt en date du 11 mars 1993 relatif à la vente de livres par clubs, la cour d'appel de Paris, après avoir rappelé que la clientèle des clubs est exclusivement constituée d'adhérents, qui reçoivent régulièrement à domicile, par envoi postal, un catalogue présentant les titres sélectionnés et que " *les clubs offrent généralement des services annexes ou sans rapport avec le livre, mais toujours réservés aux adhérents* ", a considéré que les méthodes de distribution, telles que " *la constitution et la fidélisation de la clientèle* ", traduisent une " *segmentation du marché du livre, du point de vue des éditeurs eux-mêmes* " et retenu l'existence d'un marché spécifique de la vente de livres par club.

Pour répondre à la deuxième question, il convient de prendre en compte le fait que le préfixe E constitue une " ressource rare ", compte tenu du nombre limité à 7 des chiffres utilisables. La rareté de la ressource a, d'ailleurs, conduit l'ART à mettre en place un mécanisme de sélection additionnel consistant en un préfixe à quatre chiffres de type 16XY, réservé en priorité aux opérateurs de télécommunications titulaires d'une autorisation de type L. 34-1, qui ne disposent pas par ailleurs d'un préfixe E.

Il est certain que la rareté du préfixe E confère aux opérateurs qui en sont bénéficiaires un avantage concurrentiel au moins jusqu'à l'entrée en vigueur du mécanisme de sélection du transporteur par abonnement prévue au 1^{er} janvier de l'an 2000. De l'avis de la majorité des distributeurs intéressés par la distribution de services téléphoniques longue distance à partir de postes fixes, le critère de la simplicité d'utilisation pour le consommateur prime sur tous les autres critères. De ce point de vue, les préfixes à un chiffre offrent un avantage commercial important par rapport aux préfixes à quatre chiffres dont la complexité d'emploi est de nature à limiter l'usage, voire à décourager rapidement une grande partie des consommateurs, habitués à composer le préfixe 0.

c) La position de France Télécom sur le marché de vente en gros de trafic téléphonique longue distance dans la téléphonie fixe

S'agissant d'un marché en cours de constitution, il est difficile de prévoir dès à présent la position qu'occuperait France Télécom sur le marché de la vente en gros de trafic longue distance aux distributeurs. Dans les premiers temps, cette position dépendra des accords déjà conclus par certains opérateurs, de la faculté pour France Télécom d'entrer sur le marché à plus ou moins long terme et de sa capacité à proposer des solutions innovantes par rapport à ses concurrents. Mais quelle que soit la position de France Télécom sur le marché concerné, l'abonné qui décidera de souscrire un accord avec un distributeur demeurera toujours tenu de conserver un abonnement auprès de l'opérateur local, donc de France Télécom dans la quasi-totalité des cas. En effet, selon les derniers chiffres disponibles, le nombre d'abonnés en téléphonie fixe s'élèverait au total à environ 34,5 millions dont plus de 98 % auprès de France Télécom.

L'avenir de ce marché, en termes de prix et de croissance, dépendra en grande partie de la capacité de l'opérateur historique à résister aux demandes de baisse de prix de la grande distribution, qui entend utiliser le service de téléphonie fixe à des fins de fidélisation de la clientèle, dans la mesure où France Télécom constitue la référence des autres opérateurs en matière de prix. Une baisse trop importante des prix pourrait en effet être de nature à exclure du marché certains des opérateurs concernés.

2. L'intervention de France Télécom dans le secteur concurrentiel

Pour France Télécom, la vente de trafic longue distance à partir de postes fixes aux distributeurs en vue de la revente aux consommateurs aboutirait à commercialiser un même service selon deux canaux de distribution. Il est relativement fréquent que des entreprises utilisent pour la commercialisation de leurs produits ou services des canaux de distribution différents. Ce mode de distribution ne pose pas en soi de problème particulier au regard du fonctionnement du jeu de la concurrence dès lors qu'est préservée la liberté des revendeurs de déterminer eux-mêmes leur politique commerciale, en particulier dans le domaine de la fixation des prix et, le cas échéant, de celui des ventes passives en dehors du territoire qui leur a été alloué par le fournisseur.

a) Rappel du cadre législatif et réglementaire de l'intervention de France Télécom

La loi n° 96-660 du 26 juillet 1996 a transformé France Télécom, personne morale de droit public, en entreprise nationale soumise aux dispositions législatives applicables aux sociétés anonymes, en tant que ces dispositions ne sont pas contraires à celles insérées dans la loi susmentionnée.

Le décret n° 96-1225 du 27 décembre 1996 portant approbation du cahier des charges de France Télécom (JO du 31 décembre 1996) prévoit (article 17) l'obligation de publication des tarifs du service public universel et des services obligatoires définis à l'article 7 du même décret. France Télécom est tenue d'assurer, au titre du service universel du téléphone, " l'offre d'un service de qualité à un prix abordable à toute personne qui en fait la demande ". Ces tarifs, qui sont homologués par le ministre chargé des télécommunications, sont fixés " de manière à respecter les principes de transparence et d'orientation vers les coûts ". Il est, en outre, indiqué, à l'article 17 du décret susmentionné : " France

Télécom fixe librement les tarifs des autres services. Elles les communique pour information aux ministres (.....) ". Il est, par ailleurs, fait obligation à France Télécom de garantir les obligations définies par le décret du 27 décembre 1996 dans les conventions par lesquelles elle confie, le cas échéant, " la commercialisation ou la distribution de l'un de ses services à une autre société ".

Le décret n° 96-1175 du 27 décembre 1996 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 précise, en son article D.98-2 : " *A la demande de l'Autorité de régulation des télécommunications, (.....) l'opérateur fournit d'autres informations nécessaires qui sont traitées dans le respect du secret des affaires, et notamment :*

les contrats entre l'opérateur et les distributeurs, revendeurs ou société de commercialisation
- (.....)

toute information nécessaire pour vérifier le respect de l'égalité des conditions de concurrence, et notamment les conventions ou contrats conclus entre les filiales de l'opérateur, les sociétés appartenant au même groupe ou des branches d'activité de l'opérateur distinctes de celles couvertes par la présente autorisation ".

Le cahier des charges de France Télécom approuvé par arrêté du 12 mars 1998 (JO du 19 mars 1998) précise (article 18.4) que " si l'opérateur souhaite faire appel contractuellement à des sociétés de commercialisation de services, il doit veiller, dans les relations contractuelles avec ces sociétés, au respect de leurs engagements au regard des obligations de l'opérateur prévues dans le présent cahier des charges ".

b) Les principes applicables

Le Conseil rappelle, en premier lieu, qu'en dehors de son titre V, qui concerne les opérations de concentration et qui ne peut trouver à s'appliquer au cas d'espèce, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ne contient aucune disposition qui permettrait de restreindre l'accès au marché d'un opérateur. En second lieu, le fait que des opérateurs concurrents de France Télécom aient accès au marché de vente indirecte de services téléphoniques longue distance en cours de création justifie, sauf à créer une asymétrie injustifiée du point de vue de la concurrence, que France Télécom ait accès à ce marché, même si France Télécom détient une position dominante sur le marché aval de la vente directe de services téléphoniques au consommateur.

En revanche, ces circonstances sont de nature à justifier que l'exercice de son activité sur ce marché soit soumise à certaines conditions.

Dans son avis n° 98-A-05 du 28 avril 1998 relatif aux principes à respecter ou aux dispositions à prévoir pour assurer le fonctionnement concurrentiel du marché électrique, le Conseil s'est prononcé pour une diversification d'EDF " *encadrée* " sur les marchés concurrentiels concernant les activités " *en aval du compteur* ", " *dans le souci que la concurrence soit équitable* ". Le Conseil, qui a notamment pris en compte la demande croissante pour des services complémentaires associés à la fourniture du service principal, a en effet estimé que l'action d'EDF sur les marchés de services devra être exercée en respectant des règles tenant compte des situations spécifiques de concurrence sur chacun d'eux. La loi du 2 juillet 1990 précitée définit très largement l'objet de France Télécom, puisque cette dernière peut non seulement assurer tous les services de télécommunications, mais encore exercer toutes les activités qui s'y rattachent directement ou indirectement. Il s'avère dès lors que les mêmes principes que ceux mentionnés au sujet d'EDF doivent trouver à s'appliquer.

c) L'efficience économique

Des conditions ont été imposées par l'ART aux attributaires de préfixes E comme l'établissement d'un point d'interconnexion par région métropolitaine au plus tard 18 mois après son attribution et de deux points d'interconnexion après 36 mois. Par ailleurs les attributaires devaient s'engager à " *établir et exploiter une infrastructure de transmission longue distance métropolitaine minimum* " telle que définie à l'article 2 de la décision n° 97-196 du 16 juillet 1997.

Il n'est pas certain que tous les bénéficiaires de préfixes soient en mesure de satisfaire aux conditions imposées dans les délais requis, compte tenu du montant de l'investissement. Cette circonstance est donc de nature à accroître la rareté de la ressource disponible.

France Télécom s'est vu attribuer le préfixe 8, normalement utilisable par un abonné qui, étant situé dans une zone locale desservie par un opérateur concurrent de France Télécom, souhaite recourir à France Télécom pour acheminer les communications longue distance.

Du point de vue de l'efficacité économique, il est souhaitable, compte tenu de la rareté de la ressource, que soient réunies les conditions optimales d'utilisation des préfixes E disponibles au nombre desquels figure le 8 attribué à France Télécom. Le Conseil estime, par ailleurs, que le retard pris dans le développement de la concurrence sur la boucle locale pénalise le consommateur. Il considère, en conséquence, que l'utilisation du préfixe 8 par France Télécom pour la commercialisation de services téléphoniques longue distance, tout en maintenant un service universel de qualité à prix abordable par le 0, peut, sous certaines conditions, contribuer à favoriser une allocation efficace des ressources telle que le prévoit l'article 102-A du traité de Rome. Une telle offre à prix réduits par un distributeur peut également être bénéfique pour le consommateur dès lors que ce dernier dispose des informations nécessaires pour adapter la consommation à ses seuls besoins et se prémunir contre d'éventuels abus liés, par exemple, à une politique de fidélisation à l'enseigne. Cependant, la position dominante occupée par France Télécom sur le marché de la téléphonie fixe dans son ensemble et notamment sur la boucle locale, d'une part, et la position d'opérateur chargé du service universel, d'autre part, exposent les opérateurs de téléphonie longue distance concurrents à certains risques de distorsion de concurrence.

Il convient donc que des mesures soient prises afin de prévenir les risques inhérents à l'exercice par l'opérateur historique, au sein de la même entité, du service universel et d'une activité concurrentielle. Le Conseil recommande, en premier lieu, afin d'éviter les subventions croisées, que l'activité de commercialisation de services téléphoniques en gros par le préfixe 8 à destination des consommateurs par France Télécom soit, à défaut de pouvoir être confiée à une filiale, exercée par un service ou une entité dont l'activité soit distincte des autres activités de l'entreprise. A cet effet, France Télécom devrait, préalablement à la fourniture du service, établir pour l'activité concernée une comptabilité analytique distincte de celle portant sur les autres activités du groupe, notamment la commercialisation de services téléphoniques par le 0, qui concerne à la fois les communications locales, longue distance et internationales. Cette comptabilité devrait faire l'objet d'un audit périodique par un expert indépendant, différent des commissaires aux comptes de l'entreprise. Il serait, par ailleurs, souhaitable que les relations entre l'entité concernée et le groupe, notamment les modalités d'utilisation des infrastructures, soient précisées, soit dans une convention si une filiale était créée pour l'exercice de cette activité, soit dans une " charte " interne dans le cas contraire, lequel document définirait de manière précise le coût d'utilisation desdites infrastructures qui devront refléter l'usage effectif du réseau de transport et de desserte. S'agissant de la détermination du prix de cession à l'entité concernée chargée de la commercialisation du service, France Télécom devra en outre respecter les principes fixés par le décret " *interconnexion* " du 3 mars 1997 ainsi que prendre en compte les différents types de coûts à retenir dans l'établissement des tarifs d'interconnexion (articles D. 99-11 à D. 99-17 du code des postes et télécommunications). Il sera également nécessaire de veiller à ce que la baisse éventuelle des prix pratiqués sur le marché des communications longue distance par la distribution soit neutre au regard de la contribution des opérateurs au regard du financement du service universel. Enfin, pour éviter d'éventuels effets de ciseau tarifaire, il conviendra que l'offre de France Télécom ne porte que sur les communications longue distance et internationales, c'est-à-dire celles qui sont extra-départementales. Les représentants de France Télécom ont déclaré lors de la séance du Conseil que l'abonné au service téléphonique longue distance du 8 par l'intermédiaire de la grande distribution se verrait privé de la possibilité d'acheminer ses communications à l'intérieur de la zone locale de transit par l'intermédiaire de ce service, ce qui ne serait actuellement pas le cas des communications locales des abonnés au " 5 " de la société Omnicom, commercialisé par la société Carrefour, et au " 7 " de Cegetel.

En second lieu, s'agissant du niveau de prix auquel les services seront commercialisés aux distributeurs, le Conseil rappelle que l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence prévoit en son article 1^{er} que " *les prix des biens, produits et services (.....) sont librement déterminés par le jeu de la concurrence* " et que la possibilité de déroger à cette règle n'existe que dans les cas où la situation de la concurrence est limitée, soit en raison de situation de monopoles ou de difficultés durables d'approvisionnement, soit de dispositions législatives ou réglementaires. Les prix sont alors fixés par voie de décret en Conseil d'État pris après consultation du Conseil de la concurrence. Dans la mesure où France Télécom se trouvera en situation de concurrence avec d'autres opérateurs, il paraît exclu de recourir à un tel mécanisme de fixation des

prix par voie réglementaire. Le Conseil rappelle, en revanche, que, conformément à sa jurisprudence confirmée par la cour d'appel de Paris, les pratiques de prix discriminatoires et de prix d'éviction de la part d'une entreprise en situation de position dominante sont prohibées par l'article 86 du traité de Rome et par l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Peuvent entrer dans la catégorie des prix d'éviction les prix prédateurs, à savoir les prix inférieurs aux coûts moyens variables ou les prix inférieurs aux coûts totaux lorsqu'il est établi que cette dernière pratique a pour objet ou peut avoir pour effet de limiter l'accès du marché à d'autres entreprises. Sont également prohibés, dans les mêmes conditions, les rabais de fidélité destinés à évincer les concurrents du marché.

S'agissant d'un nouveau marché ouvert à la concurrence, le Conseil recommande, enfin, que les contrats de distribution conclus par l'opérateur dominant soient limités dans le temps et ne comportent pas de clauses de tacite reconduction ou de clauses susceptibles de cloisonner le marché et de limiter ainsi son accès aux opérateurs concurrents.

Délibéré, sur le rapport de M. Jean-René Bourhis et de M. Bernard Lavergne, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, MM. Cortesse et Jenny vice-présidents, Mme Boutard-Labarde, MM. Callu, Marleix, Rocca, Thiolon et Urbain, membres.

Le rapporteur général,

La présidente,

Marie Picard

Marie-Dominique Hagelsteen

Copyright Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie 23/07/1999