

Réponse de France Télécom à la consultation publique de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes sur le projet de décision portant modification de la décision n°05-0571 du 27 septembre 2005 d'analyse des marchés de la téléphonie fixe

Le projet de décision que l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes soumet ici à la consultation publique s'inscrit dans une démarche globale de dérégulation des marchés de détail de la téléphonie fixe et implique un réexamen partiel des obligations imposées à France Télécom sur les marchés de détail tel que définis dans la décision n°05-0571 de l'Autorité de régulation des communications électronique et des postes en date du 27 septembre 2005 portant sur la définition des marchés pertinents de la téléphonie fixe, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre.

France Télécom ne peut que se féliciter d'une telle démarche même si elle constate que la seule mesure concrète proposée d'allègement de la régulation à court terme, objet en parallèle d'une consultation publique ad hoc, porte spécifiquement sur le seul marché résidentiel des communications.

Si elle accueille cette annonce favorablement, France Télécom ne peut s'empêcher de considérer qu'une telle mesure aurait, en toute équité, pu et du être mise en oeuvre dès la publication en octobre 2005 de la décision n°05-0571 dès lors que les mesures proposées se fondent sur des constats qu'il était parfaitement possible à l'Autorité d'anticiper. En conséquence le caractère tardif d'une telle mesure ne pourrait être justifié que par la prise en compte d'éléments factuels nouveaux, qui devraient de toute évidence conduire à un dispositif d'une toute autre ampleur en terme de dérégulation et d'inclure à tout le moins le marché de l'accès pour la clientèle résidentiel.

Sur l'évolution de la situation concurrentielle sur les marchés de détail

Dans son analyse l'Autorité admet que la situation concurrentielle sur les marchés de détail de la téléphonie fixe a évolué et reconnaît que le développement des services de communications VLB, alliés à celui des services de communications en sélection du transporteur, permet un accroissement significatif de la pression concurrentielle exercée sur France Télécom et ce notamment sur les marchés des clients résidentiels. Cette analyse laisse entendre, et c'est d'ailleurs ce qui sous tend les premières orientations de l'Autorité en terme d'allègement de la régulation appliquée aux marchés de détail de la téléphonie fixe, que seuls les marchés des communications sont soumis à cette pression.

Comme le Conseil de la concurrence dans ses avis n°05-A- 05 et n°06-A-10 en date respectivement du 16 février 2005 et du 12 mai 2006, France Télécom souhaite attirer l'attention de l'ARCEP sur la nécessité de mettre en œuvre une régulation *ex ante* cohérente et ordonnée afin d'éviter, pour reprendre la terminologie du Conseil, que « *la mise en oeuvre de la régulation sectorielle n'engendre des distorsions de concurrence à la frontière entre deux marchés, en traitant de façon trop différenciée des services dont il ne peut être exclu qu'ils se retrouvent à courte échéance dans une relation de concurrence* ».

A ce titre, France Télécom souhaite que le caractère substituable des accès depuis un poste fixe par des accès haut débit ou des accès mobiles soit intégrée dans l'analyse de l'Autorité et que la pression concurrentielle avérée qui en découle sur les accès analogiques sur le marché résidentiel soit explicitement souligné.

S'il est clair qu'un accès au réseau téléphonique depuis un poste fixe ne peut se substituer à un accès haut débit ou à un téléphone mobile, la réalité quotidienne montre que la réciproque est fautive. On observe, et les médias en font d'ailleurs largement écho, une très forte substitution entre accès au service téléphonique. Les comportements de résiliation ou de non souscription de l'abonnement téléphonique fixe au profit du mobile ou des offres dual play et triple play des opérateurs se sont considérablement développés chez les consommateurs. Ce phénomène devrait être largement amplifié avec la montée en charge sur le marché de gros de l'offre ADSL de France Télécom et l'émergence sur le marché de détail d'offres de produits et services de type « dual phone » et « home zone » permettant à des terminaux mobiles de se substituer aux accès fixes lorsqu'ils sont utilisés depuis le domicile du client.

Sur l'évolution des offres de gros

En page 9 de sa consultation l'Autorité indique qu'elle a identifié « *au cours de son analyse des marchés de la téléphonie fixe certaines difficultés limitant les possibilités de développement d'une concurrence effective et loyale à travers le seul mécanisme de sélection du transporteur* » du fait de certains avantages dont disposerait France Télécom du fait de sa position sur les marchés de l'accès.

Or aucun réel élément tangible ne vient à ce jour corroborer ce constat.

Comme elle l'a déjà explicitée dans une précédente consultation, France Télécom estime très exagéré d'écrire comme le fait l'Autorité que « *l'impossibilité pour les opérateurs alternatifs de proposer une facture unique à leur abonnés présélectionnés constitue une barrière à l'entrée sur le marché des communications* ». Cet écueil de la double facturation (accès – communications) n'a, en effet, jamais été démontré de façon tangible. Il apparaît au contraire, à l'ère de la dématérialisation, que la facilité que représente la facture unique exerce un attrait marginal pour le client.

En outre, il convient de rappeler que les effets de levier évoqué en page 9 de la consultation publique de l'Autorité concernant l'utilisation des données clients demeurent soumises aux règles de la concurrence qui constituent un rempart efficace et opératoire à tout comportement déloyal en la matière.

Sur les marchés concernés par les modifications du dispositifs d'analyse des marchés

L'Autorité considère que le critère essentiel à même de justifier un allègement de la régulation des marchés de détail de la téléphonie fixe est celui de l'existence d'une palette d'offres de gros de France Télécom permettant aux opérateurs alternatifs si cela s'inscrit dans leur stratégie industrielle et commerciale d'offrir des offres de téléphonies traditionnelles ou innovantes. De telles offres existent à ce jour : dégroupages, offres de bitstream, ADSL nu, offres d'interconnexion, vente en gros de l'abonnement téléphonique de France Télécom.

Comme cela a été évoqué précédemment, il existe une très forte substitution entre les offres dual play, triple play et bientôt quadruple play proposées sur des accès haut débit et les accès au réseau téléphonique depuis un poste fixe. Ces offres sont le plus souvent élaborées à partir de l'offre de dégroupage total de France Télécom qui connaît une croissance fulgurante depuis maintenant de nombreux mois. L'ARCEP dans la dernière publication de son observatoire des marchés estime à plus de 500% cette croissance. L'Autorité souligne d'ailleurs dans cette même enquête que le développement du dégroupage total est « *privilegié à la fois par les opérateurs et par les clients au détriment des offres de sélection du transporteur* ». Ce phénomène devrait s'amplifier avec la commercialisation en zones non dégroupées de ce type d'offre grâce à l'offre de gros d'ADSL nu de France Télécom disponible depuis le mois d'avril 2006. Enfin, la poursuite de la consolidation du secteur met désormais entre les mains d'acteurs uniques toutes les options d'accès et lui donne toute possibilité d'organiser la migration de ses clients d'un type d'accès à un autre dans le cadre d'une même relation commerciale.

Dès lors subordonner l'allègement de la régulation des marchés de détail de la téléphonie fixe à la seule offre de vente en gros de l'abonnement de France Télécom apparaît à tout le moins excessif, non conforme au critère de proportionnalité et ne tenant pas compte des obstacles effectifs au développement de la concurrence mais sur des hypothèses dont l'ARCEP reconnaît parallèlement qu'elles pourraient en pratique être invalidées.

Or l'article L38-1 du CPCE impose à l'ARCEP d'imposer au titre de l'analyse des marchés des obligations qui doivent demeurer strictement « *proportionnées à la réalisation de ces objectifs et établies en tenant compte de la nature des obstacles au développement d'une concurrence effective identifiés* ».

Force est pourtant de constater que l'Autorité reconnaît elle-même au cas d'espèce les limites de cet exercice, et implicitement l'absence de motivation de sa position en la matière lorsqu'elle écrit en page 14 de sa consultation que « *[...]l'absence de lancement d'offres d'opérateurs alternatifs à partir de la VGAST sur tel ou tel segment particulier de marché ne peut aboutir de façon systématique à la conclusion de l'inopérabilité de l'offre ; cet état de fait pourrait être uniquement dû à des politiques commerciales particulières des acteurs alternatifs préférant peut-être s'impliquer plus avant dans d'autres technologies ou d'autres modes d'accès, au moyen par exemple du dégroupage ou d'offres d'ADSL nue.* ».

C'est la raison pour laquelle France Télécom demande à ce que le caractère substituable des accès depuis un poste fixe par des accès haut débit ou des accès mobiles soit intégrée dans l'analyse de l'Autorité et que la pression concurrentielle avérée qui en découle la conduise à revoir ses premières conclusions en étendant dès à présent l'allègement à la régulation de l'accès analogique sur le marché résidentiel.

Sur la proscription de pratique discriminatoire

France Télécom estime que les obligations de non-discrimination que l'Autorité souhaite nécessaire de maintenir sur les marchés de détail de la téléphonie fixe sont, comme elle l'a déjà mentionné dans une précédente consultation publique, préconisées sur la base de considérations qui demeurent très générales, et peu lisibles pour anticiper ou motiver un allègement de l'obligation de non-discrimination dans l'avenir..

Par ailleurs l'Autorité ne peut à la fois reconnaître que l'offre de VGAST est un moyen évident de prévenir les effets de levier de France Télécom sur les marchés des communications puisqu'elle permet le développement d'une concurrence effective en assurant aux opérateurs alternatifs la maîtrise du « lien commercial » avec leurs abonnés en présélection, et souligner parallèlement qu'il existerait du fait même des mécanismes de présélection « un lien commercial » entre France Télécom et ces mêmes abonnés de nature à justifier une obligation de non-discrimination.

Non seulement une telle appréciation méconnaît les dispositions de l'offre de VGAST pour garantir la prise en charge de la totalité de la relation client par l'opérateur, mais surtout n'apparaît pas cohérente avec les termes du projet de décision sur les effets de cette offre sur le marché.

France Télécom renouvelle sa demande pour que l'obligation de non-discrimination soit supprimée dès lors que le projet de décision ne permet nullement de prévoir les conditions dans lesquelles cette obligation devrait être levée, ni de justifier son maintien.

Sur l'interdiction de pratiquer des couplages abusifs

France Télécom constate que les progrès technologiques rapides associés à l'évolution des modes de consommation conduisent les opérateurs à proposer des offres innovantes tant au niveau technique que commerciale. Ces offres élaborées pour répondre au mieux aux nouveaux besoins de convergence, tant au niveau voix-données que fixe-mobile, bouleversent, à travers les nouvelles stratégies industrielles qu'elles induisent, la physionomie du secteur de la téléphonie de détail et façonnent un marché plus global et plus intégré dans lequel la dichotomie entre accès et trafic apparaît maintenant totalement artificielle car obsolète.

Le projet de décision fait manifestement l'impasse sur cette évolution significative du marché, et n'en tire pas les conséquences sur les obligations qui sont imposées à France Télécom. De plus l'Autorité confirme la fragilité de sa position q en reconnaissant que les opérateurs alternatifs disposent désormais d'un moyen de répliquer des offres liant l'accès au réseau téléphonique public et les communications fixes.

France Télécom rappelle à ce titre que l'Autorité dans sa décision n° 05-0571 avait déjà conclu que « les communications VLB peuvent pour leur part être couplées avec un accès inclus dans les communications de détail pour la clientèle résidentielle sans que ce couplage ne paraisse abusif a priori ».

Il est à cet égard assez étonnant que l'Autorité motive l'absence d'allègement des obligations de France Télécom en matière de couplage de l'accès non pas par l'évolution de la situation du marché, mais par le maintien « à ce stade » et sans autre forme de justification de l'obligation de ne pas pratiquer de couplage sur le marché de détail de l'accès.

En considération des constats déjà effectués lors de la décision n° 05-0571 et des moyens qui sont désormais données aux opérateurs alternatifs efficaces pour répliquer des offres intégrant l'accès et les communications fixes qui lui sont associées, il apparaît peu compatible avec l'objectif de proportionnalité fixé par le législateur de ne pas reconsidérer plus avant les obligations imposées à France Télécom.

Aussi, il est donc demandé, à défaut d'éléments factuels précis permettant de motiver une telle obligation qu'en page 11 de la consultation de l'Autorité la phrase « *L'interdiction de pratiquer des couplages abusifs n'étant pas revue à ce stade sur le marché de détail de l'accès, la suppression de cette obligation sur les marchés de détail des communications résidentielles ne modifie pas la situation actuelle pour ces offres* » soit supprimée.

France Télécom propose, en outre, que sur la même page, la phrase suivante : « *Pour les autres offres, couplant des communications téléphoniques à d'autres prestations que l'accès, il semble que cette obligation imposée à France Télécom sur les marchés résidentiels de détail des communications puisse être levée sans difficulté* » soit remplacée par : « *Pour les offres, couplant l'accès ou des communications téléphoniques à d'autres prestations, il semble que cette obligation imposée à France Télécom sur les marchés résidentiels de détail de la téléphonie fixe puisse être levée sans difficulté* »

Sur l'interdiction de pratiquer des tarifs excessifs

Ainsi que le rappelle le projet de décision, le cadre réglementaire permet à l'Autorité de réévaluer les obligations. Toutefois l'article D.303 du CPCE prévoit que « *Toutefois, l'autorité peut modifier, dans les conditions prévues par le présent code, les obligations imposées aux opérateurs exerçant une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques sans effectuer une nouvelle détermination des marchés pertinents* ». Ceci implique donc que le périmètre des marchés considérés n'est pas modifié.

A ce titre il apparaît nécessaire que la décision de l'Autorité respecte formellement la détermination initiale des marchés. Or les formulations « communications résidentielles », ou « communications téléphoniques » n'apparaissent pas cohérentes avec le nécessaire respect du périmètre des marchés visés.

En outre, comme indiqué supra, France Télécom souhaite que l'allègement de la régulation des tarifs de détail de l'accès analogique soit étendu dès maintenant au marché résidentiel.

France Télécom demande donc qu'en page 11 de la consultation de l'Autorité l'alinéa suivant : « *Sur le marché des communications résidentielles, le risque actuel que France Télécom pratique des tarifs excessifs est très faible. En effet, pour ce qui concerne l'ensemble de prestations relevant du service universel, c'est-à-dire notamment les tarifs de base des communications résidentielles, France Télécom est tenu, d'après l'article L. 35-1 du CPCE, de fournir à tous « un service téléphonique de qualité à un prix abordable »* ». Par ailleurs, la pression concurrentielle croissante sur le marché des communications téléphoniques

résidentielles diminue fortement le risque d'une tarification excessive par France Télécom sur ce marché » soit supprimé et remplacé par : « Sur les marchés résidentiels de détail de la téléphonie fixe, le risque actuel que France Télécom pratique des tarifs excessifs est très faible. En effet, pour ce qui concerne l'ensemble de prestations relevant du service universel, France Télécom est tenu, d'après l'article L. 35-1 du CPCE, de fournir à tous « un service téléphonique de qualité à un prix abordable ». Par ailleurs, la pression concurrentielle croissante sur le marché de l'accès et des communications téléphoniques résidentielles diminue fortement le risque d'une tarification excessive par France Télécom sur ce marché ».

France Télécom propose également que la dernière phrase du point III.2.3 soit libellée comme suit : « l'obligation pour France Télécom de ne pas pratiquer de tarifs excessifs peut donc être supprimée sur les marchés résidentiels de la téléphonie fixe ».

Sur l'interdiction de pratiquer des tarifs d'éviction

Le modèle de l'Autorité relatif aux coûts de fourniture des communications téléphoniques par un opérateur alternatif efficace publié cette année, ne possédant aucune valeur normative, France Télécom s'interroge sur la légitimité de cette seule référence pour légitimer un allègement de la régulation des marchés de détail de la téléphonie fixe.

L'Autorité ne peut considérer que ce modèle constitue un élément d'appréciation fiable d'une situation par l'autorité de concurrence dans la mesure où la méthodologie qui l'anime n'est pas le produit d'une analyse concurrentielle communément retenue tant par l'ARCEP que le Conseil de la concurrence dans le cadre de son analyse de marché initial, et dont la portée aurait été validée par la Commission dans le cadre du processus d'analyse des marchés prévu par le Code des postes et communications électroniques. Ce modèle doit demeurer un outil parmi d'autres permettant à l'Autorité, dans le cadre de la mission du contrôle tarifaire ex ante qui lui incombe, d'appréhender la reproductibilité économique des offres de détail de France Télécom concernées, mais ne peut conduire à évaluer aussi mécaniquement que ne le déduit le projet de décision à une saisine du Conseil, sauf bien sûr à se substituer à l'analyse que ce dernier aurait de la situation, et dont les avis ont pu démontrer certaines divergences d'appréciation et de méthodologie.

France Télécom ne peut donc que s'opposer fermement à ce que soit maintenue une telle mention conduisant à qualifier de manière systématique une situation concurrentielle sur le fondement d'un modèle de coûts dont le Conseil de la concurrence n'a aucunement validé les principes pour saisir ce dernier.

Il est d'ailleurs assez étrange que l'Autorité invite le secteur à se substituer à son expertise, ainsi qu'à ses propres missions, sinon pour « juger », pour apprécier un éventuel risque concurrentiel qui pourrait faire l'objet d'une intervention de l'Autorité compétente.

De la même manière, il ne peut être souscrit à ce que l'interdiction de pratiquer des tarifs d'éviction pour les offres couplant des prestations d'accès et de prestations de communications soit subordonnée à la publication d'un modèle de coûts spécifiques et non à la situation de marché comme l'impose pourtant les textes.

En conséquence de quoi France Télécom souhaite que les deux derniers paragraphes du point III.2.4 du projet de décision de l'Autorité soient supprimés et remplacés par la phrase

suivante : « *Le Conseil de la Concurrence pouvant être saisi dans le cas où seraient proposés des tarifs engendrant un effet de ciseau tarifaire, l'imposition à France Télécom d'une interdiction de pratiquer des tarifs d'éviction peut donc être supprimée sur les marchés de détail de la téléphonie fixes résidentielles. Enfin les obligations prévues à l'article 29 de la décision n°05-0571 relatives aux contrats dépassant un certain seuil (troisième alinéa) demeurent inchangées pour celles des offres incluses dans les marchés visés à l'alinéa de cet article* »

Sur l'obligation de communication préalable

En cohérence avec les arguments développés précédemment sur les obligations des couplages abusifs, et compte tenu de l'absence de motif France Télécom propose, en page 13, que les deux derniers paragraphes de la section III.3.1 soient supprimés et remplacés par le paragraphe suivant :

« Les interdictions de couplages abusifs, de prix excessifs et de prix d'éviction étant levées sur les marchés résidentiels de la téléphonie fixe, la communication préalable des tarifs des prestations relevant de ces marchés n'est plus justifiée, et ce d'autant que le droit commun de la concurrence continue de s'appliquer. Comme expliqué ci-après, l'obligation de non discrimination pourra être vérifié à travers l'obligation de comptabilisation des coûts. »

Sur l'encadrement des tarifs des appels vers les mobiles

En page 14 de son projet de décision, l'Autorité indique que « *l'Autorité n'appliquera pas d'encadrement pluriannuel généralisé à l'ensemble des tarifs de France Télécom des communications téléphoniques interpersonnelles vers les clients des opérateurs mobiles nationaux* ». France Télécom ne peut qu'accueillir favorablement l'absence d'une telle mesure.

Sur l'obligation de comptabilisation des coûts

Concomitamment à l'allègement de la régulation appliquée aux marchés de détail de la téléphonie fixe, l'Autorité estime, dans sa consultation publique, qu'il est justifié de conserver l'obligation de comptabilisation des coûts sur l'ensemble des marchés de détail déclarés pertinents, y compris les marchés des communications résidentielles, afin notamment de vérifier le respect de l'obligation de non-discrimination, qui s'applique à l'ensemble de ces marchés.

France Télécom s'est déjà exprimée en détail sur ces problématiques lors de sa réponse à la consultation publique en date du 29 juin 2006 relative au projet de décision de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes portant sur les obligations de comptabilisation des coûts et de séparation comptable imposées à France Télécom.

Elle souhaite ici souligner à nouveau les positions défendues dans la réponse susmentionnée relatives spécifiquement à la comptabilisation des coûts sur les marchés objet de la présente consultation.

Tout d'abord France Télécom rappelle qu'il serait inefficace et générateur de travaux inutiles de gérer sur un même périmètre deux nomenclatures de restitution, l'une pour la séparation comptable, l'autre pour la comptabilisation des coûts réglementaires. Il est donc impératif que sur le périmètre des activités donnant lieu à comptes séparés, la structure des restitutions en coûts réglementaires soit la même que celle utilisée pour la séparation comptable.

Ensuite, sur l'utilisation du système de comptabilité réglementaire – bien que cela ne soit pas clairement exprimé dans sa consultation en date du 29 juin 2006 – l'Autorité semble préconiser le passage du suivi économique d'environ 90 produits à celui de plusieurs centaines « d'offres » correspondant aux périmètres des évolutions tarifaires sur l'ensemble des marchés de détail déclarés pertinents. La démonstration du caractère irréaliste de cette éventuelle option et de l'impact désastreux qu'elle aurait sur la production des comptes réglementaires de FT SA a été largement développée par ailleurs. Il faudra s'assurer que, au contraire, le système qui sera mis en place sera à la fois réaliste et adapté aux objectifs à poursuivre.

Sur la communication pour information d'offre de détail non soumise à un contrôle tarifaire *ex ante*

Dès lors que l'Autorité a très explicitement indiqué que les raisons qui motivaient la communication préalable par France Télécom de ses offres sur les marchés définis aux articles 4 et 5 de la décision n° 05-0571, aucune obligation de communication préalable des informations liées à ces offres ne sauraient s'y substituer sans méconnaître gravement les dispositions du code des postes et communications électroniques.

De façon plus générale, les offres pour lesquelles l'obligation de communication préalable a été levée ne peuvent se voir imposer une obligation nouvelle et qu'i n'a fait l'objet d'aucun encadrement ni par le législateur, ni sur par les textes réglementaires d'applications des dispositions légales.

En premier lieu, il importe de rappeler que l'article L.38-1 énumère les obligations qui peuvent être imposées sur les marchés de détail par le régulateur au titre de son analyse comme suit :

« - Les opérateurs réputés exercer une influence significative sur un marché de détail du secteur des communications électroniques peuvent, lorsque l'application de l'article L. 38 ne permet pas d'atteindre les objectifs mentionnés à l'article L. 32-1, se voir imposer une ou plusieurs des obligations suivantes, proportionnées à la réalisation de ces objectifs et établies en tenant compte de la nature des obstacles au développement d'une concurrence effective identifiés lors de l'analyse du marché prévue à l'article L. 37-1 :

1° Fournir des prestations de détail dans des conditions non discriminatoires ; ne pas coupler abusivement de telles prestations ;

2° Ne pas pratiquer de tarifs excessifs ou d'éviction sur le marché en cause ; pratiquer des tarifs reflétant les coûts correspondants ; respecter un encadrement pluriannuel des tarifs défini par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ; prévoir la communication des tarifs à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes préalablement à leur mise en oeuvre, dans la mesure où ces tarifs ne sont pas

contrôlés en application de l'article L. 35-2 ; l'autorité peut s'opposer à la mise en oeuvre d'un tarif qui lui est communiqué en application du présent alinéa par une décision motivée explicitant les analyses, notamment économiques, qui sous-tendent son opposition ;

3° Tenir une comptabilité des services et des activités qui permette de vérifier le respect des obligations prévues par le présent article ; le respect de ces prescriptions est vérifié, aux frais de l'opérateur, par un organisme indépendant désigné par l'autorité.

II. - Les obligations prévues au présent article sont établies, maintenues ou supprimées, compte tenu de l'analyse du marché prévue à l'article L. 37-1. »

En second lieu, il est à noter que la mise en oeuvre de l'ensemble de ces obligations est encadré par décret d'application qui a lié l'obligation préalable des offres au mécanisme de contrôle tarifaire tel que prévu à l'article D303 du CPCE :

« Les opérateurs tenus de communiquer à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes les tarifs de certaines prestations de détail préalablement à leur mise en oeuvre, en application du 2° de l'article L. 38-1, transmettent les tarifs correspondants à l'autorité au moins trois semaines avant leur mise en oeuvre.

Ces tarifs sont accompagnés des éléments d'information permettant de les évaluer ainsi que des éléments de l'offre correspondante.

L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut s'opposer à la mise en oeuvre de ces tarifs par une décision motivée explicitant les analyses, notamment économiques, qui sous-tendent son opposition, notifiée à l'opérateur concerné dans un délai de trois semaines suivant la transmission du dossier complet et rendue publique. Ces analyses prennent en compte, en tant que de besoin, l'ensemble des obligations imposées à l'opérateur concerné en application de l'article L. 38-1. »

Or l'ARCEP au titre des modifications qu'elle peut apporter aux obligations ne peut manifestement mettre en oeuvre une nouvelle obligation qui n'aurait pas été définie par les textes, ni rattacher l'obligation d'information préalable sur le marché de détail à une quelconque obligation de non-discrimination sur le marché de gros comme elle l'indique : « Afin donc de s'assurer que France Télécom respecte bien son obligation de non-discrimination sur les marchés de gros des communications ».

Le code des postes et communications électroniques détaille précisément ce que le régulateur peut imposer aux opérateurs au titre des obligations prévues soit au titre de l'article L.38 et de l'article L38-1. Il indique notamment en matière de non-discrimination sur le marché de gros, que l'opérateur peut être tenu de publier une offre de référence, et encadre précisément la manière dont les informations de comptabilisation peuvent être portées à la connaissance de l'Autorité.

Il ressort d'ailleurs très clairement que l'exigence de non-discrimination repose sur la vérification par les tiers d'une application de conditions commerciales similaires ce qui implique pour les offres de gros des mesures précises qui ont été limitativement arrêtées par les textes.

Non seulement l'obligation de non-discrimination sur le marché de gros à laquelle l'ARCEP entend rattacher l'obligation d'information préalable préexistait dans la décision n° 05-0571 et ne saurait impliquer un nouveau remède. De plus, l'ARCEP ne peut imposer une obligation

sur le marché de détail non prévue par les textes, à dessein d'organiser la vérification d'une obligation sur le marché de gros dont le code des postes et communications électroniques a d'ailleurs spécifiquement arrêté les conditions de la vérification en ses articles D.307 et D.312.

Sans revenir sur la formulation d' « offres de communications » qui ici impropre compte tenu des marchés considérés, une telle obligation de communication préalable pour information par France Télécom « de ses offres de détail de communications destinées au marché résidentiel » est donc non seulement non conforme aux dispositions de l'article L32-1 II du CPCE, en ce qu'elle est disproportionnée aux objectifs de la régulation, mais tout simplement non conforme à la réglementation elle-même qui n'en prévoit pas les modalités.

Sur les articles proprement dits du projet de décision

Les modifications demandées par France Télécom supra conduisent à supprimer les articles 2, 3; 4, 5, 6, 7, 8 et 9 tels qu'ils sont actuellement rédigés dans le projet de décision de l'ARCEP et à les remplacer respectivement par les articles suivants :

« Article 2) – L'article 26 est ainsi rédigé :

« France Télécom est tenue de ne pas pratiquer de couplages abusifs entre une prestation appartenant au marché défini à l'article 3 ou une prestation de communication téléphonique incluse dans les marchés définis aux articles 6 et 7 qui y sont associées, et une autre prestation. » »

« Article 3) – L'article 27 est ainsi rédigé :

« France Télécom est tenue de ne pas pratiquer de prix excessifs pour les prestations d'accès incluses dans le marché défini à l'article 3 ainsi que pour les prestations de communications téléphoniques incluses dans les marchés définis aux articles 6 et 7 qui y sont associées. » »

« Article 4) – L'article 28 est ainsi rédigé :

« France Télécom est tenue de ne pas pratiquer de tarifs d'éviction pour les prestations d'accès incluses dans le marché défini à l'article 3, pour les prestations de communications téléphoniques incluses dans les marchés définis aux articles 6 et 7 qui y sont associées » »

« Article 5) – Le premier alinéa de l'article 29 est remplacé par les deux alinéas suivants :

« France Télécom communique à l'Autorité, préalablement à leur mise en oeuvre, les tarifs des offres d'accès incluses dans le marché défini à l'article 3 ainsi que les tarifs des offres de communications téléphoniques incluses dans les marchés définis aux articles 6 et 7 qui y sont associées, dans la mesure où ces tarifs ne sont pas contrôlés en application de l'article L. 35-2 du code des postes et des communications électroniques. France Télécom communique à l'Autorité dans les mêmes conditions les tarifs des offres couplées intégrant l'une des prestations visées à l'alinéa précédent. » »

« Article 6) – L'article 30 est abrogé. »

« Article 7) – La présente décision entre en vigueur à compter de sa publication au Journal officiel de la République française et jusqu'au 1er septembre 2008, sans préjudice d'un éventuel réexamen anticipé conformément aux dispositions de l'article D. 303 du code des postes et des communications électroniques. »

« Article 8) – Le directeur général de l’Autorité est chargé de l’application de la présente décision qui sera publiée au Journal officiel de la République française et notifiée à la société France Télécom. »