

CONSULTATION PUBLIQUE

SUR L'ANALYSE DES MARCHES DU HAUT DEBIT

**CONTRIBUTION ADDITIONNELLE SUR LE MARCHE DE
GROS DES OFFRES D'ACCES LARGE BANDE LIVREES AU
NIVEAU NATIONAL**

TELECOM ITALIA FRANCE

Par son communiqué de presse en date du 5 octobre 2004 et par courrier en date du 8 octobre 2004 adressé à Télécom Italia France, l'Autorité de régulation des télécommunications a invité les acteurs à se prononcer sur l'opportunité de la création d'un marché de gros des offres d'accès large bande livrées au niveau national et sur les mesures de régulation *ex ante* à adopter le cas échéant.

Par la présente contribution, Telecom Italia France entend réitérer et expliciter sa position quant à la nécessité de la création, aux côtés des marchés de gros des offres de dégroupage et d'accès large bande livrées au niveau régional, d'un marché de gros des offres d'accès large bande livrées au niveau national bien que celui-ci ne soit pas au nombre des marchés identifiés par la Commission dans sa recommandation.

I - Pertinence de la création d'un marché de gros des offres d'accès large bande livrées au niveau national

Outre les raisons historiques liées au comportement persistant de France Télécom d'abuser de sa position dominante qui ont été précédemment évoquées par Télécom Italia France au soutien de l'analyse de l'Autorité, il convient de relever que ce marché demeure un élément important de la chaîne de valeur du haut débit, ce qui justifie le maintien d'une régulation *ex ante*.

La légitimité même de l'action de régulation du secteur des communications électroniques par les autorités de régulation nationales réside dans l'absence de maturité du secteur. Le constat d'insuffisance de la concurrence sur le marché de détail de la fourniture d'accès haut débit doit naturellement conduire ces autorités à tenter de remédier au déficit de concurrence sur les différents marchés de gros amont et ce de façon cohérente.

Si France Télécom se voyait exemptée d'obligations imposées au titre de la régulation *ex ante* sur le marché de gros de la collecte nationale, les conséquences pour l'ensemble de la chaîne de valeur du haut débit seraient de deux ordres :

- A court terme, France Télécom fera bénéficier sa filiale/ses services d'un avantage comparatif indéniable par rapport à ses compétiteurs potentiels sur le marché de détail grâce à des tarifs et à un couplage d'offres voix/data facilité par l'intégration verticale du groupe qui lui permettront de préempter la clientèle. L'annonce de la baisse significative des tarifs de Wanadoo en particulier en zone B à compter du 1^{er} novembre prochain paraît d'ores et déjà problématique en ce qu'elle provoque un effet de ciseau tarifaire entre les différents tarifs de gros de France Télécom. Il apparaît à cet égard évident que, par ce biais contestable, France Télécom entend reconquérir les parts de marché perdues par Wanadoo ces derniers mois sous l'effet de l'amélioration du degré de concurrence résultant des mesures adoptées jusqu'à présent par le régulateur.

- A moyen et long termes, France Télécom fera obstacle à l'émergence d'offres de gros haut débit alternatives susceptibles de servir de fondement aux offres de détail compétitives des fournisseurs d'accès à Internet, annihilant ainsi une partie significative de la concurrence future sur le marché de détail. En effet, aujourd'hui, de nombreux FAI continuent d'utiliser cette offre de gros qui leur permet de couvrir de manière homogène l'ensemble du territoire national. On peut sérieusement craindre qu'en l'absence de mesures de régulation sur l'ensemble des marchés de gros, seuls les opérateurs capables de déployer une infrastructure de desserte régionale pourront alors se maintenir sur le marché de détail.

Il apparaît tout particulièrement essentiel que l'Autorité conserve la faculté de vérifier que les conditions notamment tarifaires pratiquées par France Télécom sur le marché de la collecte nationale sont compatibles avec l'émergence d'une concurrence saine et loyale sur l'ensemble de la chaîne de valeur du haut débit. En effet, ce marché revêt un caractère déterminant compte tenu d'une part de son importance en termes d'assise et de déploiement des opérateurs ayant vocation à fournir à moyen terme des offres fondées sur l'option 3 et/ou sur le dégroupage total et, d'autre part, de fondement pour les fournisseurs d'accès à Internet alternatifs.

Pour des opérateurs comme Télécom Italia France, qui sont actuellement présents sur le marché notamment grâce à l'offre de France Télécom de collecte nationale, la régulation du marché de la collecte nationale est nécessaire afin de leur permettre d'y recourir de manière transitoire et complémentaire à l'Option 1, et ce, tant que le recours au dégroupage ne sera pas assuré dans des conditions satisfaisantes : les difficultés opérationnelles persistantes que rencontrent Telecom Italia France tout comme les autres opérateurs alternatifs ne leur permettent en effet pas de concurrencer France Télécom à armes égales sur le marché de détail. L'Autorité doit conserver un contrôle sur l'ensemble des marchés de gros tant que le dégroupage d'une ligne ne pourra être effectué dans des conditions opérationnelles acceptables, en particulier en termes de qualité de service et de délai (capacité et délai de livraison des lignes, synchronisation dégroupage/portabilité, contraintes liées à la mutualisation dégroupage/interconnexion...). Ce contrôle ne pourra être levé, tout au moins partiellement, que lorsque le processus de dégroupage permettra aux opérateurs alternatifs un déploiement industriel de lignes dégroupées.

Il n'est pas inutile de rappeler que, même si le nombre de lignes faisant l'objet d'un dégroupage total progresse (51 521 lignes au 1^{er} octobre 2004¹), la concurrence sur ce segment n'en est qu'à ses balbutiements comparé même au niveau atteint en dégroupage partiel (près d'un million de lignes à la même date²).

C'est pourquoi Télécom Italia France souhaite que l'Autorité dispose des moyens d'assurer l'émergence et la pérennité d'une concurrence sur le marché de détail en permettant le positionnement, le maintien et le renouvellement d'un nombre suffisant d'acteurs. A cet égard, la régulation *ex ante* des trois marchés de gros du haut débit identifiés par l'Autorité, y compris du marché de la collecte nationale, constitue une condition *sine qua non* d'une régulation efficace. En effet, seule une action cohérente en termes de mesures et de calendrier sur les trois marchés amont que constituent les

¹ Tableau de bord du dégroupage au 1^{er} octobre 2004.

² Tableau de bord du dégroupage au 1^{er} octobre 2004.

marchés de gros du dégroupage, de la collecte régionale et de la collecte nationale est de nature à assurer d'une part, l'émergence d'une véritable concurrence au stade du gros, et d'autre part de garantir une concurrence saine et loyale sur le marché de détail.

A cet égard, Télécom Italia France entend rappeler que l'absence de régulation sur le marché de détail préconisé par l'Autorité doit conduire à une vigilance accrue de sa part sur l'ensemble des marchés de gros. C'est pourquoi, conformément à l'esprit et à la lettre des directives européennes, l'Autorité doit examiner l'opportunité de mesures de régulation *ex ante* tenant compte des spécificités du marché français mais également du comportement adopté par l'opérateur historique et, plus encore, de la réintégration de sa filiale FAI Wanadoo.

II Qualification de France Télécom comme opérateur puissant

Les arguments avancés par France Télécom pour décliner la qualification d'opérateur exerçant une influence significative sur le marché considéré sont éminemment contestables.

Selon France Télécom :

- d'une part, que les accès que France Télécom produit pour son propre compte doivent être exclus du calcul de ses parts de marché et ne doivent pas être pris en compte dans l'analyse de la puissance des acteurs sur ce marché ;
- d'autre part, que sa part de marché à fin 2004 sera nettement inférieure à 50 % sur l'ensemble des transactions marchandes au niveau national, c'est-à-dire extra-groupes, et que l'Autorité ne peut donc identifier France Télécom comme puissant sur ce marché.

Cette analyse, de prime abord convaincante en ce qu'elle transpose un raisonnement classique en droit de la concurrence dans le cadre de l'analyse concurrentielle d'un marché mature, n'est pas pertinente compte tenu, d'une part, du déficit flagrant de concurrence sur le marché considéré et, d'autre part, de son caractère contestable s'agissant de la fourniture d'accès à une entité qui demeure économiquement distincte nonobstant sa réintégration juridique par sa maison-mère.

En effet, s'il est courant en droit de la concurrence d'exclure du calcul des parts de marché d'une entreprise donnée les volumes ou valeurs que cette entreprise (au sens du droit de la concurrence) se fournit à elle-même pour ses besoins propres (« autoconsommation »), ce raisonnement ne saurait être accueilli s'agissant de la fourniture de services de gros à une entité économique qui, au sein de France Télécom, offre des services commerciaux sur le marché de détail.

Cette analyse est d'ailleurs celle conduite par France Télécom elle-même qui déclare dans sa contribution que :

« La jurisprudence de la Commission européenne en matière de définition des marchés et d'appréciation des pratiques concurrentielles (...) conduit à ne pas inclure les prestations d'autoconsommation dans le périmètre des marchés pertinents,

lesquels se limitent aux seules transactions manifestement de marché, entre deux entités économiques distinctes »³.

Conformément à l'analyse du Conseil de la concurrence qui a rappelé que « *les biens et les offerts par une entreprise pour sa propre consommation ne font pas partie du marché* »⁴, l'Autorité a relevé que le critère permettant de déterminer si l'on est ou non en présence de services autoconsommés est celui de leur mise sur le marché⁵.

Or, il semble douteux que les accès fournis par France Télécom à l'entité économique, Wanadoo, qui poursuit une activité bien distincte de fournisseur d'accès à Internet sur le marché de détail puissent être considérés comme des services autoconsommés.

Bien au contraire, ce sont ces accès fournis en gros qui constituent le fondement de son activité commerciale de FAI sur le marché de détail. On relèvera avec intérêt que dans un avis du 29 février 2000, le Conseil de la concurrence a écarté la qualification d'autoconsommation à une activité d'achat situé en amont dans la mesure où ladite activité servait à alimenter l'activité commerciale de l'entreprise concernée et non pas pour une consommation finale de sa part⁶.

On rappellera à cet égard que l'Autorité a précédemment analysé cette question à propos de la position de France Télécom sur les marchés de la téléphonie fixe et a finalement décidé que « *le volume de l'autoconsommation doit être prise en compte dans l'analyse de la puissance éventuelle d'un opérateur sur le marché* »⁷.

De même, dans sa synthèse des réponses des acteurs à la consultation publique sur les marchés du haut débit en date du 5 octobre 2005, l'Autorité évalue les parts de marché de France Télécom sur le marché de gros des offres régionales en y incluant expressément l'autoconsommation (Cf. p. 28 de la synthèse).

A supposer même que l'analyse de France Télécom relative à la prétendue « autoconsommation » de France Télécom pour les besoins de son entité économique Wanadoo est retenue, la prise de la fourniture de ces accès pour l'analyse du marché reste indispensable compte tenu de leur coexistence avec l'activité de fournisseur de gros de France Télécom en concurrence avec les autres opérateurs.

Le Conseil de la concurrence a ainsi eu l'occasion de souligner que « *la coexistence d'activité pour l'autoconsommation et d'activités de marché rend(ait) indispensable la tenue d'une comptabilité analytique* »⁸.

³ Réponse de France Télécom à la consultation publique de l'ART sur l'analyse des marchés du haut débit, point 3, page 2, souligné par nos soins.

⁴ Rapport d'activité 2001, Etude thématique : le marché pertinent, page 93.

⁵ Consultation publique sur l'analyse des marchés de la téléphonie fixe, 9 juillet 2004, page 67.

⁶ Avis n° 00-A-04 du 29 février 2000 relatif à l'acquisition par la société Vivendi de la participation de 15 % détenue par le groupe Richemont dans la société Canal + : « (...) cet achat ne saurait être assimilé à une autoconsommation, les droits en cause n'étant pas utilisés pour la consommation finale de l'opérateur mais pour alimenter une activité commerciale de diffusion ».

⁷ Consultation publique sur l'analyse des marchés de la téléphonie fixe, 9 juillet 2004, page 67.

⁸ Avis n° 99-A-21 du 8 décembre 1999 relatif à une demande d'avis de l'Union syndicale de l'industrie routière française concernant l'intervention des parcs départementaux de l'équipement dans le secteur de la production d'émulsion de bitume et des travaux routiers.

C'est donc bien à travers des mesures de séparation comptable que l'Autorité devra être en mesure de contrôler les conditions, notamment tarifaires, auxquelles France Télécom fournit à sa propre entité Wanadoo des accès haut débit.

III Insuffisance du dispositif de régulation allégé et transitoire sur l'année 2005 initialement envisagé par l'ART

Telecom Italia France suggère que l'Autorité adopte, s'agissant de la régulation de ce marché, une approche comparable à celle retenue pour les autres marchés de gros, en particulier en termes de calendrier des mesures qu'elle entend adopter. Telecom Italia France souhaite que l'Autorité privilégie à ce stade l'application de mesures de régulation *ex ante* pour une durée identique à celle prévue pour les autres marchés, sachant qu'elle dispose à tout moment de la faculté de prononcer la levée de tout ou partie de ces mesures si elle constatait qu'effectivement ces mesures ne sont plus appropriées compte tenu du degré de concurrence constaté.

De façon générale, il importe que le dispositif de régulation retenu assure une concurrence réelle sur le marché de détail. Dans cette perspective, Telecom Italia France souhaite que soient assurées des conditions qui garantissent qu'il soit possible de répliquer les offres de détail de France Télécom de façon homogène sur la totalité du territoire.

i) Nécessité de veiller au respect du principe de non-discrimination

Telecom Italia France souhaite que soit maintenue une obligation de non-discrimination entre les conditions proposées par France Télécom aux opérateurs et FAI et celles consenties à ses propres services ou filiales. Compte tenu de la réintégration de Wanadoo au sein du groupe France Télécom, le respect du principe de non-discrimination nécessite d'imposer à France Télécom de mettre en place des contrats internes de services, décrivant les conditions auxquelles elle fournit des services à ses propres services ou filiales et notamment les engagements de qualité de services qu'elle pratique à leur égard.

ii) Nécessité de maintenir un contrôle tarifaire

L'Autorité a proposé dans sa contribution initiale de maintenir des obligations de transparence et de non-discrimination, tout en levant l'actuel contrôle tarifaire *a priori* pour le remplacer par un simple contrôle *a posteriori*.

Bien au contraire, Télécom Italia France se prononce en faveur d'un maintien de la régulation de ce marché et en particulier du contrôle tarifaire. Ce contrôle apparaît proportionné aux problèmes concurrentiels qui ne manqueront pas de se poser du fait de la réintégration de Wanadoo dans le groupe France Télécom.

Il apparaît à Télécom Italia France que le maintien de mesures de contrôle tarifaire s'impose dans la mesure où France Télécom persiste à tenter de manipuler tout ou

partie de la chaîne de valeur du haut débit par le biais des conditions commerciales, en particulier tarifaires, de l'offre IP/ADSL, soit alternativement, soit cumulativement, pour avantager sa filiale et freiner la progression des opérateurs dans l'élaboration d'offres de gros attractives. De telles pratiques, qui s'analysent comme des pratiques d'éviction, nécessiteraient en l'absence de régulation ex ante la saisine des autorités compétentes comme le Conseil de la concurrence. Outre qu'une éventuelle condamnation n'interviendrait qu'ex post après un délai préjudiciable au secteur, il peut s'avérer délicat pour les autorités de concurrence de mettre en évidence le caractère prédateur des prix des offres de Wanadoo⁹ ou encore de constater un effet de ciseau tarifaire sur une ou plusieurs offres de gros haut débit (dégrouper et/ou offre de collecte régionale).

Le contrôle tarifaire sur l'ensemble des offres de gros de France Télécom s'impose également tant que les opérateurs comme le régulateur ne disposeront pas des moyens de vérifier que France Télécom n'accorde pas à son ex-filiale réintégrée, Wanadoo, des conditions tarifaires discriminatoires au niveau du marché de gros lui permettant de baisser artificiellement ses tarifs de détail (comme cela a été annoncé publiquement pour le 20 octobre prochain).

iii) Nécessité d'imposer des obligations de séparation comptable

Afin d'assurer l'efficacité des mesures de contrôle tarifaire, le maintien corrélatif d'obligations de séparation comptable apparaît également nécessaire.

Ces règles doivent être suffisamment strictes pour permettre à l'Autorité d'exercer efficacement et rapidement son contrôle. Ces règles doivent également tenir compte des éléments de difficulté résultant :

- d'une part, de la réintégration de Wanadoo au sein de France Télécom, dont il doit être tenu compte dans l'établissement des règles d'évaluation des coûts unitaires des éléments de réseau utilisés pour définir le coût des services de gros et de détail permettant d'éviter les effets de ciseaux tarifaires entre offres de gros et de détail ;
- d'autre part, de la convergence numérique qui conduit à offrir sur une même infrastructure fixe des services nouveaux (voix sur IP, Internet, télévision) dans la mesure où ce phénomène rend plus délicate l'analyse de la répartition des coûts entre services de détail reposant sur un même accès.

A cet égard, Telecom Italia France rappelle qu'elle souscrit à l'objectif de l'Autorité d'instaurer une plus grande transparence en matière de séparation comptable en instaurant une obligation de publication d'un certain nombre d'informations. Telecom Italia France insiste sur la nécessité de veiller à ce que la fourniture des informations comptables par France Télécom soit encadrée dans des délais impératifs de nature à assurer l'efficacité de la régulation. Telecom Italia France se félicite également de l'annonce par l'Autorité d'une future consultation publique sur ce thème.

⁹ Décision n°04-D-17 du 11 mai 2004 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par les sociétés AOL France SNC et AOL Europe SA.

iv) Caractère prématuré de limiter temporellement les mesures de régulation *ex ante* et nécessité d'assurer la cohérence avec la régulation applicable aux autres marchés de gros

Télécom Italia France considère que les mesures de régulation *ex ante* doivent être maintenues tant que l'Autorité n'aura pas constaté l'établissement d'une concurrence pérenne sur l'ensemble de la chaîne de valeur du haut débit et en conséquence sur le marché considéré.

Ainsi qu'elle l'a déjà exposé, Telecom Italia France doute fortement qu'une régulation *ex ante* transitoire d'une durée de douze mois soit suffisante.

Compte tenu des délais prévisibles pour l'adoption du régime applicable, la traduction des obligations dans les faits (publication d'une offre de référence notamment), l'instauration et le rodage des processus opérationnels, la levée des obstacles non anticipés, la prévisible résistance de France Télécom¹⁰, il apparaît improbable que le marché du dégroupage total aura atteint un niveau de maturité satisfaisant à horizon d'un an à compter de l'adoption des mesures de régulation *ex ante* proposées. Il suffit pour s'en convaincre de se référer aux délais de mise en place du dégroupage partiel. Même si certains effets d'apprentissage vont permettre aux acteurs d'éviter certains pièges, le développement d'un niveau de concurrence suffisant sur le marché du dégroupage total pour justifier un assouplissement des contraintes imposées à France Télécom sur le marché IP/ADSL national prendra plus de 12 mois.

En conséquence, Telecom Italia France insiste sur la nécessité d'assurer une cohérence d'ensemble, notamment en termes de durée, des mesures de régulation *ex ante* sur les différents marchés de gros de l'accès haut débit en raison de leur interdépendance. Il lui apparaît donc prématuré de prévoir d'ores et déjà la levée des remèdes applicables au marché IP/ADSL national à l'issue d'une période de 12 mois.

¹⁰ Cf. par exemple le recours introduit le recours introduit par France Télécom devant le Conseil d'Etat contre la décision n° 02-323 de l'ART en date du 16 avril 2002 demandant à France Télécom d'apporter des modifications à son offre de référence pour l'accès à la boucle locale (requête n° 247.866).