



Avis n° 05-A-16 du 28 juillet 2005
relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des
communications électroniques et des postes relative à la transition
vers un nouveau format de numérotation pour les services de
renseignements téléphoniques

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre du 21 mars 2005 enregistrée sous le numéro 05/0025 A par laquelle l'Autorité de régulation des télécommunications a sollicité l'avis du Conseil de la concurrence sur des questions relatives à l'exercice d'une concurrence loyale au cours de la phase de transition vers un nouveau format de numérotation pour les services de renseignements téléphoniques ;

Vu les articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret 2002-689 du 30 avril 2002 fixant ses conditions d'application ;

Vu le code des postes et des communications électroniques et notamment son article L. 36-10 ;

Vu la décision n° 249300 du Conseil d'Etat statuant au contentieux en date du 25 juin 2004 ;

Vu les décisions n° 05-0061, n° 05-0062 et n° 05-0063 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 27 janvier 2005 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du gouvernement entendus lors de la séance du 29 juin 2005, les représentants de l'Autorité de régulation des Télécommunications, des sociétés Telegate, Scoot France et France Télécom entendus en application de l'alinéa 2 de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

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

I. Le cadre de la demande d'avis

- 1 Par courrier du 21 mars 2005, l'Autorité de régulation des télécommunications, devenue l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes (ARCEP) depuis la promulgation de la loi sur la régulation des activités postales le 20 mai 2005, a sollicité l'avis du Conseil de la concurrence sur certaines questions relatives à l'exercice d'une concurrence loyale durant la phase de transition relative à la mise en place d'un format de numérotation unique pour l'ensemble des services de renseignements accessibles depuis un poste téléphonique, en application de l'article L. 36-10 du code des postes et des communications électroniques.

A. LES ÉLÉMENTS DE CONTEXTE

- 2 A l'heure actuelle, plusieurs acteurs offrent des services de renseignements accessibles depuis un poste téléphonique fixe ou mobile. Les exploitants de réseaux de télécommunications peuvent en particulier proposer à leurs abonnés un service de renseignements accessible par l'intermédiaire du numéro «12». Cette situation résulte des règles de gestion du plan de numérotation fixées par la décision de l'ART n° 98-75 du 3 février 1998, dont l'annexe 1 attribuait le numéro 12 au « *service de renseignements par opérateur* ».
- 3 Dans la pratique, le numéro 12 est mis en oeuvre par France Télécom au bénéfice de ses abonnés fixes et par les trois opérateurs de téléphonie mobile. Numéro d'accès aux services de renseignements téléphoniques hérité de l'époque du monopole de la Direction générale des télécommunications, l'utilisation du 12 est partagée entre les opérateurs à titre gratuit. Les services de renseignements des opérateurs mobiles sont également accessibles par des numéros spécifiques à trois chiffres (le 712 d'Orange, le 222 de SFR et le 612 de Bouygues Télécom). Ces numéros à trois chiffres relèvent des plans de numérotation privés de chaque opérateur et n'appartiennent pas au plan national de numérotation. Ils ne sont donc accessibles respectivement que depuis le réseau de chaque opérateur.
- 4 En marge de ces services proposés par les opérateurs de réseau, l'ART a par ailleurs attribué une série de numéros courts, de type 3BPQ, ainsi que des numéros à dix chiffres en vue de la fourniture de services de renseignements. Contrairement à la situation qui prévaut pour le 12, l'attribution de ces numéros donne lieu au paiement d'une redevance par les entreprises bénéficiaires. Dans ce cadre, des fournisseurs de services indépendants des exploitants de réseau ont pu développer des services de renseignements potentiellement accessibles de n'importe quel poste, sous réserve de la conclusion d'un accord avec l'opérateur de réseau correspondant. Les principaux utilisateurs de ces numéros, par exemple Fonecta, attributaire du numéro 3211 ou Scoot, attributaire du numéro 3200, mais aussi France Télécom qui exploite le 3212 pour ses services de renseignements internationaux, ne représentent à l'heure actuelle qu'une part relativement marginale des appels à destination d'un service de renseignements.
- 5 Les éléments recueillis en cours d'instruction montrent que les services de renseignements des différents opérateurs recueillent 300 millions d'appels par an environ. Ces appels sont émis pour un peu plus de la moitié depuis un poste fixe,

essentiellement par des abonnés de France Télécom et, pour le reste, depuis un téléphone portable. D'une manière générale, la part des appels émis depuis un poste fixe tendrait à décroître au profit des appels émis depuis un téléphone mobile dans un marché globalement stable.

- 6 Dans l'ensemble, le 12 représenterait plus de 80 % des numéros composés pour atteindre un service de renseignements, le solde étant constitué pour l'essentiel des appels à destination des numéros à trois chiffres des opérateurs mobiles. On peut en déduire qu'une part significative des accès aux services de renseignements depuis un téléphone mobile continue à avoir pour destination le 12, en dépit des efforts consentis par les opérateurs mobiles pour promouvoir leurs numéros à trois chiffres respectifs.
- 7 Saisi au contentieux par les sociétés Scoot France et Fonecta contre une décision de l'Autorité de régulation des télécommunications (devenue par la suite ARCEP), le Conseil d'Etat a, par sa décision n° 249300 du 25 juin 2004 enjoint à cette dernière, après avoir annulé la décision attaquée, de « *définir, dans un délai de six mois à compter de la notification de la présente décision, les conditions de l'attribution de numéros d'un même format à tous les opérateurs offrant des services de renseignements téléphoniques et de la révision du plan de numérotation, afin que, sous réserve le cas échéant d'une période transitoire, le numéro 12 ne puisse plus être utilisé pour le service de renseignement par opérateur* ».
- 8 Le Conseil d'Etat a notamment fondé sa décision sur certaines dispositions du Code des postes et des télécommunications et notamment sur le II de son article L. 32-1 en vertu duquel il revient à l'ARCEP de fixer l'attribution des ressources en numérotation de manière à n'entraîner aucune rupture d'égalité entre opérateurs de télécommunications et à favoriser, au bénéfice des utilisateurs, une concurrence effective et loyale entre les exploitants de réseaux de télécommunications et les fournisseurs de services de télécommunications.
- 9 Le Conseil d'Etat a par ailleurs esquissé les contours d'un marché auquel pourraient appartenir les services de renseignements téléphoniques, d'une part en le distinguant d'autres marchés connexes et, d'autre part, en examinant sommairement les services substituables au sein de ce marché. Le Conseil d'Etat a notamment souligné :
 - que « *le service de renseignements téléphoniques n'est pas indissociablement lié à l'exploitation du réseau téléphonique* » ;
 - qu'il existe des services de renseignement « *de base* » et des services « *à valeur ajoutée* », les premiers étant plus limités dans leur contenu mais que ces services sont « *substituables, au moins pour partie* ». Les entreprises offrant ces différents types de services peuvent de ce fait être regardées comme « *intervenant sur un même marché* », marché sur lequel les exploitants de réseaux de télécommunications disposeraient d'une « *position dominante* ».
- 10 Afin de satisfaire à l'injonction prononcée par le Conseil d'Etat, l'ARCEP a, après consultation publique des acteurs du secteur, adopté le 27 janvier 2005 trois décisions (décisions n° 05-61, n° 05-62 et n° 05-63) ayant pour objet l'introduction d'un format de numérotation unique du type « 118XYZ ».
- 11 Ces décisions révisent l'ensemble du plan de numérotation applicable aux services de renseignements en ce que les nouveaux numéros se substituent aux anciens. L'introduction du nouveau format de numérotation s'accompagnera de la fermeture de l'ensemble des numéros utilisés actuellement pour les services de renseignements

téléphoniques. Conformément à l'arrêt du Conseil d'Etat du 25 juin 2004 qui évoquait « *la possibilité d'aménager un dispositif transitoire permettant de garantir la continuité et la simplicité d'accès au service jusqu'alors fourni par le 12* », l'ARCEP fixe par ailleurs les modalités pratiques de cette transition. L'ARCEP a notamment fixé un calendrier pour cette transition, lequel s'articule autour de quatre dates :

- le 14 juin 2005 (T0), 56 numéros de la forme 118XYZ ont été attribués à 27 opérateurs à l'occasion d'un tirage au sort organisé par l'ARCEP ;
- le 2 novembre 2005 (T1), ouverture commerciale des services sur 118XYZ ;
- le 3 avril 2006 (T2), fermeture obligatoire des services sur les numéros d'un autre format que 118XYZ et mise en place d'un disque ;
- le 3 avril 2007 (T3), fermeture technique des numéros pour lesquels le service a migré vers le format 118XYZ.

12 Afin de veiller à l'exercice d'une concurrence effective et loyale au cours de la phase de transition, conformément aux dispositions de l'article L. 32-2 du code des postes et des communications électroniques, l'ARCEP a par ailleurs, en annexe à sa décision n° 05-0063, placé un certain nombre de limites aux pratiques promotionnelles susceptibles d'être mises en oeuvre par les opérateurs :

- aucune promotion des nouveaux numéros et des services associés n'est autorisée entre T0 et T1 ;
- à partir de T1, toute information donnée sur le nouveau format de numérotation « devra respecter les principes de neutralité et de non-discrimination » ;
- le message automatique d'information diffusé à l'utilisateur qui appelle un ancien numéro entre T2 et T3 doit être « neutre ».

B. LES QUESTIONS POSÉES AU CONSEIL DE LA CONCURRENCE

13 Sur le fondement de l'article L. 36-10 du code des postes et des communications électroniques, l'ARCEP sollicite l'avis du Conseil de la concurrence sur le déroulement de la phase de transition entre l'ancien et le nouveau format de numérotation, et plus particulièrement sur les conditions d'exercice d'une concurrence loyale durant cette phase. L'ARCEP se fait notamment l'écho de questions soulevées par certains opérateurs candidats à l'attribution d'un numéro du type 118XYZ. Ces derniers estiment en effet que les modalités de transition prévues par l'ARCEP n'offrent pas de garanties suffisantes contre l'éventuelle mise en oeuvre de pratiques anticoncurrentielles de la part des opérateurs en place.

14 Plus spécifiquement, l'ARCEP appelle l'attention du Conseil sur les questions suivantes, qui relèvent selon elle du droit de la concurrence :

- la mise en oeuvre au cours de la phase transitoire de moyens de promotion auxquels les opérateurs nouveaux entrants ne pourraient avoir accès, notamment de moyens de promotion liés à certaines activités connexes à la fourniture de services de renseignements de la part de certains opérateurs intégrés (annuaires papier, véhicules professionnels, cabines téléphoniques, SMS ou factures) ;

- l'utilisation abusive d'une référence à l'ancien numéro « 12 » dans les campagnes de promotion aux fins de préempter le marché ;
 - la mise en oeuvre, par certains acteurs, de campagnes de promotion déguisées sous couvert d'information du consommateur.
- 15 Les éléments recueillis en cours d'instruction, et notamment les déclarations faites en séance par les représentants de l'ARCEP, soulignent que l'avis du Conseil de la concurrence est en réalité plus largement attendu sur les modalités d'ouverture à la concurrence du secteur et le rôle respectif que sont susceptibles d'y jouer les autorités de régulation, qu'il s'agisse de l'autorité sectorielle ou de l'autorité de concurrence. Le Conseil estime donc utile de préciser le périmètre du présent avis (II), et de replacer les questions posées par l'ARCEP dans le cadre d'une analyse plus globale du mode de fonctionnement concurrentiel du secteur (III) avant de se prononcer sur le déroulement de la phase d'ouverture du marché à la concurrence (IV)

II. Sur la compétence du Conseil et la portée de l'avis

- 16 L'article L. 36-10 du code des postes et des communications électroniques dispose que *« Le président de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes saisit le Conseil de la concurrence des abus de position dominante et des pratiques entravant le libre exercice de la concurrence dont il pourrait avoir connaissance dans le secteur des communications électroniques. Cette saisine peut être introduite dans le cadre d'une procédure d'urgence, auquel cas le Conseil de la concurrence est appelé à se prononcer dans les trente jours ouvrables suivant la date de la saisine. Il peut également le saisir pour avis de toute autre question relevant de sa compétence. »*.
- 17 A titre liminaire, il convient de rappeler que le Conseil dispose d'une compétence d'attribution et qu'il ne lui appartient pas d'observer la régularité d'un comportement ou de qualifier un acte au regard de dispositions autres que celles qui définissent ses attributions au titre du droit national ou du droit communautaire. Il ne saurait en particulier faire application du code des postes et des communications électroniques ou du code de la consommation. Le Conseil considère notamment qu'il ne lui appartient pas d'interpréter les textes législatifs en lieu et place des autorités compétentes. Dans son avis n° 90-A-19 du 13 novembre 1990, il a notamment refusé d'émettre un avis sur la question d'un syndicat qui tendait *« uniquement à obtenir une interprétation d'un texte législatif et une appréciation de la légalité des dispositions prises pour son application »*.
- 18 De même, il n'est pas juge de la légalité des décisions prises par une autorité administrative ou réglementaire, même au regard des règles de la concurrence. Il ne peut donc se prononcer sur les modalités d'attribution des numéros 118XYZ dès lors qu'elles résultent d'un décret, notamment pour ce qui concerne le niveau de la redevance due pour l'utilisation de ces numéros, ou d'une décision de l'ARCEP.
- 19 Pour autant, comme le Conseil l'a par exemple noté dans son avis n° [04-A-17](#) du 14 octobre 2004, l'existence d'un cadre réglementaire spécifique assurant la régulation de

l'ouverture à la concurrence du secteur des télécommunications « *ne place pas celui-ci en dehors du champ d'application des dispositions du livre IV du Code de Commerce* ».

- 20 Ensuite, comme il a eu l'occasion de le rappeler dans son rapport annuel 2003, le Conseil de la concurrence « *n'est appelé à intervenir, pour l'essentiel, que si le fonctionnement d'un marché est troublé en raison d'une déviation effective ou potentielle du processus de la concurrence* ». L'atteinte au fonctionnement d'un marché est donc l'élément constitutif central des infractions au droit de la concurrence, ce qui les distingue des infractions du titre IV du Code de commerce qui concernent uniquement les atteintes aux intérêts particuliers des opérateurs économiques et qui relèvent de la compétence du juge de droit commun.
- 21 Il convient, en outre, de rappeler qu'il n'appartient pas au Conseil de la concurrence, saisi d'une demande d'avis sur le fondement de l'article L. 36-10 du code des postes et télécommunications électroniques, de se prononcer sur la question de savoir si telle ou telle pratique d'une entreprise est contraire aux dispositions du titre II du code de commerce réprimant les ententes, les abus de position dominante ou de dépendance économique ou les prix abusivement bas. Seules une saisine contentieuse et la mise en œuvre d'une procédure contradictoire prévue au livre IV dudit code, sont de nature à permettre une appréciation de la licéité de la pratique considérée au regard desdites dispositions.
- 22 Cependant, rien ne s'oppose à ce qu'il réponde aux questions qui lui sont posées dans la mesure où elles présentent un caractère de généralité suffisant et où elles mettent en cause des principes de concurrence.
- 23 En l'espèce, les questions posées au Conseil portent essentiellement sur les modalités de la communication des opérateurs au cours de la phase transitoire de mise en place des nouveaux numéros de type 118XYZ. Pour les nouveaux entrants, l'émergence d'une réelle concurrence sur les services de renseignements téléphoniques peut toutefois se heurter à d'autres obstacles liés notamment au fait que les fournisseurs en place sont également opérateurs de boucle locale. Aussi le Conseil estime-t-il nécessaire de mettre les questions qui lui sont posées en perspective dans le cadre d'une analyse du fonctionnement général du secteur des renseignements téléphoniques, en explicitant les aspects nécessitant une surveillance particulière.

III. Sur les éléments déterminants du fonctionnement concurrentiel du secteur des renseignements téléphoniques

A. SUR LES CONDITIONS DE L'ACCÈS DES OPÉRATEURS DE RENSEIGNEMENTS AUX PRESTATIONS AMONT.

- 24 La fourniture d'un service de détail de renseignements téléphoniques nécessite l'accès à un certain nombre de prestations de gros. Ces conditions d'accès constituent donc un élément déterminant du fonctionnement concurrentiel du secteur. C'est notamment le cas des prestations suivantes :

- Les bases d'annuaires sont constituées des listes des abonnés aux services téléphoniques, éventuellement enrichies par des données complémentaires. Elle constituent donc le support indispensable au contenu du service de renseignements tel que défini par l'ARCEP dans sa décision n°05-0061.
- La collecte d'appel correspond à l'achat par un opérateur ou un fournisseur de services d'une prestation dite de « *départ d'appel* » auprès d'un opérateur de réseau. Cette prestation est indispensable pour que le numéro du fournisseur du service soit accessible aux utilisateurs raccordés à ce réseau.
- Les services de renseignements téléphoniques sont facturés appel par appel et non pas sur la base d'un abonnement. Il n'existe donc pas a priori de relation contractuelle durable entre l'utilisateur et le fournisseur du service. Cette situation, de même que le coût que représenterait la facturation unitaire de petits montants peut conduire à déléguer les prestations de facturation et/ou de recouvrement des factures « *pour compte de tiers* » dont le caractère indispensable a notamment été reconnu par l'ARCEP dans sa décision n°00-1194 relative à un règlement de différend entre Sonera France et France Télécom.

1. RAPPEL DE LA RÉGLEMENTATION ET DES MESURES DE RÉGULATION SECTORIELLE.

25 Le dispositif législatif et réglementaire mis en place afin d'assurer l'ouverture à la concurrence des marchés des télécommunications contient des dispositions visant spécifiquement à assurer l'accès aux données annuaires et aux prestations d'interconnexion et d'accès.

a) Sur l'accès aux données annuaires

26 L'article L. 34 du code des postes et des communications électroniques dispose que « *sur toute demande présentée en vue d'éditer un annuaire universel ou de fournir un service universel de renseignements, même limitée à une zone géographique déterminée, les opérateurs sont tenus de communiquer, dans des conditions non discriminatoires et à un tarif reflétant les coûts du service rendu, la liste de tous les abonnés ou utilisateurs auxquels ils ont affecté, directement ou par l'intermédiaire d'un distributeur, un ou plusieurs numéros du plan national de numérotation téléphonique prévu à l'article L. 44.* ».

27 Un récent décret d'application, en date du 27 mai 2005, modifie la partie réglementaire du code des postes et communications électroniques et précise que les services d'annuaire doivent comprendre, outre les numéros de téléphone fixe de France Télécom, les coordonnées personnelles des abonnés ou des utilisateurs de mobiles (en formules prépayée ou forfaitaire), celles des abonnés ou des utilisateurs des services téléphoniques fixes concurrents de France Télécom (y compris de câble, de dégroupage, de voix sur Internet) ainsi que les numéros professionnels et ceux des services vocaux en ligne (notamment commençant par 3 ou 08).

28 En ce qui concerne la question des coûts, le principe de la tarification de la cession des listes est notamment fixé par l'article R. 10-6 du code des postes et des communications électroniques, qui dispose : « *La communication des listes d'abonnés et d'utilisateurs, par application du troisième alinéa de l'article L. 33-4, donne lieu à rémunération des*

opérateurs ayant communiqué ces données. Les tarifs de cette communication, qui reflètent le coût du service rendu, sont établis par chaque opérateur selon les principes suivants :

- 1. Les coûts pris en compte pour la fixation du tarif sont ceux qui sont causés, directement ou indirectement, par la fourniture des listes d'abonnés. Ces coûts peuvent notamment comprendre une part liée à l'amortissement du matériel informatique et des logiciels nécessaires et une rémunération normale des capitaux employés.*
- 2. Les coûts qui sont spécifiques à la fourniture des listes d'abonnés sont entièrement pris en compte dans la fixation du tarif. Les coûts liés à d'autres activités de l'opérateur en sont exclus. »*

29 La Cour d'appel de Paris avait effectivement considéré, dans une affaire relative aux conditions de rémunération de France Télécom pour les données de l'annuaire, antérieurement à l'adoption de ces dispositions réglementaires, que les données annuaires devaient être fournies dans des « *conditions transparentes, objectives et non discriminatoires à un prix orienté vers les coûts liés aux opérations techniques nécessaires pour répondre à cette demande* » (arrêt du 29 juin 1999). Saisi du non respect de cette injonction, le Conseil a constaté dans deux décisions complémentaires (n° [02-D-41](#) du 26 juin 2002 et n° [03-D-43](#) du 12 septembre 2003, confirmée par un arrêt du 6 avril 2004 de la cour d'appel de Paris), qu'en imposant aux sociétés Scoot et Fonera, fournisseurs de renseignements téléphoniques, un tarif de cession des données annuaires qui excédait les seuls coûts incrémentaux de collecte des données et comprenait les coûts normalement engagés pour les besoins de ses opérations commerciales d'opérateur de téléphonie, France Télécom n'avait pas respecté cette injonction.

30 L'ARCEP a par ailleurs publié, le 16 décembre 2004, des lignes directrices « *relatives aux conditions de cession des listes d'abonnés ou d'utilisateurs à des fins d'édition d'annuaires universels ou de fourniture de services universels de renseignements* », précisant les modes de présentation des données et de facturation.

b) Sur l'accès aux prestations de collecte d'appels et de facturation pour compte de tiers

31 La fourniture, par les opérateurs de réseaux, de prestations de collecte et de facturation pour compte de tiers est réglementée, quelle que soit la puissance de l'opérateur, par les dispositions de l'article L. 34-8 du CPCE :

« L'interconnexion ou l'accès font l'objet d'une convention de droit privé entre les parties concernées. Cette convention détermine, dans le respect des dispositions du présent code et des décisions prises pour son application, les conditions techniques et financières de l'interconnexion ou de l'accès. Elle est communiquée à l'Autorité de régulation des télécommunications à sa demande.

Lorsque cela est indispensable pour respecter les objectifs définis à l'article L. 32-1 [notamment l'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale entre les exploitants de réseau et les fournisseurs de services de communications électroniques] l'autorité peut imposer, de manière objective, transparente, non discriminatoire et proportionnée, les modalités de l'accès ou de l'interconnexion :

a) Soit de sa propre initiative, après avis du Conseil de la concurrence, consultation publique et notification à la Commission européenne et aux autorités compétentes des autres Etats membres de la Communauté européenne ; la décision est adoptée dans des conditions de procédure préalablement publiées par l'autorité ;

b) Soit à la demande d'une des parties, dans les conditions prévues à l'article L. 36-8.

Les décisions adoptées en application des a et b sont motivées et précisent les conditions équitables d'ordre technique et financier dans lesquelles l'interconnexion ou l'accès doivent être assurés. Les dispositions du IV de l'article L. 36-8 sont applicables aux décisions prises en application du a.

II. - Les exploitants de réseaux ouverts au public font droit aux demandes d'interconnexion des autres exploitants de réseaux ouverts au public, y compris ceux qui sont établis dans un autre Etat membre de la Communauté européenne ou dans un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen, présentées en vue de fournir au public des services de communications électroniques. La demande d'interconnexion ne peut être refusée si elle est justifiée au regard, d'une part, des besoins du demandeur, d'autre part, des capacités de l'exploitant à la satisfaire. Tout refus d'interconnexion opposé par l'exploitant est motivé.

III. - Les opérateurs qui contrôlent l'accès aux utilisateurs finals peuvent se voir imposer des obligations en vue d'assurer le bon fonctionnement et l'interconnexion de leurs réseaux ainsi que l'accès aux services fournis sur d'autres réseaux. »

- 32 De plus, dans le cadre de l'examen des marchés 1 à 9 recensés par la recommandation de la Commission européenne en date du 11 février 2003, a été examinée la position de France Télécom sur les marchés de gros de la téléphonie fixe. En tant qu'opérateur exerçant une influence significative sur ce marché, France Télécom devrait être soumise, selon le projet de décision ayant fait l'objet d'une consultation le 15 juin 2005 par l'ARCEP, à des obligations spécifiques qui s'ajouteraient aux obligations génériques décrites ci-dessus. Lui seraient notamment imposées les obligations de fournir des prestations de départ d'appel, de facturation pour compte de tiers pour les appels issus de son réseau à destination de services spéciaux des opérateurs, de non-discrimination, d'information de l'ARCEP sur toutes les conventions d'interconnexion et d'accès conclues, de publication d'une offre technique et tarifaire détaillée d'interconnexion et d'accès dite « offre de référence interconnexion et sélection du transporteur », d'orientation vers les coûts des tarifs des prestations de départ d'appel, de terminaison d'appel et transit inter-territoires et des prestations associées, ainsi qu'une obligation de séparation comptable et de comptabilisation des coûts.
- 33 S'agissant des tarifs des prestations de facturation pour compte de tiers, une décision de règlement de différend Sonera n° 00-1194 du 15 novembre 2000 a fixé, pour France Télécom, à 7 % le taux de reversement appliqué à la différence entre le prix public du service diminué de la rémunération du transport de la communication. En revanche, les taux négociés avec d'autres opérateurs de boucle locale, notamment mobiles, peuvent être plus élevés. Selon la société Le Numéro, « Le taux typique de reversement [aux opérateurs mobiles] se situe entre 15 et 20 % du montant des factures contre 5 à 7 % pour France Télécom ».

2. SUR LES RISQUES PARTICULIERS LIÉS À L'INTÉGRATION DES ACTIVITÉS D'OPÉRATEURS DE RÉSEAU ET DE FOURNISSEUR DE SERVICES DE RENSEIGNEMENTS TÉLÉPHONIQUES.

- 34 Dans le contexte de la disparition du 12 et de l'apparition de nouvelles offres, le fait que plusieurs opérateurs de boucle locale soient également fournisseurs de services de renseignements téléphoniques rend cruciale l'application des dispositions réglementaires rappelées ci-dessus et, plus généralement, la surveillance des conditions de cession des listes d'abonnés, de collecte et de facturation pour compte de tiers faite aux fournisseurs par les opérateurs de boucle locale.
- 35 Ces conditions vont en effet devoir être négociées par chaque candidat à l'entrée sur le marché de la fourniture de renseignements téléphoniques avec chacun des opérateurs de boucle locale, attribuant des numéros de téléphone à leurs clients. En ce qui concerne les listes d'abonnés, l'absence d'acteur exerçant une activité significative d'intégration de bases d'annuaire aux fins de fourniture d'un service de renseignements téléphoniques en France à l'exception de la société Pages Jaunes, filiale de France Télécom, rendra ainsi nécessaire la négociation de l'accès aux données de chaque opérateur de boucle locale.
- 36 Le Conseil a rappelé à plusieurs reprises que le développement, fût-ce par une entreprise en position dominante ou en monopole, d'une activité sur un marché aval ne pouvait être analysé comme un abus en soi, et ce d'autant plus qu'il existe en général des gains d'efficacité à l'intégration de telles activités. Toutefois, ce développement ne doit pas se faire aux moyens de pratiques qui auraient pour objet ou pourraient avoir pour effet la préemption par l'opérateur intégré de ce marché aval et l'éviction des concurrents.
- 37 En l'espèce, les opérateurs intégrés pourraient être tentés de favoriser le développement de leurs propres services de renseignements téléphoniques et de mettre en œuvre des pratiques d'éviction vis-à-vis des autres fournisseurs en leur fournissant les listes d'abonnés et les prestations d'accès à leur réseau à des conditions discriminatoires ou génératrices d'un effet de ciseau tarifaire par rapport aux tarifs de détail qu'ils pratiqueraient eux-mêmes. Cette éventualité est d'autant moins à exclure que les opérateurs de boucle locale maîtrisent les prix de détail des appels destinés aux services spéciaux et donc le plafond de la rémunération des fournisseurs de service.
- 38 Les tarifs de détail d'accès aux numéros spéciaux ont en effet été, à l'origine, fixés par France Télécom sous forme de paliers tarifaires correspondant à différentes catégories de services, soumis à homologation dans l'ancien cadre réglementaire. Les fournisseurs de services sont tributaires des paliers ainsi fixés dans la mesure où leur choix ne peut se porter que sur les paliers proposés. Les opérateurs mobiles ont, pour le moment, repris les paliers tarifaires de France Télécom, auxquels s'ajoute une surtaxe mobile. Les autres opérateurs de boucle locale ont eu, jusqu'à présent, tendance à s'aligner sur les paliers tarifaires de France Télécom.
- 39 S'agissant de la téléphonie fixe, le Conseil a déjà eu l'occasion d'exprimer ses préoccupations sur le fonctionnement concurrentiel des marchés de détail correspondant aux communications à destination des numéros spéciaux, auxquels les numéros de type 118 XYZ appartiennent, sur lesquels France Télécom est en position quasi-monopolistique compte tenu de sa position sur la boucle locale fixe et du fait que la sélection du transporteur n'est pas possible pour ce type d'appel. Dans son avis n° [05-A-05](#) du 16 février 2005, le Conseil a estimé que « *au stade actuel, et compte tenu des éléments à sa disposition, le Conseil considère que les services de communications à destination de prestataires de services relèvent d'un marché de détail distinct. Tout en*

approuvant l'idée d'une régulation préférentielle de ces services par l'intermédiaire des marchés de gros, le Conseil de la concurrence constate qu'une telle régulation n'est pas effective à ce jour. En conséquence, il paraît nécessaire d'inscrire ce marché sur la liste des marchés pertinents en vue de l'application des articles L. 38, L. 38-1 et L. 38-2 du code des postes et des communications électroniques ». L'ARCEP, dans le projet de décision soumis à consultation publique le 15 juin 2005, confirme que ce marché devrait faire l'objet d'un examen ultérieur.

- 40 Pour les opérateurs de boucle locale autres que France Télécom, y compris les opérateurs mobiles, il n'est pas exclu qu'ils aient également la capacité, du fait de leur maîtrise des tarifs de gros et de détail, de faire obstacle au développement d'une concurrence effective. Au-delà de l'éventuelle application des dispositions du code des postes et télécommunications électroniques rappelées ci-dessus, des pratiques d'éviction pourraient, si elles étaient mises en œuvre par un opérateur disposant d'une puissance de marché sur l'un des marchés concernés par la fourniture de renseignements téléphoniques, relever de l'application des dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce.
- 41 A cet égard, le Conseil examinerait notamment si les caractéristiques de la boucle locale qu'ils maîtrisent ne recouvrent pas celles d'infrastructures ou de facilités essentielles utilisées en droit de la concurrence, aussi bien communautaire que national, et dont les caractéristiques ont été rappelées dans la décision n° [02-A-08](#) du 22 mai 2002 du Conseil de la concurrence :
- l'infrastructure est possédée par une entreprise qui détient un monopole (ou une position dominante) ;
 - l'accès à l'infrastructure est strictement nécessaire (ou indispensable) pour exercer une activité concurrente sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel le détenteur de l'infrastructure détient un monopole (ou une position dominante) ;
 - l'infrastructure ne peut être reproduite dans des conditions économiques raisonnables par les concurrents de l'entreprise qui la gère ;
 - l'accès à l'infrastructure est possible.
- 42 Le Conseil rappelle que, selon une jurisprudence constante, le droit de la concurrence soumet le détenteur d'une facilité essentielle à deux contraintes : d'une part, il doit offrir un accès à ses concurrents, à l'amont ou à l'aval, à l'infrastructure qu'il détient ou qu'il contrôle et il n'a pas la liberté de refuser de contracter ; d'autre part, il doit offrir cet accès dans des conditions équitables et non discriminatoires, ce qui l'expose à voir contester les conditions qu'il offre à ses concurrents.
- 43 S'agissant des listes d'abonnés, un arrêt récent de la Cour de justice des communautés européennes (C-109/03 KPN du 25 novembre 2004), répondant à une question préjudicielle posée par une juridiction néerlandaise, a jugé que le coût de collecte que devait facturer un opérateur de téléphonie à un fournisseur de services de renseignements était nul s'agissant d'informations telles que le nom, l'adresse, le numéro de téléphone, obligatoirement collectées par l'opérateur pour la gestion de sa clientèle. Elle a également considéré que la transmission par les organismes qui attribuent des numéros de téléphone d'informations limitées aux données relatives aux abonnés qui n'ont pas exprimé d'objections au fait d'être répertoriés dans une liste publiée et qui sont

suffisantes pour permettre aux utilisateurs d'un annuaire d'identifier les abonnés qu'ils recherchent, était compatible avec la directive 98/10/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 1998, concernant l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie locale et l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel. La Cour a donc estimé que les opérateurs n'étaient pas obligés de faire bénéficier les fournisseurs de services concurrents d'informations à valeur ajoutée collectées pour leur propre service de renseignements, mais qu'il leur était loisible de le faire en facturant les coûts de collecte, de mise à jour et de mise à disposition de ces informations

- 44 De la même façon, il peut être souligné qu'un opérateur qui détiendrait une position dominante, directement du fait de son activité de fournisseur de renseignements, ou sur un marché connexe, serait susceptible d'abuser de cette position dominante s'il limitait son offre à des formules couplant obligatoirement les informations de base demandées et d'autres informations à valeur ajoutée, non demandées.
- 45 De façon générale, le Conseil rappelle que les formules ou les conditions tarifaires liant des biens et services offerts par une entreprise, d'une part sur un marché sur lequel elle est en position dominante, et d'autre part sur un marché connexe, peuvent avoir pour effet d'exclure ses concurrents sur ce second marché et donc être abusives au sens de l'article L. 420-2 du code de commerce ou de l'article 82 du traité de l'Union. Le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 25 juin 2004, en spécifiant que « *le service de renseignements téléphoniques n'est pas indissociablement lié à l'exploitation du réseau téléphonique* », a exclu que de telles offres puissent être justifiées.
- 46 A plusieurs reprises, et notamment dans le cadre du processus de libéralisation des industries de réseau, le Conseil de la concurrence a souligné que la séparation comptable constituait une solution appropriée pour garantir qu'un opérateur de réseau n'utilise pas les ressources de son monopole pour avantager l'activité en concurrence au détriment des concurrents. Par extension, le Conseil a estimé que la séparation comptable des activités est préconisée dans le cas où l'opérateur historique reste en position dominante sur un marché et fournit, à partir de ce marché, des biens ou services nécessaires à ses concurrents sur un marché connexe. Le Conseil a notamment rappelé dans un avis n° 03-A-16 du 5 septembre 2003 que « *la séparation comptable est de prescription usuelle en droit de la concurrence, dès lors qu'une entreprise en position dominante est à la fois un concurrent et un fournisseur de service pour les autres opérateurs* ».
- 47 Or, si parmi les obligations qui ont été imposées à France Télécom figure celle de séparation comptable entre ses différentes activités, tel n'est pas le cas des autres opérateurs de boucle locale. Les éléments recueillis en cours d'instruction font apparaître que les prestations liées à la fourniture d'un service de renseignement téléphonique ne sont en règle générale que pas ou peu individualisées. L'opérateur SFR a notamment reconnu que la fourniture du service de renseignements « *annuaire express* », les prestations d'acheminement des appels et de gestion de la base clients ne constituaient pas des activités réellement séparées au sein de son organisation.

B. SUR L'EXISTENCE D'UN SERVICE UNIVERSEL DES RENSEIGNEMENTS TÉLÉPHONIQUES

- 48 La notion de service universel est définie en droit communautaire par la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et des services de communications électroniques. En droit national, le périmètre du service universel est précisé à l'article L. 35-1 du code des postes et des communications électroniques.
- 49 L'article L. 35-1 du code des postes et des communications électroniques dispose que « *le service universel des communications électroniques fournit à tous [...] 2° Un service de renseignements et un annuaire d'abonnés, sous forme imprimée et électronique, conformément aux dispositions de l'article L. 35-4* ». Par arrêté du 3 mars 2005, le ministre délégué à l'industrie a désigné France Télécom pour fournir cette composante du service universel pour une durée de deux ans.
- 50 Les services entrant dans le périmètre du service universel sont soumis à une réglementation spécifique. La directive « *service universel* » précitée confère explicitement aux autorités nationales la possibilité de contrôler les conditions, notamment tarifaires, de fourniture de ces services sur les marchés de détail. Cette disposition a été mise en oeuvre par le biais de l'adoption, en annexe de l'arrêté précité, d'un cahier des charges précisant les conditions dans lesquelles la société France Télécom est tenue de fournir un service universel d'annuaires et de renseignements.
- 51 Ce cahier des charges prévoit notamment :
- une qualité de service minimale pour la fourniture du service (article 5) ;
 - que le service de renseignement est fourni « *à un tarif abordable* » conformément aux dispositions de l'article R. 10-8 du code des postes et des communications électroniques . Ce tarif est contrôlé dans les conditions prévues à l'article L. 35-2 du code des postes et des communications électroniques ;
 - l'obligation pour France Télécom d'informer les utilisateurs de ses tarifs. L'article 4 prévoit notamment que « *l'opérateur tient les utilisateurs informés de son offre des tarifs correspondants dans les conditions prévues par le code des postes et des communications électroniques et par le code de la consommation par tout moyen approprié et notamment par voie d'affichage sur écran dans le cadre de l'annuaire électronique* ». L'article 6 prévoit de son côté que « *l'opérateur communique par tout moyen approprié, et notamment par voie d'affichage sur écran au titre de l'annuaire électronique, les tarifs de l'annuaire universel et du service universel des renseignements.* » ;
 - la tenue d'un système d'information et d'une comptabilité spécifique conformément aux dispositions de l'article R. 20-32 du code des postes et des communications électroniques, afin notamment de permettre de vérifier le principe d'orientation vers les coûts (article 7).
- 52 Contrairement aux autres composantes du service universel, la fourniture du service d'annuaires et de renseignements ne donne pas lieu à compensation par le fonds de service universel. Ce point, explicitement prévu à l'article 7 du cahier des charges, s'inscrit dans la continuité de plusieurs décisions de l'ARCEP relatives à l'évaluation du

coût net du service universel à l'occasion desquelles cette dernière avait été amenée à constater qu'une compensation n'était pas justifiée.

- 53 Le Conseil a déjà eu l'occasion à plusieurs reprises (cf. n° avis [03-A-07](#) du 21 mai 2003 concernant un projet de loi relatif aux communications électroniques et n° [05-A-08](#) du 31 mars 2005 sur l'instauration d'un service de base bancaire) de souligner qu'une régulation spécifique instaurant un service universel devait veiller à n'entraîner que le minimum de distorsions de concurrence et notamment à ne pas élever artificiellement de barrières à l'entrée ou créer des régimes déséquilibrés entre acteurs susceptibles d'entrer en concurrence.
- 54 Ce principe doit être rappelé *a fortiori* lorsque, comme c'est le cas s'agissant de la fourniture de renseignements téléphoniques, les obligations de service universel ne se justifient pas par l'absence d'initiative privée et le caractère inévitablement non rentable de ce type de prestations, mais par la nécessité de garantir aux consommateurs l'existence d'au moins un service de renseignements de base d'un niveau de qualité spécifié, à un tarif abordable, alors que le développement d'offres concurrentes est possible et souhaitable. Dans son avis n° [03-A-07](#), le Conseil rappelle « *que la mise en oeuvre d'obligations de service universel peut soulever des problèmes de concurrence (...) lorsque des prestations relevant du service universel peuvent être fournies dans des conditions identiques, voire à un tarif moindre, par d'autres opérateurs que ceux désignés pour les fournir* ». Le Conseil a, de ce fait, recommandé que les tarifs du service universel soient régulés afin de limiter les risques d'atteinte à la concurrence.
- 55 Le Conseil d'Etat dans son arrêt n° 249300 du 25 juin 2004 a également jugé que « *la circonstance que l'une [des] entreprises offre un service, dit universel, de renseignements téléphoniques [...] ne suffit pas à justifier que soit affecté à ce service un format de numérotation différent de celui dévolu aux autres services de renseignements téléphoniques*».
- 56 De même façon, il ne pourrait être justifié que les moyens mis en œuvre par le titulaire du service universel pour assumer ses obligations aient pour effet de fausser le jeu de la concurrence, sauf à démontrer leur caractère strictement nécessaire.

IV. Sur la période d'ouverture du marché à la concurrence

A. SUR L'IMPORTANCE STRATÉGIQUE DE LA PHASE DE TRANSITION ET DE LA COMMUNICATION À DESTINATION DES UTILISATEURS AU COURS DE CETTE PHASE

- 57 Les fournisseurs de service de renseignements citent comme éléments déterminants de l'acquisition d'une taille significative sur le marché des renseignements téléphoniques, d'une part la qualité du service fourni à l'utilisateur et, d'autre part, l'ampleur de la communication destinée à asseoir la notoriété du service et en particulier du numéro d'accès, notoriété qui peut de plus être soutenue par le tirage au sort d'un « *numéro en or* », c'est-à-dire facilement mémorisable.

- 58 L'expérience de l'évolution des marchés étrangers, et notamment des marchés britannique et allemand suggère que la dégradation de la qualité du service perçu par les utilisateurs lors de l'ouverture du marché du renseignement téléphonique à la concurrence peut entraîner une baisse sensible du nombre d'appels émis à destination de l'ensemble des services de renseignements, mais avec d'importants effets d'externalités, tous les services étant touchés quelle que soit la qualité de leurs services propres.
- 59 En revanche, la politique de communication mise en oeuvre au début de la phase de transition détermine largement les parts de marché des différents opérateurs, et ce, de façon durable. Les numéros vers lesquels les consommateurs s'orientent initialement sont soit mémorisés, notés ou enregistrés sur les téléphones fixes ou mobiles. Cette relative inertie du comportement semble être attestée par le comportement observé par le passé vis à vis des numéros à trois chiffres des opérateurs mobiles. La société SFR a notamment souligné que malgré une politique de communication significative en faveur du 222, environ 30 % des appels vers le service « *annuaire express* » continuent à provenir du numéro 12. La généralisation des méthodes d'enregistrement des numéros relativise l'importance des « *numéros en or* », sur laquelle ont particulièrement insisté certains opérateurs. Au Royaume-Uni, l'opérateur « *The number* » qui a obtenu un numéro mnémotechnique a certes obtenu une part de marché importante mais a par ailleurs déployé une importante campagne de communication.
- 60 Cette analyse devrait conduire les opérateurs nouveaux entrants à investir massivement en dépenses marketing au cours de cette première phase. Cela a été le cas sur les autres marchés européens, et notamment en Grande Bretagne (70 millions de livres investis par l'ensemble du secteur au cours des trois premiers mois).
- 61 L'exemple du Royaume-Uni montre aussi que six mois au moins sont nécessaires pour qu'une part substantielle (75 %) des consommateurs modifie ses habitudes et cesse d'appeler l'ancien numéro des renseignements. Le message qui leur est délivré lorsque ce service cesse de fonctionner est donc également déterminant.

B. SUR LES POINTS SOULEVÉS PAR L'ARCEP

- 62 Compte tenu de l'importance de la phase d'acquisition dans le fonctionnement concurrentiel ultérieur du marché, la surveillance des comportements des opérateurs au cours de cette période revêt une importance cruciale. Comme le Conseil l'a rappelé ci-dessus, cette surveillance doit porter sur les problèmes d'accès aux réseaux des opérateurs de téléphonie, sur les tarifs de ces accès, et sur les tarifs de détail de l'opérateur du service universel. Mais le rôle important joué par la communication pendant les premiers mois d'ouverture des nouveaux services justifie aussi que soit portée une attention particulière aux stratégies employées par les opérateurs dans ce domaine.

1. SUR LES EFFETS DE NOTORIÉTÉ ET LA RÉFÉRENCE AU « 12 »

- 63 L'introduction d'un nouveau format de numérotation place en théorie l'ensemble des opérateurs dans une position équivalente du point de vue des numéros utilisés, aucun d'entre eux ne bénéficiant *a priori* d'une notoriété supérieure à celle des autres. Le

problème de l'existence de numéros « *en or* », plus facilement mémorisables, a été traité par l'ARCEP par l'intermédiaire de l'organisation d'un tirage au sort.

- 64 Pour autant, les opérateurs qui exploiteront ces numéros ne bénéficient pas, au départ, d'une notoriété équivalente. De ce fait, si l'attribution d'un format de numérotation uniforme est une condition nécessaire pour assurer le développement d'une concurrence loyale au cours de la phase transitoire, il n'est pas exclu qu'elle soit insuffisante pour mettre l'ensemble des fournisseurs de services sur un pied d'égalité vis-à-vis du consommateur.
- 65 Dans sa saisine, l'ARCEP évoque plus particulièrement l'utilisation d'une référence au 12 par certains fournisseurs de service. France Télécom ne dispose d'aucun droit de propriété industrielle ou intellectuelle sur le numéro 12, de même que les autres opérateurs qui utilisent actuellement ce numéro pour fournir un service de renseignement. L'article L. 44 du code des postes et des communications électroniques dispose en effet que les numéros ne peuvent pas être protégés par un droit de propriété. A ce titre, dans les limites posées par le code de la consommation, tous les opérateurs devraient pouvoir présenter leur numéro comme un « *successeur du 12* ».
- 66 Les nouveaux entrants estiment toutefois que la référence au « 12 » faite par France Télécom, bénéficiera auprès du public d'une plus grande légitimité. On peut raisonnablement présumer que France Télécom, opérateur chargé du service universel de renseignements téléphoniques et fournisseur historique du service de renseignements par l'intermédiaire du « 12 » depuis 1939, bénéficie d'une notoriété plus grande que ses concurrents, et singulièrement que les nouveaux entrants. Il n'est pas exclu par ailleurs que les opérateurs mobiles, également utilisateurs du « 12 », se trouvent dans une situation similaire, compte tenu à la fois de leur notoriété élevée auprès du grand public et du fait qu'entre 40 et 50 % des appels téléphoniques à destination des services de renseignements sont émis depuis un téléphone mobile.
- 67 Dans ces conditions, Le Conseil de la concurrence recommande, à titre de précaution eu égard à la spécificité de la phase transitoire marquée par des évolutions difficilement réversibles, que soient évitées les références au « 12 » ainsi qu'aux autres numéros « *historiques* » dans les campagnes de promotion mises en oeuvre par les opérateurs.

2. SUR L'ACCÈS À CERTAINS MOYENS DE PROMOTION SPÉCIFIQUES

- 68 Plusieurs fournisseurs de renseignements téléphoniques ont confirmé leurs craintes que soient mis en œuvre, au cours de la phase transitoire, des moyens de promotion auxquels les opérateurs nouveaux entrants ne pourraient avoir accès, notamment des moyens de promotion indissociables de l'activité des opérateurs de réseaux téléphoniques (annuaires papier, véhicules professionnels, cabines téléphoniques, SMS ou factures).
- 69 Ainsi que cela a été rappelé dans ce qui précède, les attributions du Conseil de la concurrence ne lui permettent pas, en règle générale, de connaître de pratiques publicitaires relevant du code de la consommation (loyauté de l'information, publicité trompeuse, etc.).
- 70 Il ne peut toutefois être exclu que dans certaines circonstances, l'utilisation, par une entreprise en position dominante, de certains moyens de promotion d'une activité ne relève pas d'une concurrence par les mérites et constitue une pratique ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, au sens de

la jurisprudence des autorités communautaires et nationales sur les abus de position dominante (Cour de justice des communautés européennes, 3 juillet 1991, Akzo ; Conseil de la concurrence, décision n° 96-D-10 du 20 février 1996). En particulier, cette jurisprudence a posé un certain nombre de principes applicables à l'exercice d'activités différentes par un opérateur verticalement intégré et notamment les conditions dans lesquelles la position dominante qu'il occupe sur un marché lui permet d'en abuser pour développer son activité sur un marché aval et en évincer ses concurrents. Pour être sanctionné, il n'est pas en effet nécessaire que l'abus soit commis sur le même marché que celui où l'entreprise détient une position dominante, sous réserve que soit établi, d'une part un lien de connexité suffisant entre les deux marchés, d'autre part un rapport de causalité entre la domination sur l'un des marchés et l'abus relevé sur l'autre (décision n° [99-D-51](#) du 20 juillet 1999, EDF-GDF).

- 71 En l'espèce, le caractère de facilité essentielle qui a déjà été reconnu ou pourrait être reconnu à certains biens et services comme la boucle locale permettant l'accès aux abonnés ou aux listes d'abonnés, impose une surveillance particulière de l'utilisation qui pourrait en être faite par les détenteurs, et qui ne pourrait être reproduite par leurs concurrents dans le secteur de la fourniture de renseignements téléphoniques. Dans l'avis n° [04-A-21](#) du 28 octobre 2004 ayant trait aux conditions d'exercice par France Télécom des activités d'opérateur d'accès, d'une part, et d'installation maintenance de systèmes de télécommunications d'autre part, le Conseil a rappelé qu' *« il importe que France Télécom veille à ce que les fichiers de raccordement de PABX ne soient pas exploités à des fins autres que celles pour lesquelles ces informations ont été recueillies, par exemple pour entreprendre un démarchage ciblé ou offrir des offres sur mesure »*.
- 72 S'agissant spécifiquement des listes d'abonnés, la Cour d'appel de Paris a jugé, dans un arrêt du 1^{er} septembre 1998, que *« l'utilisation du fichier des abonnés au service public de téléphonie, pour une finalité autre que l'exploitation du service de téléphonie fixe, crée un grave désavantage dans la concurrence pour les autres opérateurs du marché concerné, dès lors que ceux-ci ne peuvent avoir accès aux listes « orange » et « rouge » que France Télécom s'est interdite de commercialiser et que l'usage de la liste expurgée des quelque 25 % des noms que représentent les abonnés figurant sur ces deux listes, ou celui de listes équivalentes, serait source pour eux de frais très importants»*. Elle a, en conséquence, ordonné à France Télécom de cesser la diffusion, aux abonnés de téléphonie fixe de France Télécom, d'une brochure qui faisait la promotion des services mobiles en vente dans les agences France Télécom.
- 73 De la même manière, il n'est pas exclu que l'utilisation par des opérateurs de boucle locale de moyens de promotions spécifiques et non reproductibles tirés des informations qu'ils détiennent sur leurs abonnés ou des prestations qu'ils leur fournissent par ailleurs, puisse conduire à des pratiques prohibées par l'article L. 420-2 du code de commerce. Sans prétendre dresser une liste exhaustive des comportements susceptibles d'entrer dans cette catégorie, le Conseil de la concurrence observe que tel pourrait par exemple être le cas :
- d'une utilisation discriminatoire d'un support détenu dans le cadre de la fourniture du service universel, qu'il s'agisse de l'annuaire papier des *« pages blanches »* ou des cabines téléphoniques;
 - de l'envoi de SMS *« ciblés »* (envoyés par exemple après détection par l'opérateur de réseau d'un appel à destination d'un numéro de type 118XYZ) ;

- du pré-enregistrement d’office du numéro d’un opérateur sur la carte SIM de ses abonnés ;
- de l’insertion de documents promotionnels dans les factures ;
- de la diffusion d’un message publicitaire lors des appels à destination des anciens numéros.

- 74 L’ensemble de ces comportements devrait donc faire l’objet d’une surveillance particulière de la part du régulateur au cours de la phase de transition.
- 75 La situation est différente lorsque les moyens de promotion ne résultent pas d’une activité sur laquelle l’opérateur qui les met en oeuvre dispose d’une position dominante (utilisation des véhicules professionnels ou de panneaux publicitaires par exemple). D’une manière générale, la circonstance que certaines entreprises disposent, du fait de leur assise financière ou de leur taille, de moyens plus importants que d’autres n’est pas contraire au principe de la concurrence par les mérites.

3. SUR LE DÉTOURNEMENT DE L’INFORMATION DU CONSOMMATEUR À DES FINS ANTICONCURRENTIELLES

- 76 A titre liminaire, le Conseil de la concurrence remarque qu’il est a priori difficile de distinguer une action d’information d’une action marketing dès lors qu’elles sont mises en oeuvre par un opérateur dans un environnement concurrentiel. Il n’est donc pas exclu qu’une mesure d’information du consommateur puisse simultanément être qualifiée d’action promotionnelle qui relèverait de ce qui a été exposé ci-dessus.
- 77 Pour autant, le Conseil relève que l’information du consommateur répond à un principe d’intérêt public et est à ce titre régie par d’autres textes que ceux relatifs au droit de la concurrence, notamment par le code de la consommation. De plus, elle peut contribuer au développement de la concurrence en accroissant la transparence de l’offre aux yeux des consommateurs. Enfin, comme le fait valoir France Télécom, l’information des consommateurs s’inscrit dans les obligations qui lui ont été confiées au titre du service universel.
- 78 Toutefois, comme cela a été rappelé ci-dessus, la mise en oeuvre de cette obligation ne peut justifier des moyens qui compromettraient par ailleurs l’objectif de développement d’offres concurrentes sur le marché du renseignement téléphonique. Les moyens mis en place par l’opérateur du service universel pour informer les consommateurs du changement de numéro d’accès au service ne pourraient donc excéder ce qui serait strictement nécessaire à l’objectif d’information, et parmi plusieurs solutions équivalentes du point de vue de cet objectif, devrait être retenue la solution qui préserve le mieux les conditions d’exercice d’une concurrence non faussée. Ce point pourrait faire l’objet par le régulateur d’une surveillance particulière voire d’un encadrement à des fins pro-concurrentielles, tant en ce qui concerne le contenu de cette information que son support, ce qui réduirait d’autant les risques de confusion entre information et promotion.
- 79 Le Conseil de la concurrence observe que l’ARCEP s’est d’ailleurs d’ores et déjà saisie du problème, notamment dans le cadre de sa décision n° 05-0063. De manière plus volontariste, l’ARCEP pourrait prendre l’initiative d’organiser elle-même cette information, qu’il s’agisse de son contenu ou des supports utilisés.

V. Conclusion

- 80 Le changement de format de numérotation devrait profondément modifier l'environnement concurrentiel du secteur des renseignements téléphoniques. Les opérateurs historiquement actifs en matière de renseignements téléphoniques perdent en effet le bénéfice de numéros bien connus des utilisateurs. En faisant disparaître cette asymétrie entre opérateurs en place et nouveaux entrants, la réforme va encourager l'entrée sur le marché français d'acteurs de taille significative spécialisés dans la fourniture de services de renseignements téléphoniques déjà implantés sur plusieurs autres marchés européens. Cette évolution pourrait contribuer à modifier le rapport de force entre les fournisseurs de services et les exploitants de réseau du point de vue des négociations commerciales.
- 81 Toutefois, et en dépit des dispositions prises par le pouvoir législatif et réglementaire et par le régulateur pour assurer une concurrence effective dans ce secteur, le risque de préemption du marché par les opérateurs en place subsiste, notamment du fait de leur présence simultanée sur les activités d'opérateurs de réseaux et de renseignements téléphoniques. Ce risque ne peut être tout à fait écarté en ce qui concerne l'accès des nouveaux entrants aux prestations que les opérateurs de réseaux sont seuls à pouvoir fournir (cession de liste d'abonnés, prestations d'accès et de facturation pour compte de tiers). L'analyse approfondie des marchés de la fourniture des services spéciaux à laquelle l'ARCEP a prévu de procéder pourrait fournir l'occasion d'un retour sur ces questions.
- 82 Parmi les détenteurs des nouveaux numéros, certains pourraient aussi utiliser, à l'occasion de la période de lancement des nouveaux numéros, les moyens d'accès aux abonnés dont eux seuls disposent en tant qu'opérateurs de réseaux afin d'assurer la promotion de leurs services et particulièrement, d'asseoir la notoriété de leur nouveau numéro, et préempter ainsi une part plus ou moins importante du marché des renseignements téléphoniques.
- 83 Il n'appartient cependant pas au Conseil de la concurrence, saisi d'une demande d'avis sur le fondement de l'article L. 462-1 du code de commerce, de préjuger la qualification de pratiques éventuelles. Seules une saisine contentieuse et la mise en œuvre d'une procédure contradictoire prévue au livre IV dudit code, sont de nature à permettre une appréciation de la licéité de la pratique considérée au regard des dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce.
- 84 Cependant, rien ne s'oppose à ce qu'il réponde aux questions qui lui sont posées dans la mesure où elles présentent un caractère de généralité suffisant et où elles mettent en cause des principes de concurrence. Il est ainsi possible de rappeler qu'il n'est pas exclu que l'utilisation par des opérateurs en position dominante de moyens de promotions spécifiques et non reproductibles tirés des informations qu'ils détiennent sur leurs abonnés ou des prestations qu'ils leur fournissent par ailleurs, puisse conduire à des pratiques prohibées par l'article L. 420-2 du code de commerce.
- 85 Indépendamment de la qualification définitive que pourraient recevoir ces pratiques dans le cadre d'une analyse *ex post*, le Conseil de la concurrence souhaite plus particulièrement attirer l'attention de l'ARCEP sur la nécessité de surveiller, et le cas échéant d'encadrer la mise en œuvre des obligations de service public relatives au

service de renseignement téléphonique, particulièrement en ce qui concerne l'obligation d'information des consommateurs au sujet du changement de numéro.

- 86 De façon plus générale, la neutralité de l'information diffusée pourrait être mieux assurée par la participation active de l'ARCEP, aux côtés des acteurs du secteur, à la définition du contenu et des modalités de diffusion d'une brochure d'information neutre à destination des utilisateurs ainsi qu'à la définition du contenu du message qui sera diffusé lors des appels à destination des anciens numéros après la fermeture de ces derniers.
- 87 Enfin, il paraît souhaitable d'accroître la transparence du fonctionnement des marchés par l'intermédiaire d'une meilleure identification des activités et des flux financiers afférents au sein des opérateurs intégrés. Cette transparence pourrait par exemple permettre de vérifier l'absence de pratiques de prix discriminatoire vis-à-vis de certains concurrents ou de subventions croisées. Se pose à ce titre la question de la mise en oeuvre d'une séparation comptable au sein des opérateurs intégrés.

Délibéré sur le rapport oral de M. Saussol, par M. Lasserre, président, M. Nasse et Mmes Aubert et Perrot, vice-présidents.

La rapporteure générale adjointe,
Nadine Mouy

Le président,
Bruno Lasserre