



Réponse à la consultation publique sur le réexamen des obligations imposées à France Télécom au titre des communications vers les services à valeur ajoutée

9 Juillet 2007

Résumé

- Le projet soumis à la présente consultation par l'ARCEP a été élaboré sans aucune analyse préalable du marché des services spéciaux, alors qu'une telle analyse a été demandée dès 2005 par le Conseil de la concurrence, que l'ARCEP elle-même s'y était engagée et que l'ensemble des acteurs ont souligné, les dysfonctionnements de ce marché : une grande partie des acteurs a indiqué que la régulation symétrique proposée par l'ARCEP ne répondait absolument pas à leurs besoins et aux questions de concurrence rencontrées sur le marché des services spéciaux. L'approche retenue par l'ARCEP prive le marché de l'avis du Conseil de la concurrence, qui est d'autant plus essentiel en l'espèce que les nouveaux remèdes soulèvent encore plus de questions de concurrence qu'actuellement.
 - Nous demandons en conséquence d'effectuer l'analyse du marché de détail des services spéciaux à laquelle l'ARCEP s'était engagée avant de déterminer les remèdes à y apporter.
- La suppression du modèle de facturation pour compte de tiers, et sa substitution par un nouveau modèle reposant sur une offre dite « de reversement » reviendra obligatoirement, même si ce n'est pas l'objectif de l'ARCEP, à donner à France Télécom la maîtrise du prix de détail des services à valeur ajoutée, et bouleverse donc le mode d'organisation du marché. C'est une évolution majeure qui n'est justifiée par aucun argument, si ce n'est un motif d'ordre « technique » tiré de la réglementation, invoqué seulement par France Télécom, sans aucun examen de la réalité de ces contraintes, ni étude d'aucune solution alternative. Or, s'il y a une difficulté juridique ou réglementaire – ce qui n'est pas démontré en l'état, des solutions existent, notamment celle mise en œuvre par Telefonica, où l'opérateur de boucle locale prend en charge le recouvrement mais non le risque d'impayés). Il faut ajouter que le modèle préconisé par l'ARCEP conduit inéluctablement à une multiplication des tarifs de détail, renforçant l'opacité tarifaire. Il est ainsi totalement contraire à l'attente des

consommateurs et va à l'encontre des objectifs d'amélioration de la lisibilité tarifaire poursuivis par l'adoption de ces remèdes.

- Nous demandons donc le maintien du modèle fondé sur la facturation pour compte de tiers.
- La suppression de l'obligation d'orientation vers les coûts d'une prestation associée au départ d'appel fait de la France un cas isolé en Europe, en rien justifié, alors même que les annonces faites par FT montrent que la conséquence sera une augmentation immédiate des coûts (12% versus 3 à 9% ailleurs).
 - Nous vous demandons de bien vouloir prendre connaissance de l'étude ci-jointe, du cabinet Tera Consultants, sur des taux pratiqués par les opérateurs historiques pour des prestations comparables.
 - Dans un tel contexte, il est regrettable que l'ARCEP croit utile de consulter les acteurs sur « l'heure de bascule » du système de facturation pour compte de tiers de France Télécom au système de reversement, dont la date semble déjà fixée au 3 décembre 2007, alors que la décision qui la fonde est encore un projet en consultation et qui pose des problèmes d'une tout autre ampleur.

Introduction

1. Comme l'ARCEP l'a rappelé dans sa consultation publique de mars 2007 sur les obligations symétriques imposées pour l'acheminement des communications à destination des services à valeur ajoutée, « *le fonctionnement du marché des SVA dépend largement de la confiance des consommateurs dans l'utilisation de ces services* ». Ainsi, le rôle de la demande est clé dans le développement de ce marché, demande qui n'est dynamique que si la confiance des consommateurs est accrue. Les opérateurs de renseignements téléphoniques qui ont connu une baisse de la demande sont convaincus que leur marché ne peut se développer aujourd'hui que si cette confiance est regagnée, ce qui suppose :
 - des tarifs attractifs et donc d'éviter toute mesure pouvant avoir un effet inflationniste, et
 - de favoriser la lisibilité tarifaire et donc de permettre aux opérateurs de SVA d'avoir des tarifs simples, prévisibles pour les consommateurs et sur lesquels les opérateurs de SVA peuvent communiquer facilement.
2. Il est manifeste que la décision de régulation ex ante que l'ARCEP envisage de prendre va à l'encontre de ces objectifs essentiels sur le marché de détail :
 - Le passage d'une obligation de facturation pour compte de tiers à l'autorisation donnée à France Télécom de facturer pour son propre compte en ayant simplement une obligation de reversement d'une partie des sommes perçues auprès des utilisateurs introduit un nouveau modèle économique de relations entre les différents acteurs de la chaîne de valeur des SVA, différent du modèle existant aujourd'hui. Ce nouveau modèle conduit nécessairement à la multiplication des tarifs applicables depuis les boucles fixes, ce qui va rendre impossible l'information des consommateurs sur ces tarifs de détail. Or, comme la DGCCRF le soulignait dans sa contribution du 1^{er} avril 2007 à la consultation publique de l'ARCEP sur les SVA, il est essentiel d'améliorer la lisibilité tarifaire.
 - En supprimant l'obligation d'orientation vers les coûts de la prestation de France Télécom, sans aucune raison légitime, la décision envisagée de l'ARCEP contribuera nécessairement à la fois à une augmentation des tarifs de détail et à supprimer la concurrence entre fournisseurs de SVA dans leurs relations avec les abonnés des boucles locales de France Télécom.
3. Ainsi, il y a contradiction entre les objectifs essentiels qui doivent être poursuivis sur le marché de détail des SVA et le projet de décision. Dès lors, la décision envisagée est contraire aux objectifs rappelés à l'article L.32-1-II du CPCE sur lesquels l'ARCEP doit veiller.
4. Par ailleurs, le projet de décision apparaît illégal en ce qu'il ne respecte pas les conditions fixées pour l'adoption de mesures de régulation ex ante.

1. Un détournement de la procédure de régulation ex ante

Le projet de décision viole gravement les principes et procédures imposées pour déterminer les remèdes à adopter sur un marché non concurrentiel.

L'ARCEP se prévaut en effet de manière totalement erronée du Considérant (15) de la directive « accès » pour se dispenser des procédures d'analyse de marché prévues par l'article 16.2 de la directive « cadre » en cas de modification des obligations imposées aux entreprises désignées comme disposant d'une puissance significative sur un marché donné.

L'approche de l'ARCEP consiste à modifier sa décision n°05-571 du 27 septembre 2005 qui a imposé des obligations *ex ante* à France Télécom, à la suite d'une analyse du marché de départ d'appel, en supprimant l'obligation de facturation pour compte de tiers associée à la prestation de gros de départ d'appel de France Télécom et à adopter une nouvelle obligation qui porte cette fois sur le marché de détail des services spéciaux, marché qui n'a jamais été analysé.

1.1 L'ARCEP ne peut, sans analyse du marché des services spéciaux, supprimer l'obligation d'orientation vers les coûts de la prestation de France Télécom pour la remplacer par une obligation de facturation pour son compte.

- Avant de se prononcer sur une obligation, l'ARCEP est tenue de procéder à une véritable analyse de marché, selon les procédures prévues spécialement à cet effet.

La directive « cadre » est parfaitement claire à ce sujet : *“Lorsque, conformément aux articles 16, 17, 18 ou 19 de la directive 2002/22/CE (directive «service universel») ou aux articles 7 ou 8 de la directive 2002/19/CE (directive «accès»), l'autorité réglementaire nationale est tenue de se prononcer sur l'imposition, le maintien, la modification, ou la suppression d'obligations à la charge des entreprises, elle détermine, sur la base de son analyse de marché visée au paragraphe 1 du présent article, si un marché pertinent est effectivement concurrentiel.”* (Article 16.2, souligné par nous). “De la même façon,, l'article L34-8.IV du CPCE exige une analyse de marché avant toute suppression d'une obligation réglementaire (*«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»*). Soulignement ajouté).

- En l'espèce, aucune analyse des marchés de détail des services spéciaux n'a été réalisée, alors qu'elle a été demandée par les autorités de concurrence et annoncée par l'ARCEP elle-même.

L'analyse effectuée en 2005 ne portait pas sur le marché de détail des services spéciaux et le Conseil de la concurrence, regrettant cette absence d'analyse, a estimé au contraire que ce marché devait être analysé comme marché pertinent, c'est-à-dire susceptible d'une régulation ex ante : il ne l'a jamais été.

Ainsi, *« 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. » (Avis 05-A-05 du 16 février 2005, point 57, soulignement ajouté).

En réponse aux observations du Conseil de la concurrence, l'ARCEP a annoncé, dès 2005, qu'elle ferait une analyse spécifique des marchés de détail des services spéciaux et des marchés de gros sous jacents qui n'est pourtant toujours pas intervenue. Dans l'attente des résultats de cette analyse, l'Autorité maintenait l'obligation de France Télécom de fournir une prestation de facturation pour compte de tiers pour les communications à destination des services à valeur ajoutée au départ de sa boucle locale et pour les offres d'accès à l'Internet bas débit.¹

L'ARCEP indiquait qu'elle: *«prévoit d'analyser plus spécifiquement le marché des services spéciaux, et son fonctionnement tant au niveau des marchés de détail que des marchés de gros sous-jacents, dès le second semestre 2005. A cette occasion, elle réétudiera plus finement les conditions dans lesquelles France Télécom devra, le cas échéant, continuer à fournir une prestation de facturation pour compte de tiers»* (Décision 05-571, page 100).

L'ARCEP a initié cette démarche, puisqu'elle lançait en janvier 2006 une phase de recueil d'informations devant lui permettre d'effectuer cette analyse.² Elle ne propose toutefois en 2007 qu'une décision de « régulation symétrique », au cours de laquelle de nombreux acteurs regrettent l'absence de véritable analyse concurrentielle. Cette décision de régulation symétrique, n°2007-0213 publiée au journal officiel du 11 mai 2007, ne relève en aucun cas *«d'un exercice d'analyse de marché au sens des dispositions de l'article L.37-1»* du CPCE, ni de l'article 7 de la Directive "Accès". Les obligations qu'elle prévoit, pour les opérateurs contrôlant l'accès à l'utilisateur final pour l'acheminement des communications à destination des services à valeur ajoutée le sont d'ailleurs sans préjudice des obligations *ex ante*.

1.2 Le projet de décision que l'ARCEP propose aujourd'hui ne repose donc sur aucune analyse préalable du marché de détail des services de communications à destination des services spéciaux.

- Or, toute analyse de marché doit commencer par l'analyse préalable des marchés de détail et leurs dysfonctionnements. Le Conseil de concurrence a eu l'occasion de le rappeler :

¹ La décision n°05-0571 impose à FT, à titre transitoire, de continuer à fournir une prestation orientée vers les coûts, *« dans les mêmes conditions qu'actuellement, à savoir celles approuvées par la décision n°04-1000 susvisée pour l'offre technique et tarifaire d'interconnexion pour l'année 2005 »*.

² Ainsi, un communiqué de presse annonce un dispositif de recueil d'informations sur les services à valeur ajoutée devant *« permettre à l'Autorité de mener une analyse concurrentielle sur les conditions de fourniture des services vocaux à valeur ajoutée. Il s'agit de constater, le cas échéant, l'existence d'un marché pertinent et celle éventuelle d'opérateurs puissants. Les informations recueillies par l'Autorité pourront donc être utilisées dans le cadre de la rédaction de projets relatifs aux décisions d'analyse de marchés qui seront soumis à consultation publique »*.

«L'analyse des obstacles au développement d'une concurrence effective doit donc être effectuée, non seulement sur les marchés de gros en cause, mais aussi et surtout sur les marchés de détail : la finalité est bien de s'assurer que, grâce à une intervention proportionnée sur le marché de gros, la concurrence fonctionne correctement sur le marché de détail qui lui est associé, au bénéfice du consommateur final. » (Avis n° 06-A-11 du 2à juin 2006, point 7, soulignement ajouté). En l'espèce, non seulement l'ARCEP n'a pas procédé à une analyse seulement « *formelle de la situation de la concurrence sur les marchés de détail associés* », mais elle n'a procédé à aucune analyse du tout. Dans ces conditions, le constat qu'elle fait quant à la situation sur le marché de gros sous-jacent et son évolution prévisible ne porte, comme dans le cas examiné par le Conseil de la concurrence « *que sur les marchés de gros : la situation de la concurrence sur les marchés de détail n'y est pas traitée* ».

- Pour se dispenser encore une fois de cette analyse de marché avant de modifier l'obligation de France Télécom, l'ARCEP se prévaut du considérant (15) de la Directive "Accès" et de l'article D 303 du CPCE, en violation de l'article 16.2 de la Directive "Cadre" et de l'article L34.8 du CPCE.

Le considérant (15) se limite à admettre la possibilité de ne pas procéder à une analyse de marché que dans l'hypothèse :

- (i) où le marché concerné a déjà été analysé, ce qui n'est pas le cas en l'espèce ;
- (ii) et seulement pour « imposer une obligation spécifique », ce qui n'est absolument pas le cas non plus. Le projet de Décision n'impose aucune des obligations spécifiques énumérées par les articles 9 à 13 de la Directive (transparence, non discrimination, accès, contrôle des prix). La prestation de reversement imposée à France Télécom ne relève pas des obligations spécifiques visées par la Directive.

Au surplus, la prestation de facturation pour compte de tiers de France Télécom, orientée vers les coûts, correspond au maintien d'une obligation de l'ancien cadre réglementaire, conservée temporairement sans analyse de marché : son maintien (par la décision 05-571) n'a été rendu possible, dans l'attente d'une analyse du marché de détail, que sur la base de l'article 27 de la directive « Cadre ». La dispense d'analyse de marché pour imposer une obligation, admise dans certaines hypothèses par le considérant (15) de la directive « accès », dont se prévaut l'ARCEP, ne vise évidemment pas le réexamen d'obligations de l'ancien cadre réglementaire maintenues provisoirement.

La directive « cadre », comme la directive « accès », place l'analyse des marchés au cœur du dispositif réglementaire et ce considérant (15) doit être interprété strictement.

Le projet de décision qu'envisage l'ARCEP manque de toute base légale dès lors que le marché des services spéciaux n'a, jamais, depuis l'origine, fait l'objet d'une quelconque analyse. Il est tout à fait abusif d'analyser le projet de décision comme « imposant une obligation spécifique » à FT alors qu'elle allège considérablement celle qui existait précédemment, en supprimant l'obligation d'orientation vers les coûts.

En tout état de cause, les développements ci-après démontrent que l'ARCEP n'apporte absolument pas les preuves exigées par le considérant (15) quant au caractère approprié et proportionné de la nouvelle prestation par rapport à la nature du problème en cause.

2. La suppression de l'obligation de facturation pour compte de tiers et son remplacement par une obligation de reversement

L'ARCEP propose d'imposer à France Télécom la mise en œuvre d'une prestation de reversement et dès la mise en place de cette prestation de reversement, de lever l'obligation imposée jusqu'à présent à France Télécom d'avoir une prestation de facturation pour compte de tiers, orientée vers les coûts.

Comme l'ARCEP l'expose dans la consultation elle-même, (voir p.12) la nouvelle obligation permettra à France Télécom de facturer et recouvrer **en son nom propre auprès du client final** les SVA qu'elle commercialise. L'ARCEP insiste sur ce changement de modalité en précisant : « *il ne s'agira en aucun cas d'une offre de recouvrement pour compte de tiers* ».

2.1 Qualification juridique de la nouvelle obligation

Un opérateur contrôlant l'accès à l'utilisateur final pour l'acheminement de communications à destination de SVA de tiers peut :

- soit intervenir uniquement sur le marché de gros en fournissant aux opérateurs de SVA les prestations de départ d'appel et de facturation pour compte de tiers, auquel cas la facturation qu'il effectue auprès des consommateurs est réalisée pour le compte du fournisseur;
- soit intervenir sur le marché de détail en achetant aux opérateurs tiers leurs services sur le marché de gros et en les fournissant au détail à ses clients, auquel cas la facturation qu'il effectue auprès des consommateurs est réalisée pour son propre compte.

Il convient de préciser que lorsque l'on est dans la première hypothèse (facturation pour compte de tiers), plusieurs variantes juridiques sont possibles. Par exemple, l'opérateur de départ d'appel peut facturer l'accès aux SVA soit au nom et pour le compte du fournisseur tiers de SVA (modèle du mandat), soit en son propre nom mais pour le compte du fournisseur de SVA (modèle du commissionnaire).

On comprend de la consultation publique que ces modèles de facturation pour compte de tiers seront abandonnés par France Télécom au bénéfice, comme cela est expressément indiqué dans la consultation publique, d'une facturation qui sera désormais faite au nom et pour le compte de France Télécom. Dès lors, juridiquement, il n'y aura plus de relations contractuelles sur le marché de détail entre le fournisseur de SVA et l'utilisateur final. En effet, à partir du moment où France Télécom facture en son nom et pour son compte le service, le seul modèle contractuel possible est l'achat par France Télécom des SVA sur le marché de gros en vue de leur fourniture sur le marché de détail par France Télécom. Ainsi, France Télécom deviendra, pour les utilisateurs finaux raccordés à ses boucles locales, distributeur exclusif des SVA de tiers accessibles depuis ses boucles locales.

La nouvelle obligation imposée à France Télécom intervient donc directement sur le marché de détail des SVA. Elle ne s'inscrit donc pas dans une régulation privilégiant la régulation concurrentielle des marchés de gros qu'avait approuvée le Conseil de la concurrence dans son avis de 2005. Ceci entraîne d'importantes conséquences sur ce marché, comme cela est expliqué ci-après.

2.2 La distribution exclusive par France Télécom des SVA de tiers est destructrice de concurrence

Le modèle de facturation en son nom et pour son compte introduit par l'ARCEP permet à France Télécom de disposer d'un monopole sur les services de SVA offerts au départ de ses boucles locales. Comme le Conseil de la concurrence et l'ARCEP elle-même l'ont rappelé à de multiples occasions, la prestation de facturation des SVA par les opérateurs de départ est dans la plupart des cas incontournable, compte tenu de la modicité des sommes facturées et du caractère discontinu des relations entre les fournisseurs de SVA avec les utilisateurs de leurs services. Ainsi, à quelques exceptions près, aucun fournisseur de SVA ne sera en mesure, sans cette prestation, de concurrencer sur le marché de détail France Télécom en fournissant directement ses services aux utilisateurs finaux faute de pouvoir les facturer.

Il n'y a pas plus de concurrence entre France Télécom et les autres opérateurs de réseaux de communications électroniques pour l'accès depuis ses boucles locales aux SVA dès lors que ni la sélection appel par appel, ni la présélection existe pour les SVA. Il faut en outre souligner qu'il n'y a pas plus de concurrence entre les opérateurs fournissant une prestation de raccordement aux boucles locales que ce soit par le dégroupage ou la revente de l'abonnement. On observe en effet que l'accès aux SVA n'est pas un critère de choix, par les abonnés, de leur opérateur de raccordement, comme l'a d'ailleurs rappelé récemment la DGCCRF, dans sa contribution sur les SVA³.

Dès lors, le passage d'un modèle de facturation pour compte de tiers qui permet, sur le marché de détail, la concurrence entre l'ensemble des fournisseurs de SVA répondant aux mêmes besoins d'un consommateur à un modèle de facturation par France Télécom, en son nom et pour son compte, aboutit sur le marché de détail des SVA à la création d'un monopole au bénéfice de France Télécom. Il est pour le moins étonnant qu'une mesure ex ante destinée à corriger les effets d'une position dominante de France Télécom sur le marché de détail des SVA conduise en pratique à renforcer cette position dominante (en créant une situation de monopole de fait).

Il est inutile d'expliquer en quoi cette situation sera contraire à l'intérêt des consommateurs mais il n'est peut-être pas inutile d'en souligner les effets anticoncurrentiels. Par exemple, en sa qualité de distributeur exclusif sur le marché de détail, France Télécom devra être libre de fixer les tarifs d'accès aux SVA depuis ses boucles locales⁴. Toute intervention des fournisseurs de SVA pour la fixation de ces tarifs serait constitutive d'une entente verticale. Or, France Télécom dispose de ses propres SVA en sa qualité d'opérateur intégré et elle sera en situation de fixer sur le marché de détail le tarif de ses propres services (118 712 par exemple) comme celui de ses concurrents (118 218, 118 000, 118 008,...).

³ Contribution du 10 avril 2007 de la DGCCRF sur le projet de décision symétrique concernant les SVA.

⁴ Dans sa contribution du 12 janvier 2007 sur la consultation publique ayant précédé l'adoption de la décision n°2007-0213, France Télécom revendiquait d'ailleurs cette maîtrise totale de la relation commerciale incluant la « maîtrise des tarifs de détail » (p.5 et 9 de sa contribution).

2.3 Ce changement de modèle est incompatible avec la prestation de départ d'appel et renforce la position de France Télécom sur le marché de gros

Le projet de décision de l'ARCEP propose certes de maintenir une prestation de départ d'appel orientée vers les coûts, mais la fourniture de cette prestation va devenir nécessairement marginale. En effet, les opérateurs de SVA ou leurs opérateurs de collecte n'auront plus besoin d'acquérir des prestations de départ d'appel auprès de France Télécom dans tous les cas où France Télécom effectuera la prestation de facturation en son nom et pour son compte, puisque c'est France Télécom qui acheminera également en son nom et pour son compte la communication pour les SVA qu'elle fournira aux consommateurs en sa qualité de distributeur exclusif.

Cette situation aboutit ainsi à la disparition de marchés importants pour les opérateurs de collecte qui effectuent dans un modèle de facturation pour compte de tiers la collecte des appels au départ des boucles locales de France Télécom. Là encore la décision aboutit à renforcer la position dominante de France Télécom qui est pourtant le motif d'adoption de mesures ex ante.

2.4 Ce changement de modèle est contraire aux obligations d'interconnexion des exploitants de réseaux ouverts au public

L'ARCEP a clairement considéré que les prestations de facturation pour compte de tiers relevaient des prestations d'interconnexion et d'accès (voir Décision 01-0474). En conséquence, conformément à l'article L.34-8-II du CPCE, France Télécom doit faire droit aux demandes raisonnables de facturation pour compte de tiers. A cet égard, dans la décision susvisée de règlement de différend, comme dans sa Décision 00-1194, l'ARCEP a toujours considéré que les demandes de facturation pour compte de tiers répondaient aux besoins du demandeur et étaient raisonnables. En conséquence, on voit mal comment l'ARCEP peut envisager que la prestation de facturation pour son compte de France Télécom se substitue à la prestation de facturation pour compte de tiers. En effet, France Télécom a tout à fait la capacité d'offrir les deux prestations concomitamment.

Ainsi, en supprimant de la régulation ex ante une obligation de facturation pour compte de tiers orientée vers les coûts pour introduire une obligation de facturation pour son propre compte avec reversement, l'ARCEP crée une situation qui engendrera nécessairement la multiplication de contentieux de la part d'opérateurs souhaitant obtenir de France Télécom une prestation de facturation pour compte de tiers, prestation que France Télécom n'est pas en droit de refuser.

2.5 L'ARCEP ne justifie pas en quoi la facturation par France Télécom pour son compte avec reversement d'une partie de la somme est mieux proportionnée aux besoins du marché de détail que la facturation pour compte de tiers

La critique qui a été adressée au modèle actuel de facturation pour compte de tiers de France Télécom, reposant sur une prestation incomplète de facturation pour compte de tiers, en excluant les prestations de recouvrement et en imposant un troisième volet de facture, tient à

l'inefficacité économique de ce modèle et au problème de lisibilité qui en résulte pour les consommateurs. La correction de ces problèmes justifiait que l'ARCEP impose à France Télécom une prestation de facturation pour compte de tiers avec un périmètre élargi au recouvrement, mais ne justifie en rien la suppression de cette obligation pour y substituer une facturation pour le compte de France Télécom avec reversement d'une partie de la somme.

On observe en effet que tous les autres acteurs du marché français et la plupart des opérateurs historiques européens réalisent une prestation de facturation pour compte de tiers complète sans difficulté. Il n'y a dès lors aucune raison pour que France Télécom ne puisse pas compléter sa prestation de facturation en y incluant une véritable prestation de recouvrement et en supprimant le troisième volet de sa facture, tout en restant dans le modèle habituel de la facturation pour compte de tiers.

Il semblerait que France Télécom ait invoqué des « *raisons juridiques, comptables et fiscales* » (page 12 de la consultation) pour refuser la fourniture d'une prestation de recouvrement pour compte de tiers et, in fine, imposer un modèle de facturation en son nom et pour son compte. Ces motifs n'étant pas explicités dans la consultation publique de l'ARCEP, on relève dès lors un défaut de motivation qui ne permet pas de comprendre les motifs qui auraient pu justifier de la suppression de l'obligation pour facturation pour compte de tiers et de l'introduction de cette nouvelle obligation de facturation pour son propre compte.

On relève au contraire que les raisons invoquées par France Télécom ne doivent pas être si déterminantes, puisqu'elles n'ont pas empêché l'ARCEP d'ordonner à France Télécom de fournir une « prestation de facturation et de recouvrement pour compte de tiers pour la collecte du trafic à destination de numéro d'accès à des SVA de la forme 3BPQ (décision n°00-1194, Sonera France), ni empêché France Télécom de satisfaire à cette injonction.

En tout état de cause, il n'y a aucune raison juridique, comptable ou fiscale qui interdit le modèle de facturation pour compte de tiers qui s'appuie sur un schéma juridique basé sur le mandat ou le contrat de commissionnaire (voir 2.1 ci-dessus). Le seul débat juridique peut porter sur la garantie de bonne fin qui est éventuellement associée aux prestations de facturation pour compte de tiers (obligation de ducroire). En effet, certains ont pu soutenir que cette obligation relèverait des opérations de banque. Sans entrer dans ce débat qui n'a pas sa place faute de savoir si tel est le réel motif qui sous-tendrait à l'évolution préconisée par l'ARCEP, on relève simplement que si tel était le motif, il suffirait de permettre à France Télécom de ne pas inclure dans sa prestation pour facturation pour compte de tiers cette garantie de bonne fin. Rien n'interdit en effet d'avoir une facturation pour compte de tiers, sans troisième volet et incluant les prestations de recouvrement, mais excluant cette obligation de paiement du fournisseur de SVA en cas de non-paiement par le consommateur final. C'est ce que fait, par exemple Telefonica en Espagne.

L'imposition d'une obligation de facturation pour compte de tiers élargie au recouvrement mais sans garantie de bonne fin, à supposer que cette restriction soit réellement exigée par la réglementation bancaire, serait bien évidemment beaucoup plus proportionnée et appropriée à la situation que le passage du modèle de facturation pour compte de tiers à facturation pour le propre compte de France Télécom, modèle qui va à l'encontre des préoccupations des consommateurs et des acteurs autres que France Télécom dans la chaîne de valeur des SVA.

3. L'obligation de prix non excessifs en lieu et place de l'orientation vers les coûts

Le projet de décision prévoit d'associer une obligation de tarifs non excessifs à la nouvelle obligation imposée à France Télécom de facturation avec reversement d'une partie du prix. L'ARCEP indique page 13 de la consultation publique que le caractère non excessif s'appréciera par référence « *au niveau moyen des taux habituellement appliqués sur le marché français* ».

3.1 Il ne peut pas être proportionné que cette nouvelle obligation soit fondée sur le principe de non excessivité lorsque la prestation de départ d'appel reste soumise à une obligation d'orientation vers les coûts.

L'ARCEP considère que la prestation de facturation avec reversement est une prestation associée à la prestation de départ d'appel. Elle indique d'ailleurs expressément à l'article 1-II du projet de décision que : « *France Télécom ne devra pas pratiquer des tarifs excessifs sur la prestation de reversement associée aux prestations relatives au marché pertinent défini à l'article 8* ». Or, le marché pertinent défini à l'article 8 est bien le marché de gros des prestations de départ d'appel. Même si l'ARCEP se trompe lorsqu'elle estime que cette prestation de reversement relève du marché de l'article 8⁵, il n'en demeure pas moins que ;

- les opérateurs de SVA sont dans la même situation vis-à-vis de France Télécom pour les deux prestations de facturation et de départ d'appel. Dans les deux cas, ces prestations « *sont indispensables pour que le numéro du fournisseur de services soit accessible aux utilisateurs raccordés à ce réseau* » (avis n° 05-A-16 du 16 juillet 2005 du Conseil de la concurrence et Décision n° 00-1194 de l'ARCEP).
- Il n'a pas d'exemple, à notre connaissance, de régulation ex ante soumettant à un régime juridique distinct une prestation principale (départ d'appel avec orientation vers les coûts) et la prestation qui en est son accessoire indispensable (reversement, sans orientation vers les coûts)

Or, face à une même situation il va de soi que le principe de proportionnalité conduit à ce que le remède adopté soit le même et demeure fondé sur un principe d'orientation vers les coûts du tarif.

3.2 L'abandon de l'obligation d'orientation vers les coûts n'est pas motivée par l'ARCEP et est un grave manquement aux principes de proportionnalité

L'ARCEP indique dans sa consultation publique (voir page 7) que la situation concurrentielle n'a pas évolué depuis 2005. L'ARCEP explique également que le marché de départ d'appel auquel est associée la prestation de facturation pour compte de tiers « *repose essentiellement sur l'infrastructure de boucles locales de l'opérateur historique, laquelle constitue une facilité essentielle* » (page 6).

⁵ Dès lors que France Télécom facture pour son compte, puis reverse une partie des sommes perçues auprès des utilisateurs, le remède se place sur le marché de détail des SVA et non sur le marché de gros du départ d'appel.

Ces constats justifient que le principe d'orientation vers les coûts soit maintenu, principe auquel sont soumis la plupart des opérateurs historiques des principaux pays européens pour leurs prestations de facturation pour compte de tiers, principe indispensable tout particulièrement en France où les taux pratiqués sur le marché sont plus élevés que la moyenne européenne et où les consommateurs se plaignent de l'inflation des tarifs.

Or, les deux raisons invoquées dans la consultation publique pour justifier de l'évolution de la prestation de France Télécom à savoir d'une part, l'introduction de la régulation symétrique et d'autre part, l'évolution des offres de gros de France Télécom qui pourrait en résulter ne justifient en rien du passage d'un principe d'orientation vers les coûts à un tarif non excessif. Leur objet comme leur effet ne peuvent que concerner des problèmes d'interopérabilité et non des questions de concurrence.

La suppression de l'orientation vers les coûts de la prestation de facturation fournie par un opérateur historique ferait d'ailleurs de la France un cas totalement isolé en Europe. Ce principe est appliqué au Royaume Uni, en Italie, en Espagne et en Belgique, alors même que le périmètre des prestations comprend le recouvrement.

3.3 La définition du caractère excessif retenu par l'ARCEP est de nature inflationniste

L'ARCEP définit le caractère ou non excessif du prix par référence « *au niveau moyen des taux habituellement appliqués sur le marché français* » alors même que :

- En raison du caractère indispensable de la prestation que les opérateurs de départ fournissent, il n'y a aucune négociation possible avec eux. Il est tout à fait inexact de prétendre, comme l'indique l'ARCEP (consultation, page 13) que le tarif pratiqué pourrait être « le fruit d'une négociation entre les parties ».
- Du fait de leur position incontournable et en l'absence de toute régulation, tous les opérateurs contrôlant l'accès à l'utilisateur final pour l'acheminement des appels vers les SVA ont une tendance naturelle à pratiquer des tarifs élevés pour les prestations visées. Ainsi, réaliser un benchmark fondé sur une situation de marché où la concurrence est faussée n'est en aucun cas une méthode adéquate.
- De surcroît, sur le marché français, il est observé que les taux habituellement pratiqués sont très largement supérieurs à la moyenne européenne. A titre d'exemple, lorsque France Télécom envisage un taux de 12% (estimé non excessif par l'ARCEP), on doit le comparer à des taux de :
 - entre 3,10 et 3,6% pour BT
 - moins de 2% pour Telefonica
 - 9% pour Telecom Italia
 - autour de 7,5% pour Belgacom.

Tous ces opérateurs couvrent l'ensemble des prestations de facturation, de recouvrement et de couverture des impayés (sauf Telefonica qui ne prend pas en

charge les impayés, mais assure le recouvrement selon les mêmes procédures que pour ses propres services)⁶.

Ce taux de 12% de France Télécom serait donc vraisemblablement dans un autre pays européen considéré comme très largement excessif, mais de surcroît France Télécom pourra sans doute dans l'avenir augmenter encore ce taux, en se prévalant de la moyenne des opérateurs nationaux.

Ainsi, l'effet inflationniste de la décision de l'ARCEP est avéré, effet contraire à l'intérêt du marché de détail.

P.J :

Etude réalisée par le cabinet TERA Consultants, en juin 2007 :

Prestation de reversement pour les SVA vocaux « Revenus Partagés » et « Renseignements téléphoniques » : Benchmark européen.

⁶ Cf Etude TERA Consulting jointe en annexe