Les marchés nouvellement ouverts à la compétition face aux règles du droit de la concurrence : Le cas du secteur des télécommunications

Michel Glais

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/economiepublique/1565>

DOI : 10.4000/economiepublique.1565

ISSN : 1778-7440

Éditeur

IDEP - Institut d'économie publique

Édition imprimée

Date de publication : 15 janvier 2001

ISBN : 2-8041-3634-5

ISSN : 1373-8496

Référence électronique

Michel Glais, « Les marchés nouvellement ouverts à la compétition face aux règles du droit de la concurrence : Le cas du secteur des télécommunications », *Économie publique/Public economics* [En ligne], 07 | 2001/1, mis en ligne le 07 décembre 2005, consulté le 12 septembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/economiepublique/1565> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/economiepublique.1565>

économie publique public economics

Revue de l'**Institut d'Économie Publique**

Deux numéros par an

n° 7 – 2001/1

© De Boeck & Larcier s.a., 2001
Editions De Boeck Université
Rue des Minimes 39, B-1000 Bruxelles

Tous droits réservés pour tous pays.

Il est interdit, sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, de reproduire (notamment par photocopie) partiellement ou totalement le présent ouvrage, de le stocker dans une banque de données ou de le communiquer au public, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit.

Imprimé en Belgique

Dépôt légal 2001/0074/226

ISSN 1373-8496
ISBN 2-8041-3634-5

économiepublique sur internet : www.economie-publique.fr

© Institut d'économie publique – IDEP

Centre de la Vieille-Charité

2, rue de la Charité – F-13002 Marseille

Tous droits réservés pour tous pays.

Il est interdit, sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, de reproduire (notamment par photocopie) partiellement ou totalement le présent ouvrage, de le stocker dans une banque de données ou de le communiquer au public, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit.

La revue **économie**publique bénéficie du soutien du Conseil régional Provence-Alpes-Côte d'Azur

ISSN 1373-8496

Les marchés nouvellement ouverts à la compétition face aux règles du droit de la concurrence : Le cas du secteur des télécommunications

Michel Glais
Université de Rennes I

1 Introduction

Pendant longtemps, le concept de monopole naturel a servi à justifier le choix de confier à un seul opérateur l'offre de services tels que ceux du téléphone, de l'électricité ou des transports ferroviaires. L'existence de rendements d'échelle croissants ainsi que d'économies de gamme était censée valider ce choix. Accepter que plusieurs firmes puissent offrir chacun de ces services aurait conduit à une multiplication d'investissements coûteux et sous-utilisés en raison de leurs indivisibilités techniques. En second lieu, permettre l'arrivée de concurrents susceptibles d'offrir seulement quelques-uns des services de la gamme complète proposée par le monopoleur légal aurait, pensait-on, risqué de priver celui-ci du bénéfice des économies découlant de la sous-additivité des coûts, phénomène imputable à une offre de multi-services. Propriété de l'État, ou pour le moins, sous son contrôle direct, le monopoleur légal se voyait d'ailleurs imposer certaines contraintes, notamment tarifaires, pour des raisons de « service public ».

De considérables efforts pédagogiques ont été nécessaires pour convaincre les responsables politiques que ces références théoriques n'étaient pas aussi robustes et cohérentes qu'elles en donnaient l'apparence. Était en effet passé sous silence le fait que le caractère bureaucratique de la gestion de ces monopoles publics est de nature à créer des inefficiences dont le coût s'avère souvent très supérieur aux économies purement techniques revendiquées par la théorie du monopole naturel. Commença également à faire son chemin l'idée selon laquelle, en particulier dans les industries de réseaux, il était possible de séparer la gestion des infrastructures les plus coûteuses de

l'offre de services auxiliaires pouvant légitimement être confiée au jeu du marché.

Initiée aux États-Unis, adoptée en Europe, d'abord au Royaume Uni puis élargie à l'ensemble de l'Union sous la pression des autorités communautaires, l'ouverture à la concurrence de certains de ces marchés est aujourd'hui pratiquement achevée (transport aérien) ou en voie de réalisation (télécommunications et, à un moindre degré, électricité dans certains États membres). Permettre à de nouveaux acteurs de rivaliser avec les « opérateurs historiques » ne signifie toutefois pas l'émergence effective et immédiate d'une réelle concurrence non plus qu'une modification de la structure de l'offre. Séparer la gestion des infrastructures de base de l'offre des services auxiliaires, susceptibles d'être assurés par de nombreux compétiteurs, constitue le point de départ incontournable d'une nouvelle politique industrielle fondée sur la reconnaissance de l'efficacité du jeu du marché. Encore faut-il que cette liberté d'accès à ces infrastructures soit réellement possible et que les autorités nationales s'abstiennent de protéger les anciens monopoles, en s'appuyant sur les compétences réglementaires qu'elles conservent pour désavantager les nouveaux concurrents (1). Ouvrir un marché à la concurrence ne conduit pas, ipso facto, à la disparition des positions dominantes des opérateurs historiques. La liberté d'entrée sur un marché n'est certes pas synonyme d'entrée facile et les anciens monopoles doivent avoir légitimement le droit de défendre leurs marchés. Encore faut-il que, pour se faire, ils n'adoptent pas, en raison de leur position d'opérateurs verticalement intégrés, des stratégies abusives dérogeant aux règles du droit de la concurrence (2).

2 Un libre accès à l'utilisation des ressources « essentielles » gérées par les monopoles historiques

Largement utilisée aujourd'hui par les directives communautaires relatives à la promotion de la concurrence sur des marchés exploités jusqu'à présent par des monopoles publics, la notion de ressources essentielles, issue du droit américain, est en réalité fort ancienne (2.1). Une réelle ouverture de ces marchés implique que l'accès à de telles ressources, pour de nouveaux entrants, soit assuré dans des conditions équitables et non discriminatoires. Dans le secteur des télécommunications, les autorités de la concurrence ont ainsi dû souvent intervenir pour faire respecter ces principes (2.2).

2.1 Le concept de ressources essentielles

C'est en 1912, à l'occasion d'une affaire « US contre Terminal Railroad Association of St Louis » que le concept de ressources essentielles a été évoqué pour la première fois par les tribunaux. Le consortium ainsi dénommé contrôlait l'accès à l'important nœud ferroviaire situé à Saint-Louis. Il ne regroupait, de surcroît, qu'une partie des sociétés de chemin de fer transitant par cette ville. Les risques d'exclusion ou de discrimination des autres prétendants à cet accès étant indiscutables, obligation fut imposée à l'association de les accueillir en son sein. Pour étayer économiquement cette décision, le qualificatif « essentiel » fut attribué aux infrastructures en cause, en raison : 1) du caractère indispensable et incontournable de leur utilisation pour des offreurs de services de transport ferroviaire, 2) de l'impossibilité ou, pour le moins, des considérables difficultés de les dupliquer, rendant donc très probable la possibilité de les voir demeurer uniques sur le marché concerné, 3) du contrôle exclusif exercé par le groupe constitué des membres de l'association et en mesure de se comporter comme un monopoleur.

Utilisée à plusieurs reprises par les tribunaux américains, cette notion finit toutefois par tomber dans une relative désuétude, la doctrine ayant reproché à ces derniers de la solliciter de façon abusive pour rendre des décisions insuffisamment motivées par le souci exclusif de protection de la libre concurrence. La plupart des contributions contemporaines à l'élaboration d'un protocole susceptible de guider l'intervention des autorités de la concurrence fondée sur l'appel à ce concept s'accordent alors à considérer que :

- 1) L'obligation imposée au monopoleur d'une ressource essentielle de partager son utilisation avec des tiers devrait s'avérer exceptionnelle, plus particulièrement lorsque ce monopole ne constitue pas le fruit d'une entente mais reflète, au contraire, le fruit de l'effort d'innovation de son propriétaire.
- 2) A supposer que preuve soit apportée de la nécessité incontournable pour le plaignant de recourir à l'utilisation de la ressource concernée, vérification doit être faite que l'objectif visé n'est pas un simple partage de la rente de monopole. L'obligation de libre accès ne devrait être alors enjoindre que si elle apparaît indispensable pour stimuler la concurrence et améliorer l'efficacité économique.
- 3) En toute hypothèse, et à supposer que ces deux premières conditions soient réunies, le refus d'accéder à la demande d'un tiers ne devrait jamais être considéré comme illégal « Per se » et n'être condamné que pour autant que l'intention prédatrice du monopoleur soit clairement prouvée.

La réactivation de la référence au concept de ressources essentielles à laquelle on assiste aujourd'hui s'explique par la multiplication des situations dans lesquelles un monopoleur historique continue à exercer, en amont, sa dominance sur les ressources indispensables aux nouveaux offreurs de services situés, en aval, sur les marchés récem-

ment ouverts à la concurrence. On peut certes objecter que les éventuels abus de cette position dominante pourraient être sanctionnés sans avoir besoin de recourir au concept de ressources essentielles. Ce type de comportement a, en effet, toujours été incriminé lorsque son auteur, une entreprise verticalement intégrée, contrôle l'offre d'un produit ou d'un service intermédiaire à faible élasticité d'offre. Il n'est toutefois pas interdit de plaider que la référence au caractère essentiel de la ressource monopolisée est de nature à renforcer la crédibilité des injonctions prononcées à l'encontre de son exploitant et à permettre, en particulier en France, aux plaignants de bénéficier des dispositions juridiques relatives à l'incrimination de l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique. L'introduction de la référence à la théorie des infrastructures essentielles au sein de directives communautaires peut également permettre une ouverture des marchés en cause « plus rapide et moins aléatoire que celle qui résulterait d'une succession de décisions de la Commission sanctionnant des pratiques anti-concurrentielles » [Fl. Weingarten : « la théorie des infrastructures essentielles et l'accès des tiers aux réseaux en droit communautaire », CJEG décembre 1998].

C'est à l'occasion de contentieux relatifs à l'utilisation des activités portuaires que la Commission européenne a commencé à évoquer les risques d'atteinte à la concurrence découlant de la monopolisation d'équipements qualifiés d'essentiels pour les concurrents de leurs gestionnaires [voir, par exemple, refus d'accès au port de Rødby, JOCE L55 du 26/02/1994; Sea Containers c/Sealink, JOCE L15 du 18/01/1994 etc...].

Une telle méthode d'analyse ne pouvait donc qu'être ultérieurement étendue à d'autres infrastructures de même consistance (équipements aéroportuaires, équipements ferroviaires, gazoducs, réseaux électriques, boucles locales filaires) mais également à d'autres ressources de nature immatérielle. Ont été ainsi condamnées des chaînes de télévision ayant prétexté de leur « droit » supposé d'auteur pour interdire la publication par un tiers de leurs grilles de programmation. Tout en reconnaissant que le simple fait de détenir un droit de propriété intellectuelle ne saurait, en soi, conférer à son titulaire une position dominante, la Cour de Justice européenne n'en a pas moins considéré, dans ce cas d'espèce, que les chaînes de télévision disposaient d'un monopole de fait sur les informations brutes servant à confectionner les grilles de programmes des émissions captées sur la zone géographique concernée. Dans ces conditions, elles se trouvaient donc en situation de pouvoir faire obstacle à l'existence d'une concurrence effective sur un autre marché, celui des hebdomadaires de T.V. pour lequel il existe une demande spécifique. En refusant de délivrer ces informations à des tiers, ces entreprises se réservaient donc ce marché dérivé et faisaient obstacle à l'apparition d'un produit nouveau (un guide complet des programmes télévisuels). L'efficacité économique s'en trouvait donc clairement affectée, les téléspectateurs devant, soit acheter les

hebdomadaires publiés par chacune de ces chaînes, soit prendre connaissance des grilles de programmes dans leurs quotidiens habituels. L'attribution gratuite de la reproduction de ces grilles dans ces quotidiens mettait, de surcroît, en évidence l'absence de caractère secret, novateur ou lié à la recherche de semblables informations relevant donc davantage de la fourniture d'une sorte de service universel plutôt que de la catégorie des droits de propriété intellectuelle.

Si le caractère essentiel de l'information en cause était, en l'espèce, clairement établi, tel ne fut pas le cas dans une autre affaire, apparemment proche et portée également à la connaissance de la Cour de Justice sous la forme d'une demande de décision préjudicielle. La question posée était de savoir dans quelle mesure pouvait être réprimé le refus par une entreprise de presse détenant une position dominante sur le territoire d'un État membre, d'intégrer la distribution d'un quotidien concurrent dans son propre système de portage à domicile de journaux. L'existence d'autres modes de distribution (voie postale, kiosque à journaux) même moins avantageux ainsi que la possibilité objective et à coûts non insurmontables de créer un service de même nature (seul ou collaboration) suffisaient à démontrer le caractère non essentiel du système de distribution en cause (Affaire c-7/97 oscar Bronner GmbH & co contre Mediat Zeitung). L'arrêt rendu par la Cour dans cette affaire s'est donc avéré en tout point conforme au protocole établi par l'analyse américaine contemporaine (voir plus haut).

L'objectif visé par l'incorporation de la référence au concept de ressources essentielles au sein des directives communautaires relatives à l'organisation des marchés libéralisés est donc de permettre aux tiers de pouvoir participer à la compétition dans des conditions équitables. Il appartient alors aux autorités nationales de régulation de ces marchés de veiller en permanence à ce que la liberté d'accès à ces ressources soit juridiquement et matériellement assurée mais également qu'elle soit effective. Le propriétaire ou le gestionnaire de ces ressources ne peut donc accorder cet accès à un tiers dans des conditions moins favorables qu'à ses propres services, faute de quoi la concurrence serait restreinte sur le marché du service auxiliaire en cause.

a) L'effectivité de la liberté d'accès à une infrastructure de réseaux implique tout d'abord que les États membres de la communauté veillent à ce que l'interopérabilité des réseaux soient réalisés sur la base de prescriptions ou d'exigences techniques objectives et non discriminatoires faisant l'objet d'une large diffusion, en particulier auprès des services de la Commission, conformément à l'article 8 de la directive 83/119/CEE du Conseil (JOCE L109 du 26/04/83) modifiée par l'acte d'adhésion de 1994. Toute exemption au principe général de libre accès à ces infrastructures doit être justifiée sur la base de critères objectifs, constants et non discriminatoires. Une éventuelle dérogation ne peut être possible que sur la base d'une justification nourrie par des exigences impérieuses d'intérêts autres que de nature économique. Les

mesures alors prises pour limiter la concurrence doivent être proportionnelles aux objectifs visés et de durée limitée, un plan de mesures destinées à rétablir le jeu de la concurrence ainsi qu'un calendrier de leur exécution devant accompagner la demande de dérogation. La référence à la nécessité du maintien d'une prestation relevant d'un service d'intérêt économique général n'est ainsi retenue en tant que justification d'une demande de dérogation que dans des conditions particulièrement précises. Des entreprises à statuts privés ne peuvent tout d'abord se prévaloir des dispositions de l'article 86-2 du Traité CE (anciennement 90-2 du Traité de Rome)¹ ouvrant la possibilité de déroger aux règles de concurrence que si elles ont été chargées de la gestion de services d'intérêt général par un acte de la puissance publique [arrêt de la Cour de Justice, affaire 127/73 : BRT/SUBAM. Recueil 1974]. En second lieu, l'exclusion de la concurrence ne peut se justifier lorsque sont en cause des services spécifiques, dissociables du service d'intérêt général et répondant à des besoins particuliers exigeant certaines prestations supplémentaires dès lors que ces services, de par leur nature et les conditions dans lesquels ils sont offerts, ne mettent pas en cause l'équilibre économique du service d'intérêt général assuré par le titulaire du droit exclusif. [Arrêt Corbeau CJCE 19/05/93. Recueil 1993 tome I-2533. Point 19 des motifs]. L'entreprise Flughafen Frankfurt/Main AG (FAG) prétendait ainsi pouvoir légalement interdire à des concurrents potentiels (sur le marché de la prestation de services d'assistance en piste) l'accès à l'aire de trafic sur l'aéroport de Francfort. Cette prétention lui fut refusée par la commission dans la mesure où : α) les autorités allemandes n'avaient ni conféré à FAG le monopole des activités d'assistance sur piste ni chargé celui-ci d'une mission d'intérêt général en la matière, β) ces services spécifiques sont clairement dissociables du service de mise à disposition d'infrastructures portuaires pour le décollage et l'atterrissage des avions, γ) il n'était pas démontré que l'ouverture du marché de l'assistance sur piste mettait en cause l'équilibre économique de FAG [JOCE L72 du 11/03/98, att. n°101 et 102].

b) L'instauration d'une concurrence effective nécessite, en second lieu, que le prix d'accès à une ressource essentielle ne constitue pas une barrière artificielle à l'entrée et ne revêt pas un caractère discriminatoire. Les droits d'accès que peut réclamer le monopoleur historique en charge de sa gestion doivent donc s'avérer justifiés et raisonnables. Se posent alors deux questions : celle de l'accès à l'information nécessaire pour vérifier que ces principes sont respectés puis celle des méthodes de calcul à adopter pour l'établissement de ces droits.

¹ Article 86-2 (ex 90-2) : « les entreprises chargées de services d'intérêt économique général sont soumises aux règles du Traité, notamment aux règles de la concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté. »

L'exigence de transparence de l'information nécessaire a toujours été rappelée par la Commission. Elle implique qu'une ventilation comptable doit être opérée par le gestionnaire de l'infrastructure entre ses différentes activités comme elles devraient le faire si les activités en cause étaient exercées par des entreprises distinctes. Cette séparation comptable s'impose dès lors que l'objectif visé est d'éviter les discriminations, les subventions croisées et les distorsions de concurrence.

Quant à la fixation des prix d'accès, tant que la concurrence ne sera pas effective, elle doit respecter le principe général « d'orientation en fonction des coûts » dont les autorités nationales de régulation doivent vérifier l'application. Ainsi, pour ce qui est du calcul des tarifs d'interconnexion aux réseaux de télécommunication, recommandation a été faite par la Commission de se référer « aux coûts différentiels prospectifs moyens de long terme » jugés très proches de ceux supportés par un opérateur efficace utilisant une technologie moderne².

Jusqu'à ce que ces coûts soient disponibles, les autorités de régulations sont invitées à s'inspirer des valeurs de redevances correspondant aux fourchettes dites de la « meilleure pratique actuelle » (appel au niveau local, interconnexion en transit simple et en transit double) publiées par la Commission. Lorsque les prix dépassent le haut de ces fourchettes, les autorités réglementaires nationales sont également invitées à faire usage du droit (conféré par l'article 7§2 de la directive 97/33/CE) de demander la justification intégrale des redevances proposées et si nécessaire d'exiger des modifications rétroactives de ces redevances³. [recommandation de la Commission du 8/01/98. JOCE L73 du 12/03/98]. Enfin, en matière de tarifs d'interconnexion, le principe de non-discrimination implique qu'aucune distinction ne devrait être opérée entre les offres provenant des réseaux fixes et ceux issus des réseaux mobiles (ni entre ceux émanant de réseaux situés dans le même État membre et ceux provenant de réseaux situés dans d'autres États membres).

2.2 La boucle locale et les listes des abonnés : des ressources essentielles sur les marchés des télécommunications

Actif stratégique permettant un accès direct à l'abonné, la boucle locale du réseau filaire constitue un outil incontournable dans la recherche d'une fidélisation de la clientèle⁴. Or, le réseau d'accès local demeure

² Les redevances d'interconnexion basées sur ces coûts peuvent comprendre des marges bénéficiaires justifiées, couvrant une partie des coûts associés et prospectifs qu'un opérateur efficace devrait supporter dans des conditions de concurrence.

³ Les mêmes principes ont guidé la rédaction de la recommandation relative au dégroupage de l'accès à la boucle locale [JOCE L156 du 29/06/00].

⁴ Boucle locale : circuit physique à fil de cuivre reliant les locaux de l'abonné au commutateur ou au concentrateur local ou à toute autre installation locale équivalente de l'opérateur. La

l'un des segments les moins concurrentiels du marché libéralisé des télécommunications, les nouveaux entrants ne disposant pas d'infrastructures de substitution suffisamment étendues et ne pouvant bénéficier des économies d'échelle et d'envergure réalisées par les opérateurs historique [5^{ème} rapport de la Commission sur la mise en œuvre de la réglementation en matière de télécommunications. COM (1999) p.537].

a) La boucle locale constitue donc un actif relevant de la notion de ressource essentielle. Ainsi que le relève le Conseil de la concurrence : « la duplication du réseau fixe de France Télécom peut difficilement être envisagée par les opérateurs concurrents, en raison du coût d'investissement initial élevé du fait de la nécessité de travaux de génie civil ainsi qu'en raison de coûts unitaires par ligne trop élevés par rapport à ceux de l'opérateur historique » [avis n°98-A-21. Rapport d'activité 1998. Annexe 132 p1277]. Le dégroupage⁵ de cette boucle ayant tardé à être réalisé en France, s'est donc posée la question de la possibilité d'une extension de l'offre de formules alternatives au réseau filaire exploité par France Télécom. A tout d'abord été évoquée la question de savoir dans quelles conditions les collectivités territoriales pourraient être autorisées à mettre à disposition des opérateurs des infrastructures de télécommunication. Saisi, conformément aux dispositions de l'article 5 de l'ordonnance du 1/12/86, par les ministres de l'Intérieur et de l'Économie, le Conseil de la concurrence a répondu à leur demande d'avis relatif à un projet de circulaire sur ce type d'intervention que : « *La mise à disposition par les collectivités territoriales d'infrastructures de télécommunication apparaît comme un des moyens de promouvoir la concurrence sur la boucle locale ainsi que le progrès économique dans l'ensemble du secteur des télécommunications* » [Avis n°98-A-21. Rapport du Conseil pour 1998 annexe 132 p 1278]. L'avis rendu par le Conseil était d'autant plus remarquable et novateur que la jurisprudence administrative avait jusqu'alors établi que les collec-

boucle locale constitue un enjeu décisif pour le développement de la concurrence, les services à valeur ajoutée étant développés en grande partie sur des infrastructures de boucle locale [rapport d'activité de l'ART 1997 p175].

⁵ Réclamé avec insistance par les concurrents de France Télécom, le dégroupage doit être normalement effectif en janvier 2000. Un texte présenté en avril 2000 par le gouvernement a dû être retiré quelques jours plus tard sous la pression de certains groupes parlementaires épousant les idées défendues par France Télécom. Il s'agissait certes d'un combat d'arrière garde, la Commission européenne ayant clairement affichée sa détermination à veiller à une réalisation du dégroupage, au plus tard pour le 31/12/00 [recommandation du 25/05/00. JOCE L156 du 29/06/00 et projet de règlement en cours]. La publication en septembre 2000 d'un décret autorisant en France le dégroupage a mis fin à une situation trop protectrice de l'opérateur historique. Celui-ci aura néanmoins gagné un temps précieux pour se positionner favorablement dans le domaine de l'offre de nouveaux services (en particulier Internet). De plus, un certain temps sera encore nécessaire pour que soient négociées des solutions tarifaires permettant aux concurrents un accès à la boucle locale filaire dans des conditions transparentes, équitables et non discriminatoires. France Télécom demande d'ailleurs un allègement du contrôle de ses tarifs (suppression de l'obligation d'homologation tarifaire et simple contrôle a posteriori) puisque la concurrence deviendra totale.

tivités publiques ne peuvent se livrer à une activité de nature commerciale que dans la mesure où, en raison de circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt public justifie leur intervention dans ce domaine⁶. Un premier pas dans le sens d'une libéralisation du domaine de compétence des collectivités territoriales a toutefois été franchi grâce à l'insertion au code des collectivités territoriales d'une disposition nouvelle leur permettant de créer des infrastructures destinées à supporter des réseaux de télécommunications et de les mettre à disposition d'exploitants titulaires d'une accréditation. L'autorisation de créer ces infrastructures n'est toutefois accordée que si l'offre des services en cause n'est pas fournie par les acteurs du marché à un prix abordable ou ne répond pas aux exigences requises sur le plan technique et de la qualité. Cette contrainte de vérification de l'absence de fourniture des services concernés à un prix « abordable », notion très imprécise, jointe à celle faite aux collectivités d'établir le tarif de location sur une durée d'amortissement des investissements en cause ne dépassant pas huit ans (durée très inférieure à la durée de vie économique réelle), limitent donc fortement leurs possibilités d'initiative. [Voir loi n°99-533 du 25/06/99 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire. JO du 29/06/99 art.17]. Récemment toutefois, le secrétaire d'État à l'Industrie vient de proposer au Premier ministre de supprimer ces contraintes restrictives dans le cadre de la loi sur la société de l'information. Il semble donc que les préconisations du Conseil de la concurrence n'aient pas été inutiles. C'est également dans cet esprit consistant à favoriser le développement d'une concurrence effective sur la boucle locale que le Conseil s'est attaché à répondre à une demande d'avis d'un syndicat intercommunal (Sipperec) regroupant 80 communes d'Ile-de-France. La question portait sur le fait de savoir sous quelles conditions les communes en cause pourraient constituer un groupement de commandes en matière de télécommunications dans le respect des règles du droit de la concurrence. L'ordonnance du 01/12/86 s'applique en effet à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques (art.53). Il fut répondu à Sipperec qu'un groupement de commandes, tel que celui envisagé, pourrait être de nature à accroître l'intérêt d'autres opérateurs que France Télécom pour la boucle locale, ce qui ne serait sans doute pas le cas, compte tenu des obstacles au développement de la concurrence à ce niveau, si chacune de ces collectivités territoriales procédait à un appel d'offre de façon isolée. Encore faut-il, devait ajouter fort opportunément le Conseil, que de tels groupements ne concernent pas un trop grand nombre de communes, l'opérateur historique se retrouvant alors le seul à pouvoir répondre à une offre de grande ampleur. La promotion d'une

⁶ La Communauté urbaine de Nancy, a été ainsi condamnée en 1998 (sur recours de France Télécom) pour avoir cherché à développer une infrastructure locale dont une partie serait mise à disposition d'opérateurs susceptibles d'offrir des prestations aux entreprises, voire aux particuliers.

concurrence effective réclame alors de : 1) procéder à un allotissement de l'offre, 2) veiller à ce que les zones géographiques correspondant à chaque lot ne soient pas de dimensions telles qu'elles découragent les offres des concurrents de France Télécom, 3) ne contracter que pour une durée limitée à deux ans (sans possibilité de renouvellement par tacite reconduction)⁷, de permettre aux collectivités territoriales adhérentes de pouvoir sortir librement du groupement pour négocier individuellement avec l'opérateur de leur choix à l'issue de la période contractuelle [Avis n°98-A-120. Rapport 1998 Annexe 131].

La position prééminente que gardera encore France Télécom sur le segment de la boucle locale filaire peut toutefois être battue en brèche par la mise sur le marché de technologies différentes de celle utilisée par l'opérateur historique. Grâce aux recherches menées par certains équipementiers, on a assisté au cours des deux dernières années à des progrès rapides dans le domaine de la technologie hertzienne⁸. Plutôt donc que de rechercher une concurrence frontale avec France Télécom, un meilleur choix stratégique pourrait être, pour les nouveaux entrants, de jouer la carte de la boucle radio, et de s'inscrire dans une stratégie de différenciation verticale, la technologie hertzienne devant permettre une offre de qualité supérieure (par exemple, service large-bande). Lorsque cette solution alternative commença à être sérieusement évoquée, on pouvait toutefois s'interroger sur le fait de savoir si l'émergence d'une concurrence suffisante sur ce qui demeurerait le « sanctuaire » de l'opérateur historique ne serait pas contrecarrée par ce dernier s'il décidait de se positionner sur le même créneau (stratégie de préemption). Tout dépendrait alors de l'importance respective des deux types de menaces contradictoires auxquelles l'opérateur dominant aurait à faire face (cannibalisation des services actuellement offerts ou concurrence nouvelle). Or le choix entre préemption ou entrée en second s'avère très sensible à la façon selon laquelle peut évoluer la technologie nouvelle (générations techniques successives ou progrès technique continu), à l'incertitude concernant les profits à en attendre ainsi qu'aux anticipations concernant les comportements stratégiques susceptibles d'émerger à la suite de l'entrée des concurrents sur les marchés en cause (guerre de prix ou parallélisme de comportement) [voir à ce sujet M.BOURREAU : « la firme en place face à la menace d'entrée : nouveaux développements et application à la boucle locale dans les télécommunications ». Thèse Paris II 1999].

Absente lors de l'appel d'offre lancée par l'ART, France Télécom n'a donc pas pu choisir la solution de la préemption⁹. Les résultats de cette procédure (publiés en juillet 2000) font alors apparaître le souci

⁷ Compte tenu de la position de France Télécom sur la boucle locale et de la probabilité de voir à terme se développer des solutions alternatives.

⁸ Il semble en effet acquis qu'à terme, la boucle locale radio devrait s'avérer moins coûteuse que la boucle filaire.

⁹ Officiellement, le dossier de France Télécom est parvenu au service de l'ART avec deux minutes de retard après l'heure limite

de l'autorité de régulation d'élargir le champ de la concurrence à de nouveaux opérateurs. Ce ne sont en effet aucun des plus proches concurrents de France Télécom (Cegétel, Siris, 9 Télécom) qui ont été retenus pour l'octroi des deux licences nationales mais deux opérateurs peu présents sur le marché¹⁰ : Firstmark et Fortel. Si les choix de l'ART ont été conformes au cahier des charges établi et ont donc porté sur des critères objectifs, l'élimination des concurrents actuellement les plus dangereux de France Télécom constitue une source d'interrogation et en tout état de cause un pari tenté par l'autorité de régulation. En n'octroyant pas de licence nationale à Cegétel, il n'est pas interdit de penser que le régulateur a pu craindre l'émergence d'un duopole risquant de se transformer à terme en une position dominante collective¹¹ (11) des deux principaux opérateurs. D'un autre côté, le choix opéré tant sur le plan régional que national n'aboutit-il pas, comme le pense O.Campendon (le président du directoire de Siris) à empêcher la création d'un opérateur suffisamment puissant pour contrecarrer la position prééminente de France Télécom sur le marché des communications locales ? C'est donc la possibilité des opérateurs choisis de répondre rapidement à la demande ainsi que de rentabiliser leurs infrastructures qui se trouvent en cause. Si les équipementiers semblent pouvoir répondre sans délais à la demande d'équipements, la question de la rentabilité des nouveaux opérateurs demeure en suspens même s'il est vrai que ceux-ci apparaissent des spécialistes de la boucle locale radio et qu'ils ont choisi la stratégie de concentrer leur activité sur des créneaux spécifiques (grand public et très petites entreprises pour Fortel ; PME-PMI pour Firstmark). Quoiqu'il en soit, à supposer que ces nouveaux opérateurs disposent pendant plusieurs années d'une capacité excédentaire, rien ne leur interdit d'en louer une partie aux opérateurs évincés¹². Il est donc permis de se demander si l'ART n'a pas fait preuve d'une grande subtilité dans son approche de la concurrence sur le marché local, tout d'abord en élargissant le nombre des offreurs et ensuite en tablant sur cette surcapacité pour permettre aux concurrents de France Télécom de disposer de solutions alternatives à celle de l'accès à la boucle filaire et de peser ainsi sur les conditions tarifaires qui devront être négociées avec l'opérateur historique.

¹⁰ Les deux licences accordées dans chacune des 22 régions françaises sont également allées surtout à de nouveaux opérateurs.

¹¹ Une domination collective existerait, selon les autorités communautaires, lorsque les entreprises participant à un oligopole étroit disposent d'un degré d'indépendance par rapport aux pressions concurrentielles qui les met en mesure de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective, en ne devant pas notablement tenir compte des comportements des autres participants au marché. Tel pourrait être le cas lorsque : α) leurs parts de marché cumulées sont très importantes, β) les barrières à l'entrée sont élevées, γ) elles ont établi entre elles des liens structurels à travers des échanges systématiques de produits ou services, δ) leurs décisions stratégiques mettent en évidence un degré d'interdépendance élevé en matière de prix et de conditions de vente.

¹² Voir l'article de Th. Del Jesus : « Cegétel privé de licence » La Tribune du 12/07/00.

b) La boucle locale ne constitue pas la seule ressource essentielle entre les mains de France Télécom. La liste des abonnés au téléphone relève également de cette catégorie d'actifs ainsi que l'a évoqué l'ART : « *les fichiers d'abonnés au service téléphonique pourraient constituer une source essentielle pour les entreprises qui souhaitent exercer des opérations de marketing direct et notamment de télémarketing* ». Saisi par la société Fitelech (petit opérateur intervenant dans ce secteur) le Conseil de la concurrence a tout d'abord confirmé l'existence d'un marché spécifique de la liste des abonnés au téléphone sur lequel France Télécom occupe une position dominante en tant que seul à détenir, de par la loi, l'ensemble des informations sur ses abonnés.

Dans la mesure où, à partir de ces listes, France Télécom se livre à la commercialisation des fichiers extraits de la base annuaire, cette activité relève des dispositions de l'ordonnance du 1/12/86 (article 53) et de la compétence du Conseil de la concurrence. Or, dans cette affaire, France Télécom prétendait percevoir des droits d'auteur sur ces informations et ce en dépit de leur caractère public. En second lieu, ses facturations à ses concurrents situés sur ce marché s'avéraient fixées à des prix très supérieurs aux charges qu'elle s'impute à elle-même pour leur utilisation. Ainsi que l'avait établi, en effet, l'ART, les coûts de collecte et de gestion de la liste des abonnés au téléphone sont largement amortis, les recettes générées par les annuaires sous forme imprimée ou électronique ainsi que par le service de renseignement téléphonique compensant largement leur charge nette imputable au titre du service universel. Il y avait donc là un abus caractérisé de position dominante de la part de France Télécom justifiable d'une amende de 10 millions de francs compte tenu de la gravité des pratiques incriminées ayant eu pour objet et pu avoir pour effet d'empêcher durablement et systématiquement l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché des fichiers de prospection. Outre cette amende, il fut imposé à France Télécom, de fournir dans des conditions identiques à tout demandeur, la liste consolidée comportant les informations contenues dans l'annuaire universel et de proposer un service permettant la mise en conformité avec la liste orange des fichiers contenant des données nominatives détenues par des tiers. Ces prestations devront par ailleurs, être offertes à des conditions transparentes, objectives et non discriminatoires à un prix reflétant les coûts liés aux opérations techniques à réaliser.

3 Des décisions stratégiques étroitement surveillées par les autorités chargées de veiller au respect des règles de concurrence

Dominant sur le marché amont des infrastructures essentielles, généralement seul à bénéficier d'une intégration complète le long de la filière concernée et enfin seul offreur de multiservices, l'opérateur historique se trouve en position favorable pour conserver de fortes parts de marché. Une des missions assignées aux autorités de la concurrence est donc de veiller à ce que l'opérateur historique n'abuse pas de sa position dominante et ne porte pas atteinte au jeu d'une concurrence effective (3.1). En second lieu, le maintien, à moyen terme, d'une compétition suffisante sur les marchés concernés implique qu'un contrôle soit opéré sur les stratégies de croissance externe des offreurs de façon à ce que leurs projets de concentration ne débouchent pas sur la création ou le renforcement d'une position dominante (3.2).

3.1 La prohibition de stratégies commerciales et tarifaires abusives

La position dominante se définit comme la situation dans laquelle une entreprise dispose d'une indépendance de comportement lui donnant le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur une partie importante du marché à prendre en considération. Dès lors qu'elle se trouve qualifiée de dominante, une entreprise se voit assigner une responsabilité particulière, celle de ne pas en abuser en adoptant des pratiques susceptibles d'affaiblir artificiellement la position d'un concurrent, voire de l'éliminer ou d'empêcher l'entrée sur un marché d'une nouvelle entreprise. L'intégration verticale qui caractérise la situation d'un opérateur historique peut constituer un des indices permettant de démontrer l'existence de sa position dominante mais représente également un moyen privilégié de mettre en difficulté des concurrents non intégrés, positionnés sur un marché aval. Pour y parvenir, l'entreprise dominante peut utiliser **l'arme du produit ou celle du prix**. Les agissements de France Télécom ont, à cet égard, fait l'objet de nombreuses plaintes ou demandes d'enquête depuis le début du processus de libéralisation du marché français des télécommunications.

a) Ainsi, s'il n'est évidemment pas interdit à une entreprise dominante de mettre sur le marché un service nouveau, encore faut-il que sa formule de commercialisation n'ait ni pour objet ni pour effet d'exclure du marché en cause son (ou ses) concurrent(s) les plus proches. Tel était le danger de la formule imaginée par France Télécom pour commercialiser son option tarifaire « **abonnement modéré** » et basée sur l'existence d'une clause d'exclusivité d'acheminement des

communications en faveur de l'opérateur historique sans laquelle cette option serait interrompue. La clientèle en cause, en l'espèce celle des utilisateurs intéressés par des communications longues distance et un abonnement à tarif réduit, correspondait à la cible visée par Cégétel seul concurrent en mesure de satisfaire également la demande des abonnés possédant des résidences secondaires. En raison de la clause d'exclusivité introduite dans l'offre de France Télécom, les utilisateurs souhaitant bénéficier de l'offre multi-lignes de Cégétel seraient alors contraints de souscrire également un abonnement normal de France Télécom, rendant donc inopérante la proposition du concurrent de l'opérateur historique. Saisi d'une demande d'avis par l'ART, le Conseil a fait justement valoir que : « *sur un marché de la téléphonie vocale ouvert à la concurrence, sur lequel l'opérateur historique est encore en quasi-monopole sur les liaisons locales et très largement dominant sur les liaisons longues distance, l'option tarifaire « abonnement modéré », dès lors qu'elle comporte une clause par laquelle France Télécom se réserve l'exclusivité d'acheminement des communications des abonnés ayant souscrit cette option (exclusivité d'acheminement qui n'a pas de justification technique), aurait pour conséquence de restreindre artificiellement la concurrence entre les opérateurs et serait contraire aux dispositions de l'ordonnance du 1/12/86* » [Avis n°99-A-01. Rapport du Conseil 1999 Annexe 107 p808]. Le même principe a guidé la réflexion du Conseil dans son appréciation des incidences de la création d'un service dénommé « **portail vocal** » (sorte de guichet unique permettant l'accès à des services Audiotel ou de réservation)¹³. Recommandation a été faite de veiller à ce que les contrats liant France Télécom aux fournisseurs de services ne comportent aucune clause d'exclusivité dans la mesure où une telle clause pourrait avoir l'effet de pénaliser les éventuels portails vocaux que des concurrents pourraient créer. De surcroît, toute convention signée entre l'opérateur historique et les fournisseurs d'accès devrait être limitée à une durée maximum de deux ans aux fins de ne pas décourager l'émergence d'une concurrence potentielle. [Voir également l'Avis n°98-A-24. Rapport du Conseil 1998 Annexe 135 dans lequel il est ajouté que toutes les clauses susceptibles de permettre à l'entreprise dominante de se positionner par rapport à l'offre de ses concurrents, de limiter la fluidité ou l'accès au marché en cause doivent être proscrites. Relèvent de ces dispositions prohibées, les « clauses anglaises »¹⁴, celles portant sur des pénalités de sortie anticipée ou sur des modalités de tacite reconduction].

¹³ Audiotel : service de France Télécom permettant aux utilisateurs l'accès à des informations, des jeux, généralement par l'intermédiaire d'un serveur vocal.

¹⁴ En vertu d'une « clause anglaise », les clients sont autorisés à traiter avec les concurrents présentant une offre plus intéressante et ce malgré leurs engagements d'approvisionnement auprès de leur fournisseur. Cette opportunité n'est toutefois accordée qu'à la condition expresse que le cocontractant (le fournisseur dominant) informé de l'offre et de son origine exacte, décide de ne pas baisser son prix. Outre qu'elle risque de ne constituer qu'un avantage très limité pour son éventuel bénéficiaire, cette clause octroie à la firme dominante des renseignements qui sont particulièrement précieux pour la conduite de sa stratégie de marché.

b) L'arme du prix représente, dans des secteurs tels que celui des télécommunications le moyen par excellence pour un opérateur historique de protéger sa position hégémonique en dépit des dispositions des directives ou du droit de la concurrence visant à prohiber les tarifications prédatrices, le jeu des subventions croisées ainsi que les pratiques discriminatoires.

La renégociation de la redevance payée par un opérateur pour utiliser une partie des infrastructures essentielles de l'opérateur historique peut être ainsi susceptible de mettre en péril l'existence de l'opérateur concerné. Dans de telles situations, une appréciation très rapide de ce risque apparaît indispensable à la protection des petits concurrents de l'opérateur dominant. Les dispositions de l'article 12 de l'ordonnance du 1/12/86 permettent ainsi au Conseil de la concurrence de prendre des mesures conservatoires dès lors que la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante. Ces mesures peuvent comporter la suspension de la pratique concernée ainsi qu'une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur. Elles doivent enfin être limitées à ce qui est strictement nécessaire pour faire face à l'urgence.

La société Numéricâble a ainsi pu bénéficier de ces mesures dans un conflit l'opposant à France Télécom, à l'occasion de la renégociation de la redevance due pour son utilisation du réseau câblé de son cocontractant. La modification substantielle des conditions d'exploitation du plaignant qui découlerait de la hausse du prix d'accès que France Télécom prétendait imposer (augmentation portant le montant de la redevance à 52% du chiffre d'affaires par abonné au lieu de 20,7% jusqu'alors) serait de nature à mettre en péril l'existence de Numéricâble. De plus, en cas de non-paiement de la redevance, la suspension des services offerts par le propriétaire du réseau porterait immédiatement une atteinte aux intérêts commerciaux de l'entreprise plaignante. Dans l'attente d'une décision quant au fond de ce contentieux, obligation fut imposée à France Télécom de ne pas suspendre la mise à disposition de Numéricâble des capacités de transport et de distribution des signaux de radio télévision par câble. Pendant cette période d'instruction du dossier au fond, l'exploitant du réseau fut invité à verser mensuellement à son fournisseur d'accès une provision égale au montant de la redevance qui serait due selon le même mode de calcul que celui prévalant précédemment [décision n°99-MC-01. Rapport du Conseil 1999 Annexe 93 p926].

Ce n'est pas pour autant que le Conseil ait fait un usage immodéré des dispositions de cet article 12. A plusieurs reprises, les plaignants ont été déboutés de leur prétention à bénéficier de mesures conservatoires, le Conseil jugeant non réunies les conditions d'application de l'article 12 (absence d'atteinte grave et immédiate à l'intérêt des consommateurs ainsi qu'à celui des plaignants [voir par exemple Décisions

n°99-MC-04 (demande de l'AFORT); n°99- MC-12; demande de Bouygues Télécom. Rapport du Conseil 1999 Annexes 96 et 104 ¹⁵].

c) Sont également susceptibles de constituer des comportements répréhensibles au regard du droit de la concurrence l'adoption par un opérateur dominant de stratégies telles que **l'offre groupée de services, l'offre de remises couplées ainsi que les remises de fidélité.**

– L'offre groupée en matière d'accès à Internet faite aux écoles et établissements scolaires par France Télécom a ainsi du être suspendue en vertu d'une mesure conservatoire prise par le Conseil sur saisine de l'Association française des opérateurs privés de télécommunications (AFOPT). Cette offre liait explicitement le segment du cheminement de la communication de l'abonné à celui du transport des données¹⁶. Or, le tarif d'interconnexion sur le premier de ces segments offerts par France Télécom à ses concurrents s'avérait au moins supérieur de plus de 60% au forfait global proposé aux établissements scolaires pour l'ensemble des trois segments. Il n'est alors pas sans intérêt de constater que l'injonction faite à l'opérateur dominant de suspendre son offre (adoption donc d'une mesure conservatoire) a pris appui sur un souci de protection de la concurrence potentielle sur un marché nouveau pour lequel faire la « course en tête » grâce à des pratiques anticoncurrentielles peut conduire à l'instauration de positions hégémoniques pratiquement irréversibles. Prenant en compte tant la dimension temporelle du processus de la concurrence que les enseignements de la théorie des coûts de transaction, c'est fort légitimement que le Conseil a justifié sa décision : « *Il y a lieu de craindre ... que les établissements scolaires ayant initialement contracté avec France Télécom seront peu enclins à s'adresser à un autre transporteur de données, compte tenu de la complexité administrative et des aléas techniques auxquels ils pourront redouter d'avoir à faire face. En outre, le développement de solutions alternatives... s'étalera dans le temps* » [décision n°98-MC-03. Rapport du Conseil 1998 Annexe 93 p864¹⁷]. C'est également le souci de protéger l'émergence de formules technologiques nouvelles que France Télécom et Transpac ont été condamnées sur plainte de la société British Telecom France pour avoir offert à la société Axa des conditions tarifaires exceptionnelles (offre conjointe d'une gratuité de frais d'accès au réseau Numéris et d'un abonnement gratuit de deux mois aux services offerts par Transpac, le tout couplé avec un rabais supplémentaire). La stratégie mise en œuvre contre British Telecom visait à protéger

¹⁵ Ce n'est pas pourtant autant que dans son analyse ultérieure au fond, l'autorité de la concurrence n'en conclura pas à l'existence d'un abus de position dominante de France Télécom.

¹⁶ L'offre d'accès d'un abonné à Internet met en jeu trois prestations techniques différentes : celles correspondant à ces deux premiers segments, la troisième étant constituée par l'accès au réseau Internet vers le fournisseur d'accès Internet.

¹⁷ Il était également retenu que les concurrents de France Télécom ne pourront présenter d'offres alternatives que lorsque l'opérateur historique leur aura établi une offre d'interconnexion non discriminatoire.

une technologie existante face à la montée en puissance d'une nouvelle offre technique prometteuse [Décision n°97-D-53. Rapport du Conseil 1997 Annexe 60]. Parmi les objectifs assignés à la politique de la concurrence, la promotion de l'efficacité dynamique et en particulier du progrès technique occupent une place importante. Le fait que les obstacles tarifaires ainsi dressés à l'encontre de l'offre présentée par British Telecom aient émané d'entreprises disposant de positions dominantes renforcées par l'octroi de droits exclusifs ou spéciaux accordés par un État membre a, de toute évidence, pesé d'un poids important dans la décision du Conseil.

- De façon générale, le couplage d'avantages consentis à la clientèle par un opérateur disposant d'une position dominante sur un des marchés est jugée susceptible de diminuer artificiellement la concurrence sur les marchés en cause. Confrontée à l'arrivée d'une entreprise sur un marché local, la société ODA, titulaire de la commercialisation des espaces publicitaires dans l'annuaire local édité par France Télécom, offrait une remise de couplage aux annonceurs acceptant de souscrire simultanément de la publicité dans les pages jaunes départementales et locales. L'importance de la remise proposée (50% du prix de base) était assimilable à une **prime de fidélité** offerte aux annonceurs déjà client d'ODA dans les pages départementales et souhaitant figurer dans les pages locales. En s'adressant pour ce second service à une société concurrente, ces annonceurs perdaient donc une remise importante. L'amende infligée à ODA (10 millions de francs) par le Conseil était alors justifiée par deux raisons importantes : au moment des faits incriminés, les pages jaunes départementales étaient encore considérées comme incontournables par la majorité des annonceurs. En second lieu, le dommage infligé à l'économie par le comportement d'ODA était d'autant plus important que les pouvoirs publics venaient de prendre des mesures pour ouvrir le secteur des télécommunications et celui des annuaires téléphoniques à la concurrence des opérateurs privés [Décision n°96-D-10. Rapport du Conseil 1996 Annexe 17]. De façon générale, l'offre d'une prime de fidélité est toujours jugée avoir pour objet ou pour effet de pousser les clients à contracter avec l'opérateur historique et de les dissuader de s'adresser à un concurrent lorsqu'ils ont besoin d'un service lié, comprenant d'une part une prestation offerte par un fournisseur disposant d'une position de monopole et d'autre part une prestation déjà ouverte à la concurrence [Avis « Modulance partenaire » de France Télécom n°97-A-05. Rapport du Conseil 1997 Annexe 118]. Dans de tels cas de figure, n'est pas non plus négligeable le risque de voir l'opérateur historique se livrer au jeu des subventions croisées conduisant à pratiquer des tarifs élevés sur les segments en monopole aux fins de proposer des tarifs attractifs sur les marchés ouverts à la

concurrence¹⁸. Un tel risque a été aussi rappelé dans le cadre de l'Avis rendu concernant les conditions **d'offres sur mesure** de France Télécom, lequel comporte également des indications précieuses quant à la latitude offerte à l'opérateur chargé du service universel de déroger à son catalogue de tarifs relatifs à ce service dans des conditions conformes aux impératifs du droit de la concurrence. Pour qu'il en soit ainsi, répond le Conseil, preuve doit d'abord être apportée de ce que les demandes des entreprises clientes présentent une spécificité indiscutable. En second lieu, des offres sur mesure ayant par nature l'effet d'appliquer un traitement différencié aux clients, il en résulte un risque de tarifications discriminatoires entre des firmes présentes sur un même marché. Les dérogations tarifaires consenties doivent donc pouvoir être justifiées et les variations de coûts faire l'objet de mesures suffisamment précises. Une remise tarifaire par rapport au prix de catalogue n'est acceptable que dans la mesure où, lorsque sa mise en œuvre est coûteuse, il est clairement prouvé que des économies sont réalisées par ailleurs. En toute hypothèse, ajoute le Conseil « *des remises tarifaires qui ne reflèteraient pas une diminution des coûts ou leur seraient supérieures, pourraient être qualifiées d'abus de position dominante, même en l'absence de prix prédateur, s'il était démontré qu'elles ont pour objet d'évincer un concurrent sur le marché* » [Avis n°98-A-24. Rapport 1998 Annexe 135 p13219. Se référant à un arrêt AKZO contre Commission délivré par la Cour de Justice des Communautés, le Conseil rappelle également que celle-ci avait établi, en définissant la « concurrence de prestation », que toute concurrence par les prix n'est pas forcément légitime. L'autorité française en déduit donc que « *la concurrence par les mérites suppose soit l'offre de service supplémentaires, susceptibles de comporter un coût, soit une meilleure efficacité justifiant éventuellement des remises supplémentaires* » [op cit p1321]¹⁹.

3.2 Un contrôle attentif des opérations de concentration

Le maintien d'une concurrence effective sur les marchés ouverts par la libéralisation du secteur des télécommunications et le développement considérable de l'Internet ne se limite évidemment pas à la seule

¹⁸ Sur le plan théorique on rappelle que soit j le service en cause, CFI_j , son coût de fourniture isolée et P_j le prix de ce service, celui-ci ne constitue pas la source d'une subvention croisée lorsque $P_j \leq CFI_j$. Il ne reçoit pas non plus ce type de subvention lorsque P_j est supérieur ou égal à son coût incrémental CI_j . Un service j n'est donc ni la source ni le bénéficiaire d'une subvention croisée dès lors que $CI_j \leq P_j \leq CFI_j$ (le coût incrémental étant inférieur au coût de fourniture isolée en raison des économies de gamme réalisées par une firme multi-services).

¹⁹ Dans cet avis, le Conseil rappelait enfin que l'offre sur mesure devrait être dépourvue de clauses de fidélité, de couplage entre segments en monopole et segments en concurrence (en l'espèce, téléphonie locale et téléphonie longue distance), de clauses anglaises, de pratiques de rabais rétroactifs, ou de dispositions portant sur des pénalités de sorties anticipées ou de modalités de tacite reconduction.

surveillance des stratégies quotidiennes des opérateurs historiques. La rapidité des évolutions technologiques, la multiplication des offres de nouveaux services et surtout la convergence des mondes de la téléphonie mobile, de l'Internet et des médias imposent aux principaux acteurs des stratégies de restructuration et de redéploiement dont la rapidité implique l'utilisation des opérations de croissance externe. L'enjeu est évidemment d'atteindre une taille critique, seule en mesure de leur permettre le maintien sur les marchés en cause. Ainsi, entre septembre 1999 et août 2000, c'est une valeur de plus de 1250 milliards de dollars qui a été ainsi échangée dans le monde à l'occasion d'opérations de fusion-acquisition²⁰. L'importance des investissements à réaliser en actifs tangibles mais aussi immatériels (pour conquérir et fidéliser une clientèle relativement volatile) reportent à plusieurs années les perspectives de rentabilité des acteurs en cause et conduit de façon incontournable à l'émergence d'oligopoles mondiaux ou, pour le moins, présents sur de vastes zones géographiques. Le rôle des autorités de la concurrence est donc de veiller à ce que, malgré tout, ces opérations de croissance externe ne débouchent pas sur la création ou le renforcement de positions dominantes.

Dans la communauté européenne, ce rôle de surveillance du maintien d'une concurrence effective est principalement assuré (compte tenu de l'importance des chiffres d'affaires en jeu) par la Commission en vertu du règlement n°4064/89 relatif aux opérations de concentration. Selon une jurisprudence maintenant bien établie, une opération de concentration, au sens du droit communautaire, ne se limite pas aux simples rapprochements réalisés sous forme de fusion. Elles survient également dès lors qu'une ou plusieurs entreprises acquièrent le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises de façon telle que celles-ci perdent leur indépendance économique. La notion de contrôle est alors définie comme la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une autre firme par tout moyen juridique possible : prise de participation (même minoritaire si elle permet un contrôle de fait de la cible concernée), achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen²¹. Soumis à l'obligation d'une notification préalable, un projet de concentration ne peut être réalisé avant d'être déclaré compatible avec les objectifs du marché commun. Une fois cette notification réalisée, les autorités communautaires sont appelées à porter une appréciation quant aux effets à attendre du projet en cause en suivant une méthodologie d'analyse comportant deux étapes principales. Au cours de la pre-

²⁰ Dont 556 milliards dans le seul secteur des télécommunications (436 pour la radio, télévision et 259 pour l'édition et la presse). Source : La Tribune du 7/09/00.

²¹ Relèvent également des dispositions du règlement 4064/89, la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome. Une telle entreprise, dite également de plein exercice, doit disposer de toutes les ressources nécessaires pour exercer une activité durable sur les marchés qui lui sont concédés.

mière d'entre elles, se pose la question de la délimitation du marché de référence (mise en évidence des produits ou services suffisamment interchangeables, zones géographiques concernées) (a). C'est sur ces bases méthodologiques que l'on s'interroge alors sur le risque de voir le projet concerné susceptible de restreindre le jeu de la concurrence en se fondant sur l'utilisation d'une série de critères de nature économique. Lorsqu'un tel risque s'avère très probable, les parties en cause peuvent apporter des aménagements au projet de concentration susceptibles de lever les inquiétudes de la Commission (b). Celle-ci a déjà dû, à plusieurs reprises, intervenir pour se prononcer sur la compatibilité avec le marché commun de projets de rapprochement dans le secteur des télécommunications. Dans ce type d'activité, le contrôle de la concentration soulève un certain nombre de problèmes spécifiques et, en tout premier lieu, la question de la délimitation des marchés sur lesquels le projet soumis serait susceptible de conduire à des effets de domination.

a) Dans de tels secteurs, la délimitation du nombre de services présentant, entre eux, un degré suffisant d'interchangeabilité, dépend dans une large mesure des estimations concernant des évolutions techniques à venir.

Dans le cas de marchés ayant atteint leur maturité technologique, les autorités communautaires de concurrence ont généralement tendance à s'en remettre à l'analyse de la substitution considérée du côté de la demande²². L'étude de la substituabilité du côté de l'offre peut également être prise en considération lorsqu'elle aboutit à des effets équivalents à ceux de la méthode précédente (caractère immédiat et efficace de la possibilité de substitution). Encore faut-il toutefois que preuve soit apportée de l'aptitude des fournisseurs à réorienter leur offre et à la commercialiser sans encourir aucun coût ni risque *supplémentaire substantiel en réaction à des variations légères mais permanentes des prix relatifs*. Lorsque ces conditions sont remplies, le supplément de production ainsi offert sur le marché exerce alors en effet de discipline sur le comportement concurrentiels des entreprises en cause : « *cet effet est, par son caractère immédiat et son efficacité, équivalent à celui de la substitution du côté de la demande* » [communication de la Commission n°97/C372/03 att. n°20]. Cette méthode d'analyse empruntée à la pratique américaine du contrôle des concentrations²³ a été utilisée par la Commission lors de l'étude des projets de rapproche-

²² Analyse de l'interchangeabilité fonctionnelle, fonction des caractéristiques des produits ou services en cause, puis étude de l'interchangeabilité réactive (étude du comportement des consommateurs en cas de variations du prix des produits en causes), enfin prise en compte de l'existence éventuelle de barrières à la substitution.

²³ Selon les U.S. Merger's Guidelines : "Analysis must take into account the total sales or capacity currently devoted to the relevant market in response to a small but significant and non transitory price increase". La méthode utilisée consiste tout d'abord à mettre en évidence le nombre des produits devenant substituables si l'ensemble des produits du premier groupe étaient offerts par un monopoleur augmentant leurs prix de 5% à 10%.

ment d'entreprises engagées dans l'offre de services d'accès à Internet. La mise en évidence d'un marché des services de « connectivité Internet du plus haut niveau (ou universelle) » a ainsi été établie, la Commission s'attachant à le démontrer avec un soin tout particulier : « *un fournisseur de services Internet, souhaitant obtenir une connectivité Internet du plus haut niveau en achetant du transit aux réseaux du plus haut niveau, ne pourrait pas échapper à une augmentation du prix imposée par un détenteur d'un monopole hypothétique en achetant du transit à une autre source. Tenter d'éviter une augmentation des prix en développant des réseaux de connexion de second niveau... serait pratiquement impossible et impliquerait des coûts trop élevés, en raison de la nécessité d'installer des circuits vers des points d'interconnexion privés ou publics... Les coûts que devraient supporter ce fournisseur de services seraient supérieurs au coût de l'augmentation de 5 à 10% appliqué au transit par le détenteur du monopole hypothétique... La création de tels liens nécessiteraient une coordination entre un grand nombre d'opérateurs, entraînerait des pertes d'efficacité sur le plan technologique et prendrait beaucoup de temps* » [Décision Worldcom/MCI/IV/M1069, JOCE L116 du 4/05/99 att n°75]. Soucieuse toutefois de ne pas se lier à cette définition du marché dans le futur, eu égard à la rapidité du progrès technique en ce domaine, la Commission a pris soin de préciser que cette définition n'était pas limitée dans sa portée afin d'anticiper des développements techniques à venir.

b) Parmi les critères utilisés pour s'interroger sur le risque de création ou de renforcement d'une position dominante, celui de la part de marché à laquelle pourra prétendre le nouvel ensemble issu de la concentration revêt une importance souvent substantielle, en particulier lorsqu'elle s'avère très supérieure à celles de ses principaux concurrents. Telles ont été les situations dans les affaires Worldcom/MCI (plus de 50%) et Vodafone Airtouch Mannesman : 53,6% du marché des services de télécommunication pour le mobile au Royaume Uni et près de 70% en Belgique [Affaire IV M/1795]. Bénéficier d'une part de marché élevée ne suffit toutefois pas toujours à conférer à la nouvelle entreprise l'indépendance de comportement caractérisant la situation de position dominante. Preuves doivent être apportées que le projet en cause est de nature à affecter l'intensité de la concurrence actuelle et de réduire l'attractivité du marché concerné pour des concurrents potentiels. Ainsi, en raison des caractéristiques spécifiques de la concurrence dans les activités de réseau et de l'existence de phénomènes d'externalité permettant d'attirer la clientèle, l'avantage dont bénéficie le principal opérateur peut tout d'abord perdurer. Plus son réseau se développe, moins il lui est nécessaire de s'adresser à ses concurrents pour obtenir des interconnexions, ceux-ci devant, au contraire, en passer par lui pour échanger du trafic. Dans ces conditions, l'opérateur hégémonique se trouve en situation favorable pour augmenter artificiellement les coûts de ses concurrents ou offrir des prix avantageux pour attirer les clients de ceux-ci. Dans certains cas, il peut

également se doter d'avantages supplémentaires grâce à la puissance d'achat dont il peut user auprès des fournisseurs d'équipements²⁴.

L'existence d'une concurrence potentielle significative peut toutefois constituer une contre preuve importante de l'aptitude du titulaire d'une forte part de marché à exercer son indépendance de comportement. Les dispositions du règlement n°64/89 invitent les autorités de la concurrence à explorer cette hypothèse²⁵ (25) et celles-ci ne se font pas faute de le faire. Ainsi, sur le marché espagnol des équipements de télécommunication, malgré la détention de 80 à 85% de parts de marché par les candidats au projet de concentration (Alcatel et Teletra), la concurrence potentielle fut jugée suffisante pour écarter les risques de création d'une position dominante. Bien que ne commercialisant pas leurs produits en Espagne, des offreurs tels que Siemens, Ericsson, ATT étaient en mesure de pénétrer sur ce marché en raison des faibles coûts d'adaptation de leurs produits aux normes espagnoles, du caractère non indispensable de produire dans ce pays ainsi que des faibles coûts de transport par rapport à la valeur de ces équipements. De surcroît, la puissance du seul acheteur concerné (Telefonica) était susceptible de contrecarrer toute tentative d'augmentation significative des prix de ces équipements [Décision IV/M 042 JOCE L122 du 17/05/91].

Dans les affaires Worldcom/MCI et Vodafone Airtouch/Mannesmann, l'émergence d'une concurrence potentielle importante n'a pas été jugée crédible, tout au moins dans un délai suffisamment court. Compte tenu de la présence de Vodafone et Mannesmann sur plusieurs pays européens et de l'importance qu'aurait l'intégration de leur réseaux, dupliquer une infrastructure identique nécessiterait l'apparition de nouvelles opérations de concentration impliquant plusieurs transactions. A supposer que ces projets reçoivent l'aval des autorités de la concurrence, de telles opérations prendraient un temps suffisamment important pour permettre à Vodafone /Mannesmann de consolider leurs positions en Europe)²⁶.

Dans ces conditions, dans ces deux affaires, seules des offres d'engagements suffisamment substantiels pour écarter le risque de création d'une position dominante étaient de nature à rendre ces projets compatibles avec les objectifs du marché commun. De nature essentiellement structurelle, ces engagements prennent généralement la forme d'une revente d'actifs ou de parties de l'acquéreur ou de l'en-

²⁴ La Commission a ainsi considéré que tel ne serait toutefois pas le cas dans le dossier Vodafone/Mannesmann [op. cit. att n°49-54].

²⁵ « La commission tient compte de la nécessité de préserver et de développer une concurrence effective dans le marché commun, au vu notamment de la structure de tous les marchés en cause et de la concurrence réelle ou potentielle d'entreprises situées à l'intérieur ou à l'extérieur de la Communauté (art 2-1 du Règlement).

²⁶ Constatant également le nombre élevé d'insuccès des solutions de partenariat tentées dans ce domaine, l'hypothèse d'une concurrence par voie de coopération a également été rejetée par la Commission.

treprise cible. Est alors vérifié par la Commission que la cession en cause sera de nature à permettre la reconstitution d'une entité viable et susceptible de devenir un opérateur concurrentiel. La personnalité du repreneur revêt également une grande importance. Celui-ci doit disposer de la surface financière et de l'expertise technique et commerciale suffisante pour continuer à exploiter les activités cédées dans des conditions permettant le succès de l'opération de désinvestissement. Dans le cas des deux projets déjà évoqués, des cessions d'activité ou d'actifs ont ainsi dues être proposées : Cession de la société Orange dans le cas Vodafone/Mannesmann, vente par MCI de ses activités et services Internet dans l'autre affaire, avec mise à disposition, pour le repreneur, des droits de propriété industrielle et du personnel nécessaire²⁷. Lorsque les activités en cause ne sont pas gérées au sein d'une unité juridique spécifique, elles doivent être alors confiées, pendant le temps de la négociation de cession, à une filiale distincte, dotée d'une comptabilité séparée, et dont la gestion est parfois confiée à un tiers présentant une indépendance et une compétence suffisante. Des engagements comportementaux sont enfin souvent exigés (non embauche des salariés transférés au repreneur avant un délai raisonnable, abstention, sans le consentement de la Commission, de conclure certains accords exclusifs, offre d'interconnexion à des tiers dans des conditions non discriminatoires²⁸ etc. . .). Rachetée par France Télécom, Orange a également été contrainte de céder sa participation de 50% dans la société KPN-Orange, troisième opérateur sur le marché belge des télécommunications mobiles... au profit de KPN. L'objectif de la Commission était d'empêcher l'émergence d'une position dominante collective sur ce marché géographique²⁹.

Résumé

Pendant longtemps, le concept de monopole naturel a servi à justifier le choix de confier à un seul opérateur l'offre de services tel que ceux du téléphone, de l'électricité ou des transports ferroviaires. Les limites

²⁷ Cette cession peut aussi s'accompagner de la rupture des liens financiers pouvant exister avec des clients, des fournisseurs et des concurrents, ainsi que de la mise à disposition du repreneur de certains actifs incorporels (marques, circuits de distribution). Les engagements peuvent enfin inclure l'obligation de mettre fin à certains contrats exclusifs.

²⁸ En l'absence de la vente d'Orange, le nouveau groupe aurait disposé de deux licences d'opérateurs au Royaume Uni et en Belgique. L'ouverture à la concurrence du réseau actuel jusqu'à la création des réseaux de la troisième génération permet aux autres opérateurs de mobiles l'accès à ses services de vente en gros et à ses tarifs en matière d'itinérance (Roammig).

²⁹ Avant ce projet de rachat, trois opérateurs évoluaient sur le marché belge, l'un d'entre eux (Mobistar) était une filiale à 50,9% de France Télécom. En revanche, la fusion Worldcom/Sprint a été purement et simplement refusée, l'engagement proposé par les parties ne donnant pas l'assurance d'éviter une domination du nouveau groupe sur les « dorsales Internet » (le cœur du réseau).

de ces références théoriques mises en évidence, s'est développé l'idée de la possibilité, en particulier dans les industries de réseaux, de séparer la gestion des infrastructures de l'offre de services auxiliaires pouvant être confiée au jeu du marché. Initiée aux États-Unis, et à partir du concept de ressources essentielles, l'ouverture à la concurrence de certains de ces marchés est aujourd'hui pratiquement achevée ou en bonne voie de réalisation. Permettre à de nouveaux acteurs de rivaliser avec les « opérateurs historiques » ne signifie ni l'émergence effective et immédiate d'une réelle concurrence non plus qu'une modification de la structure de l'offre, pas plus que cela conduit à la disparition des positions dominantes des opérateurs historiques. Cet article étudie les conditions à remplir pour qu'une véritable concurrence émerge, que la structure de l'offre change et que les positions des opérateurs historiques puissent être menacées.

Abstract

On the markets for electricity, telephone or railway, the main rationale for the presence of a single firm has long been the concept of natural monopoly. Once the limits of this concept have become clear, came the idea that one could separate the management of infrastructures from that of superstructures, more competitive in essence. The first steps towards generalized competition was initiated in the USA by using the concept of essential resources. If the process is quite completed there, much remains to be done in Europe where historical monopolists tend to keep a firm stand on their initial dominant position. The object of this article is to examine the conditions under which an effective change in the structure of supply could bring about competition and a possible reshuffle of prerogatives among incumbents and new firms.

Mots-clés

monopole naturel, droit de la concurrence, télécommunication

Key words

natural monopoly, antitrust policy, telecommunications

Classification JEL : L12, L40, L96.