

DECISION N° 2020-002 /ARCEP/CD
**DU COMITÉ DE DIRECTION DE L'AUTORITÉ DE RÉGULATION DES COMMUNICATIONS
ÉLECTRONIQUES ET DES POSTES**

EN DATE DU 9 NOVEMBRE 2020
**PORTANT MISE EN DEMEURE DE LA SOCIÉTÉ TOGO CELLULAIRE POUR PRATIQUE DE
DIFFÉRENCIATION TARIFAIRE DES COMMUNICATIONS ON-NET ET OFF-NET EN VIOLATION DES
CLAUSES DE SON CAHIER DES CHARGES**

LE COMITE DE DIRECTION

Vu la loi n°2012-018 du 17 décembre 2012 sur les communications électroniques modifiée par la loi n°2013-003 du 19 février 2013 ;

Vu le décret n°2020-085/PR du 15 octobre 2020 portant nomination du directeur général de l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes (ARCEP) ;

Vu le décret n°2020-023/PR du 07 avril 2020 portant nomination des membres du Comité de Direction de l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et de Postes (ARCEP) et de son président.

Vu le décret n°2015-091/PR du 27 novembre 2015 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes (ARCEP) ;

Vu le décret n°2014-112/PR du 30 avril 2014 portant sur l'interconnexion et l'accès aux réseaux de communications électroniques modifié par le décret n°2018-144/PR du 03 octobre 2018 ;

Vu le décret n°2014-088/PR du 31 mars 2014 portant sur les régimes juridiques applicables aux activités de communications électroniques modifié par le décret n°2018-145/PR du 03 octobre 2018 ;

Vu l'arrêté n°005/MPEN/CAB du 12 juin 2018 portant extension à la 4G et renouvellement de la licence de l'opérateur Togo Cellulaire pour l'établissement et l'exploitation de réseaux de communications électroniques mobile ;

Vu l'arrêté n°2005-003/ART&P/CD du 20 décembre 2005 relatif aux procédures de conciliation, d'arbitrage et de sanction par l'Autorité de Réglementation des secteurs de Postes et de Télécommunications ;

Vu le cahier des charges de l'opérateur Togo Cellulaire du 18 novembre 2018 pour l'établissement et l'exploitation de réseaux de communications électroniques mobiles 2G, 3G et 4G ;

Vu la décision du directeur général de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes n°1457/ART&P/DG/DAJR/20 du 14 octobre 2020 portant ouverture de la procédure de sanction contre Togo Cellulaire ;

Vu la décision du directeur général de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes n°004/ARCEP/DG du 29 octobre 2020 désignant un rapporteur aux fins d'instruire le dossier ;

Vu les échanges entre les services de l'Autorité de régulation et Togo Cellulaire dans le cadre de l'instruction et les observations transmises par Togo Cellulaire ;

Attendu que dans le cadre de l'instruction, l'opérateur Togo Cellulaire a été mis dans de dispositions nécessaires pour faire valoir librement ses moyens de défense, ce, dans le respect du principe du contradictoire, comme le prouve :

- le courrier n°0062/ARCEP/DG/20 du 30 octobre 2020, transmettant à l'opérateur le dossier relatif à la procédure de sanction et l'y invitant à une séance pour faire valoir observations et moyens de défense ;
- le courrier n°968/TGC/DG/20 du 23 Octobre 2020 de Togo Cellulaire ;
- l'audition de l'opérateur par devant le rapporteur le mercredi 4 novembre 2020 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le rapport d'instruction du 6 novembre 2020 transmis au Comité de direction ;

Après en avoir délibéré en séance du 9 novembre 2020 ;

Par les motifs suivants,

I. Rappel des textes applicables

En vertu de l'article 65 de la loi n°2012-018, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes est notamment chargée « f) de préciser en tant que de besoin les dispositions prévues par la présente loi et de veiller à leur mise en œuvre ; [...] p) de veiller au respect des règles relatives aux licences et autorisations, agréments et cahiers des charges associés ; [...] r) d'adresser, en cas d'infractions à la présente loi, des mises en demeure à s'y conformer dans un délai déterminé ; s) de recueillir les informations et de procéder aux enquêtes nécessaires à l'exercice de ses attributions ; [...] w) de traiter de toutes les questions touchant à la protection des intérêts des consommateurs, [...] ; cc) de proposer des mesures visant à assurer une concurrence pérenne et effective ; [...] »

En application de l'article 31 de la loi n°2012-018, « Lorsqu'un opérateur ne satisfait pas aux obligations mises à sa charge, l'Autorité de régulation le met en demeure de remédier à la situation dans le délai qu'elle fixe. Si la mise en demeure reste sans suite, l'Autorité de régulation peut, de sa propre initiative ou sur demande du Ministre chargé du secteur des communications électroniques, en fonction de la gravité du manquement, prononcer à l'encontre de l'opérateur ou du fournisseur de service défaillant l'une et/ou l'autre des sanctions suivantes : [...] » Il est précisé que les décisions de l'autorité sont motivées, notifiées à l'intéressé et publiées au Journal officiel de la République togolaise.



Conformément au chapitre VI de l'arrêté n°2005-003/ART&P/CD précisant les règles de procédure relatives aux sanctions applicables aux opérateurs et aux dispositions des articles 18 à 23 de cet arrêté, une procédure de sanction peut être engagée à l'initiative du directeur général en cas de manquement constaté par un service de l'autorité. A cette fin, le directeur général désigne un rapporteur et communique les pièces du dossier à l'opérateur concerné, et en informe le comité de direction. Le rapporteur désigné procède à l'instruction du dossier et entend la personne mise en cause qui peut se faire assister de toute personne de son choix, ainsi que toute autre personne dont le témoignage pourrait s'avérer utile. Le rapport d'instruction est remis au Comité de direction de l'Autorité de régulation qui, en cas de manquement d'un opérateur aux dispositions légales et réglementaires applicables, met celui-ci en demeure de s'y conformer dans un délai qu'il détermine. La mise en demeure peut être rendue publique. S'il considère que l'opérateur ne s'est pas conformé à la mise en demeure, le rapporteur, sous la direction du directeur général, établit un nouveau rapport établissant les griefs à la charge de l'opérateur et s'ensuit une procédure formelle et contradictoire de sanction avec audience devant le Comité de direction.

Les articles 52 et 55 du cahier des charges de Togo Cellulaire rappellent les prérogatives de l'Autorité de régulation en matière de contrôle du respect de ses obligations par Togo Cellulaire et de sanction des manquements constatés. L'Autorité de régulation peut ainsi effectuer de sa propre initiative des contrôles périodiques ou inopinés du respect des obligations imposées aux opérateurs titulaires de licence.

II. Exposé des faits et du contexte

La société Togo Cellulaire SA s'est vu octroyer une licence pour l'établissement et l'exploitation de réseaux de communications électroniques mobiles en 1998, renouvelée à plusieurs reprises et en dernier lieu par l'arrêté n°0005/MPEN/CAB du 12 juin 2018, dont l'article 7 dispose que « Le non-respect par le Titulaire des obligations mises à sa charge par la réglementation en vigueur, ainsi que le cahier des charges annexé à la présente autorisation, expose le Titulaire aux sanctions prévues à l'article 31 de la loi sur les communications électroniques ainsi que les clauses de son cahier des charges ».

L'article 4 du cahier des charges Togo Cellulaire stipule que « *Le Titulaire est tenu de respecter les obligations du présent Cahier des Charges ainsi que les principes et dispositions législatives et réglementaires qui lui sont applicables.* » L'article 12 du cahier des charges impose à Togo Cellulaire « *d'interconnecter son réseau et ses services aux réseaux des autres opérateurs, dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires.* »

Outre les éléments figurant dans le cahier des charges des opérateurs titulaires de licence, le 2 de l'article 6 de la loi n°2012-018 ajoute que « *L'Autorité de régulation peut, le cas échéant, après avis du ministre, inclure d'autres conditions dans le cahier des charges attaché aux licences individuelles des opérateurs pour assurer une concurrence loyale, notamment pour prendre en compte la position de puissance sur un marché de certains opérateurs [...].* » Ainsi, nonobstant la liberté accordée à Togo Cellulaire dans la fixation du prix de ses services, de son système global de tarification et de sa politique commerciale par l'article 33.1 de son cahier des charges, l'article 23 du cahier des charges de Togo Cellulaire interdit expressément toute différenciation des tarifs pour les communications « on net » et « off net » : « *Le Titulaire n'est pas autorisé à appliquer des tarifs différents pour les appels ou SMS envoyés par ses Utilisateurs en fonction du destinataire de ces appels et/ou SMS, même si ceux-ci sont clients d'un autre opérateur mobile togolais, à l'exception des appels et SMS envoyés aux clients d'opérateurs étrangers.* »



L'Autorité de régulation a constaté depuis 2019, en suivant les catalogues des offres de l'opérateur Togo Cellulaire que ce dernier ne respecte pas l'interdiction de la différenciation des tarifs On-net et Off-net. L'Autorité de régulation a, par courrier n°913/ART&P/DG/DAJR/19 du 13 mai 2019, rappelé à l'opérateur son obligation à respecter les termes de son cahier des charges, et notamment l'interdiction de la différenciation tarifaire On-net et Off-net de l'article 23. Malgré ce rappel, les offres tarifaires de l'opérateur Togo Cellulaire comportent toujours la différenciation tarifaire On-net et Off-net ;

Le directeur général de l'autorité a décidé d'ouvrir une procédure en vue de la sanction éventuelle de Togo Cellulaire sur le fondement d'une violation de l'interdiction des différenciations tarifaires entre les communications on-net et off-net portée par l'article 23 du cahier des charges de Togo Cellulaire. Cette décision a été notifiée à Togo Cellulaire par courrier n°1458/ART&P/DG/DAJR/20 du 14 octobre 2020.

Un rapporteur a été désigné aux fins d'instruire le dossier par décision du directeur général n°006/ARCEP/DG du 29 octobre 2020.

Le rapport d'instruction a permis d'établir que l'offre commerciale Togo Cellulaire communiquée à l'Autorité de régulation en date du 15 juillet 2020 contenait des tarifs différenciés pour les communications à destination d'autres utilisateurs de Togo Cellulaire et à destination d'utilisateurs d'autres opérateurs et que ces tarifs étaient encore effectivement pratiqués par Togo Cellulaire et facturés à ses utilisateurs. En effet, et à titre d'exemple pour le profil Libertis Classic, les communications vocales à destination des utilisateurs de Togo Cellulaire étaient facturées, par tranches d'une minute d'appel, à 79 francs CFA, tandis que les communications vocales à destination des utilisateurs de Atlantique Telecom Togo étaient facturées à 110 francs CFA, soit une différence de plus de 35%.

Les pièces du dossier ont été communiquées à Togo Cellulaire qui a été invité à présenter ses observations à l'Autorité de régulation lors d'une séance de travail qui s'est tenue le 4 novembre 2020. Lors de cette séance de travail, Togo Cellulaire n'a pas contesté les manquements qui lui sont imputés et a déclaré reconnaître les faits et la violation de l'article 23 de son cahier des charges par la pratique continue de tarifs différenciés et a demandé un délai pour se mettre en conformité.

III. Mise en demeure

La violation des dispositions de l'article 23 de son cahier des charges par Togo Cellulaire lui procure un avantage concurrentiel déloyal et est susceptible de nuire gravement à une concurrence loyale et saine dans le secteur des communications électroniques.

En effet, la différenciation tarifaire des communications on-net et off-net est de nature à encourager les utilisateurs d'un opérateur à favoriser les communications vers les autres utilisateurs de ce même opérateur plutôt que vers les utilisateurs d'un autre opérateur, puisqu'elles sont moins chères. Ce faisant, cette différenciation tarifaire crée un « effet de réseau », en ce qu'elle encourage les utilisateurs et les communautés à être clients d'un même opérateur et à se regrouper pour bénéficier de ces tarifs réduits entre eux, ce qui diminue dès lors très fortement la possibilité pour un opérateur concurrent de leur offrir ses services du fait, d'une part, de l'augmentation importante du coût des communications entre membres de ce réseau qu'induirait un changement d'opérateur de certains d'entre eux seulement, et, d'autre part, de l'improbabilité de voir l'ensemble des individus membres du réseau de changer simultanément

d'opérateur, ce qui conduit à un verrouillage de la clientèle et du marché par les opérateurs qui pratiquent cette différenciation tarifaire. L'effet anticoncurrentiel de cette différenciation tarifaire et de ces effets de réseau est notoire et ces pratiques tarifaires sont largement combattues par les autorités de concurrence et de régulation afin de préserver la concurrence dans le secteur des communications électroniques.

Au vu des manquements constatés aux obligations ressortant de son cahier des charges par Togo Cellulaire, il y a lieu de mettre en demeure Togo Cellulaire de cesser ses pratiques de différenciation tarifaire et de pratiquer un tarif identique pour les communications vocales et SMS à destination de tout utilisateur de services de communications électroniques quel que soit son opérateur fournisseur, à l'exception des communications internationales.

IV. Publicité

Considérant qu'il résulte de l'article 31 de la loi n°2012-018 que les décisions de l'Autorité de régulation sont notifiées à l'intéressé et publiées au Journal officiel de la République togolaise, et de l'article 19 de l'arrêté n°2005-003/ART&P/CD du 20 décembre 2005 que les mises en demeure peuvent être rendues publiques, la présente décision de mise en demeure sera notifiée à Togo Cellulaire et publiée au Journal officiel, dans les organes de presse ainsi que sur le site Internet de l'Autorité de régulation.

V. Délai de mise en conformité

Considérant que conformément à l'article 31 de la loi n°2012-018, l'Autorité de régulation met en demeure l'opérateur en cause de remédier aux manquements constatés dans les délais qu'elle fixe,

Considérant la gravité des manquements constatés aux obligations ressortant de son cahier des charges par Togo Cellulaire et des risques graves encourus pour la concurrence dans le secteur de ce fait, qu'il y a lieu de mettre en demeure Togo Cellulaire de mettre un terme à ses pratiques de différenciation tarifaire le plus rapidement possible,

Compte tenu des démarches déjà entreprises par Togo Cellulaire pour déterminer les mesures à prendre pour se conformer à l'interdiction de différenciation tarifaire imposée par l'article 23 de son cahier des charges et l'impact de ces mesures,

Le Comité de direction considère qu'un délai de huit (8) jours constitue un délai approprié pour permettre à Togo Cellulaire de procéder aux actions requises pour se conformer à la mise en demeure, notamment de modifier sa grille tarifaire, de procéder aux modifications requises dans ses systèmes d'information, de modifier ses supports commerciaux et publicitaires et d'en informer ses utilisateurs.

DECIDE :

Article 1^{er} : La société Togo Cellulaire est mise en demeure de cesser toute pratique de différenciation tarifaire des communications vocales et SMS nationales en fonction des destinataires et de leur opérateur dans les huit (8) jours à compter de la notification de la présente décision.

Article 2 : A l'issue de ce délai, si la société Togo Cellulaire s'est conformée à la présente mise en demeure, il sera considéré que la présente procédure est close et un courrier lui sera adressé en ce sens.

A défaut, si la société Togo Cellulaire ne s'est pas conformée à la présente mise en demeure, le directeur général pourra initier une procédure formelle de sanction et demander au Comité de direction de prononcer l'une des sanctions prévues par l'article 31 de la loi n°2012-018.

Article 3 : Le directeur général de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes est chargé de l'exécution de la présente décision, qui sera publiée au Journal officiel de la République togolaise et sur le site Internet de l'Autorité régulation.

Fait à Lomé, le 09 NOV 2020

Ont siégé :

- M. TCHEYI Yaou Haringa
- Lieutenant-Colonel SOGOYOU Cossi
- Commissaire divisionnaire DEDJI Messan Awoh
- M. BROOHM Djahlin

Pour le Comité de Direction,

Le Président

Haringa Yaou TCHEYI



Ampliations

JORT..... 1
TOGO CELLULAIRE..... 1
ARCEP..... 3