

REPONSE D'UPC BROADBAND FRANCE A LA CONSULTATION PUBLIQUE DE
L'ARCEP SUR LE PROJET DE DECISION RELATIF AUX MARCHES DE LA
TERMINAISON D'APPELS GEOGRAPHIQUES SUR LES RESEAUX ALTERNATIFS
FIXES LANCEE EN JUILLET 2005

Paris, le 15 septembre 2005

UPC Broadband France remercie l'ARCEP de lui permettre encore une fois de contribuer à son analyse des marchés de terminaison d'appel sur les réseaux alternatif fixes .

Toutefois, comme déjà exposé dans ses contributions précédentes, UPC Broadband France conteste disposer d'une position lui permettant d'imposer des conditions tarifaires anticoncurrentielles à France Télécom dans le cadre de la fourniture de prestations d'interconnexion.

L'analyse des rapports d'interconnexion entre UPC Broadband France et France Télécom démontre au contraire la puissance d'achat dont bénéficie l'opérateur historique et la faculté dont il dispose d'imposer ses propres conditions.

UPC Broadband France invite donc l'Autorité à approfondir son analyse qui l'a conduite à considérer que chaque opérateur de boucle locale alternatif est puissant sur un marché pertinent défini comme celui des prestations de terminaison d'appels géographiques sur son propre réseau sans jamais avoir analysé concrètement la situation de chaque opérateur.

En effet, compte tenu de la taille des réseaux d'UPC Broadband France et de sa position sur le marché de détail, il est déraisonnable d'estimer qu'elle peut établir un niveau des charges de terminaison d'appels anticoncurrentielles, la faculté d'opérateurs alternatifs comme UPC Broadband France de contraindre France Télécom étant extrêmement faible.

En tout état de cause, UPC Broadband France souhaite que l'Autorité réévalue son analyse des contre-pouvoirs dont dispose France Télécom tant au regard :

- du comportement de France Télécom dans le cadre des négociations et de l'exécution des conventions d'interconnexion et d'accès et des procédures en ayant résulté, notamment vis-à-vis d'UPC Broadband France,
- de la faculté dont dispose France Télécom de saisir le Conseil de la concurrence, et
- de la position de France Télécom tant en matière d'achat des prestations de terminaison d'appels d'UPC Broadband France que sur le marché de détail.

De plus et à supposer même que l'on puisse considérer qu'UPC Broadband France soit un opérateur puissant sur le marché de la terminaison d'appel sur son propre réseau il serait manifestement disproportionné et contraire aux dispositions claires et précises de la directive accès d'imposer à UPC Broadband France la fixation d'un tarif non excessif interprété comme imposant comme c'est le cas aujourd'hui de fixer un tarif unique à tous les opérateurs alternatifs qu'ils déploient ou non des infrastructures de boucle locale alternatives, lequel est de surcroît calculé par référence aux coûts CMILTés de France Télécom.

Il faut, en effet rappeler que la directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (ci-après « directive accès ») indique que :

«les autorités réglementaires nationales peuvent intervenir de manière relativement limitée, par exemple en imposant une obligation concernant la fixation de prix raisonnables pour la sélection de l'opérateur, comme le prévoit la directive 97/33/CE, ou de manière beaucoup plus contraignante, en obligeant, par exemple, les opérateurs [puissants] à orienter les prix en fonction des coûts afin qu'ils soient entièrement justifiés lorsque la concurrence n'est pas suffisamment vive pour éviter la tarification excessive ».

Une telle mesure semble aujourd'hui disproportionnée à UPC Broadband France.

Chaque opérateur non puissant bénéficie en principe, en vertu de l'article L.410-2 du code de commerce, du droit de déterminer librement le prix de ses prestations d'interconnexion, notamment en matière de terminaison d'appels.

Par ailleurs, il est manifeste que les opérateurs de boucle locale alternatifs ne disposent pas d'une position concurrentielle suffisante pour imposer un tarif excessif à France Télécom qui, par ailleurs, dispose d'un contre-pouvoir suffisant pour résister aux éventuelles pratiques tarifaires anticoncurrentielles, le cas échéant sous le contrôle *ex post* de l'Autorité, du Conseil de la concurrence, voire du juge des contrats.

En tout état de cause, les instruments du droit général de la concurrence suffisent à protéger France Télécom, comme tout autre opérateur, de tout comportement anticoncurrentiel dans le cadre de la détermination des tarifs d'interconnexion des opérateurs alternatifs de boucle locale, notamment sur le fondement de l'abus de dépendance économique.

En effet, l'article L.420-2 alinéa 2 du code de commerce prohibe l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique dans lequel se trouve une entreprise cliente qui ne dispose pas de solution équivalente. Un tel abus est notamment caractérisé en cas de conditions de vente discriminatoires ou injustifiées, à l'instar par exemple d'un tarif excessif.

Sur ce fondement, France Télécom pourrait donc poursuivre un opérateur ayant fixé un tarif excessif, c'est-à-dire anticoncurrentiel, afin d'obtenir la modification de ce tarif avant même qu'il soit appliqué (compte tenu notamment des stipulations de la convention d'interconnexion liant les opérateurs alternatifs à France Télécom et de l'existence de procédures d'urgence du type du référé ou/et des mesures conservatoires).

Dès lors, imposer *ex ante* aux opérateurs alternatifs la fixation d'un tarif de terminaison d'appels non excessif paraît aujourd'hui disproportionné au regard des objectifs poursuivis et n'ajoute pas au droit général de la concurrence et n'est donc pas justifié.

A supposer néanmoins que l'Autorité maintienne son analyse, UPC Broadband France tient à rappeler qu'il appartiendra à celui qui entend se prévaloir d'une telle excessivité (à l'instar de France Télécom) d'en faire la preuve au regard de l'effet anticoncurrentiel allégué¹, c'est-à-dire opérateur par opérateur, et qu'il conviendra, dans ce cadre et compte tenu des éléments qui pourraient être apportés par chacune des parties, et notamment des éléments de coût produits par les opérateurs nouveaux entrants, de définir un tarif assurant la couverture des coûts, une rémunération du capital et une marge raisonnable.

Cela suppose que les opérateurs déterminent leurs tarifs sans référence au tarif d'interconnexion de l'opérateur historique orienté vers ses propres coûts « CMILTés » au surplus.

A ce titre, une obligation de non excessivité ne saurait aboutir à la reconduction du principe de réciprocité tarifaire retardée tel qu'il résulte des décisions de règlement de différend de l'Autorité rendues le 21 décembre 2003 dans la mesure où la dégressivité mécanique du tarif de terminaison d'appels à laquelle ces décisions aboutissent n'est pas du tout justifiée au regard du principe de non excessivité et ne s'applique *de facto* que dans les cas où une obligation d'orientation vers les coûts a été mise à la charge d'opérateurs déterminés, notamment dans le cas des terminaisons d'appels mobiles ou de celles de France Télécom par exemple.

¹ Hors le cas de l'Autorité qui peut demander à un opérateur de justifier de son tarif en application de l'article D.99-10 alinéa 2 du code des postes et communications électroniques.

Il n'est pas inutile de rappeler à ce titre que le tarif de terminaison de France Télécom a été divisé environ par deux entre 1998 et 2003, compte tenu de son obligation d'orientation vers les coûts, pour passer en simple transit d'environ 1,95 centimes par minute en 1998 à 1 centime par minute en 2003.

Au-delà, il est totalement injustifié d'imposer aux opérateurs alternatifs un tarif unique et purement exogène déterminé par référence aux coûts de l'opérateur historique sans qu'aucune méthode permettant de prendre en compte la situation particulière de chaque opérateur (propriétaire d'une boucle locale, dégroupé), l'architecture de son réseau, ses coûts, son marché cible (résidentiel ou professionnel) n'ait même été envisagée par l'Autorité, alors pourtant qu'il en résulte manifestement une différence de coûts entre chaque opérateur et justifie donc un tarif différent et spécifique à chaque opérateur.

Ce principe de réciprocité tarifaire retardée adopté par l'Autorité dans le but de garantir que les tarifs de terminaison d'appels n'ont pas d'effet anticoncurrentiel constitue une mesure qui met en péril la possibilité (aujourd'hui lointaine) du déploiement d'infrastructures de boucle locale concurrentes de France Télécom sur l'ensemble du territoire métropolitain, et donc l'objectif de favoriser la concurrence par les infrastructures alternatives qui est affiché tant par la directive Cadre que par la directive Concurrence du Paquet Télécoms.

Ainsi, les directives indiquent notamment que *« le fait que les autorités réglementaires nationales imposent un octroi de l'accès aux infrastructures qui se traduit par une intensification de la concurrence à court terme ne devrait pas compromettre l'efficacité des mesures qui incitent les concurrents à investir dans des ressources de substitution, garantes d'une concurrence accrue à long terme »*².

Au contraire de l'objectif précité des directives, elle fragilise la concurrence par les infrastructures et ne tient pas compte du fait que les réseaux interconnectés ne sont pas comparables en termes d'architecture de réseau ou de volumes échangés.

Ce faisant, la méthode pénalise l'investissement, puisque plus le réseau est capillaire (c'est-à-dire plus son coût de déploiement et d'exploitation est important pour l'opérateur alternatif), plus sa rémunération décroît, et ce alors même que l'amortissement de l'infrastructure n'a pas encore été amorcé.

Or dans une phase de déploiement de réseaux et de conquête de clientèle, la terminaison d'appels participe à la rentabilisation des investissements effectués et à la viabilité du projet économique des opérateurs.

En les privant d'une rémunération légitime, elle bride leur capacité d'investissement et, par voie de conséquence, freine le développement d'une offre plurielle et innovante au bénéfice du consommateur.

A cet égard d'ailleurs le Conseil de la concurrence partage entièrement l'analyse d'UPC Broadband France car dans son avis sur le document modifié après la consultation par l'ARCEP il relève qu' *« il apparaît fondamental au Conseil de la concurrence qu'une réelle concurrence sur les infrastructures de réseaux et notamment de boucle locale puisse se développer afin d'assurer une concurrence effective sur l'ensemble des marchés de services de communication électronique. A cet égard, le faible niveau de déploiement atteint par les boucles locales concurrentes de celle de France Télécom conduit à s'interroger sur le modèle économique des opérateurs alternatifs, auquel participe le niveau de terminaison d'appel*

² Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées.

qu'ils sont en mesure de facturer », condamnant ainsi implicitement mais nécessairement le principe de réciprocité tarifaire retardée.

Le niveau tarifaire de la terminaison d'appels constitue donc un enjeu significatif pour maintenir et pérenniser une concurrence dynamique sur l'accès et notamment en raison du caractère incitatif ou désincitatif qu'il peut avoir sur la décision de déployer ou non une boucle locale alternative.

Or, l'ARCEP ne précise nulle part dans son projet de décision, nonobstant les réactions unanimes sur ce point des nouveaux entrants, quelles seraient les conséquences de l'imposition d'un principe de non excessivité tarifaire qu'elle envisage d'adopter au regard de l'interprétation ayant conduit à l'adoption du principe de réciprocité tarifaire retardée se contentant d'indiquer que :

« L'Autorité souhaite, comme elle l'a exprimé à plusieurs reprises à l'occasion des règlements de différend sur ce sujet, que les opérateurs cherchent autant que possible à parvenir à des solutions négociées et équilibrées correspondant aux particularités éventuelles de leurs situations respectives.

L'Autorité s'efforcera toutefois de conduire des travaux de consultation spécifiques visant à préciser les principes selon lesquels elle serait conduite à évaluer le caractère excessif ou non des tarifs de terminaison d'appels proposés par un OBL alternatif ».

Cette position est très insuffisante.

Il appartient en effet à tout le moins à l'Autorité de déterminer les grands principes d'interprétation de cette obligation de non excessivité tarifaire, au regard notamment de sa jurisprudence précédente, qui ne peuvent en aucun cas résider dans la reconduction du principe de réciprocité tarifaire retardée et doit aboutir à une renégociation de la convention d'interconnexion signée entre France Télécom et UPC Broadband France suite à la décision du 21 décembre 2003 précitée.

En effet, toute mesure aboutissant de jure à la reconduction du principe de réciprocité tarifaire retardée constitue en soi, pour un opérateur qui comme UPC Broadband France est le seul opérateur à déployer une boucle locale résidentielle en France, une mesure disproportionnée et contraire aux termes parfaitement clairs de la directive accès en supprimant tout intérêt dans l'investissement à long terme dans les infrastructures alternatives.