

Réponses de FREE SAS à la consultation publique complémentaire relative aux projets de décisions dans le cadre de l'analyse des marchés pertinents de la téléphonie fixe initiée par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes

Juillet 2005

1 INTRODUCTION : UNE ANALYSE DE MARCHES QUI TOUCHE A SON TERME, AU TERME DE PRES DE 24 MOIS DE TRAVAIL DE LA PART DE L'AUTORITE

Le document soumis à consultation vient parachever un travail initié en juin 2003 et témoigne incontestablement de l'intensité du travail d'analyse mené par les services de l'Autorité. C'est un exercice obligé, de nature théorique, mais qui devrait néanmoins prendre en compte de manière pragmatique les conséquences industrielles et opérationnelles des choix opérés.

En particulier, l'Autorité doit évaluer la capacité des exploitants à satisfaire certaines obligations envisagées.

En l'espace de deux années, l'industrie des communications électroniques a connu d'immenses bouleversements, notamment par la convergence entre les mondes IP et TDM qui entraîne l'introduction de nouvelles technologies en matière de transmission et de commutation qui vont progressivement se substituer aux technologies existantes.

A la lumière des évolutions en cours, Free n'est pas certaine que les projets de décisions dont l'Autorité sollicite l'avis des tiers intéressés prennent toute la mesure des mutations à venir, notamment la convergence « fixe mobile » et de la réalité industrielle.

Les projets de décision, s'ils n'étaient pas amendés, présentent, aux yeux de Free, de très graves menaces pour l'exercice d'une concurrence loyale et durable au bénéfice du consommateur sur le marché de la téléphonie fixe.

C'est pourquoi Free salue la volonté de transparence et de concertation affichée par l'Autorité qui soumet à consultation publique ses projets de décisions qui appellent les observations suivantes de la part de Free. En particulier, Free formule le souhait de mieux voir prises en compte les observations des tiers intéressés par l'Autorité en vue d'amender les projets de décisions dans un sens plus conforme aux attentes légitimes des différents acteurs en corrigeant les erreurs d'analyse et d'appréciation que de nombreux opérateurs ont pu déceler à la lecture de ces projets de décision.

SOMMAIRE

1	Introduction : une analyse de marchés qui touche à son terme, au terme de près de 24 mois de travail de la part de l'Autorité	1
2	Remarques préliminaires sur les deux projets de décisions soumis à consultation.....	3
3	Sur le projet de décision imposant aux opérateurs de boucle locale fixe de nouvelles obligations exorbitantes et disproportionnées au regard des objectifs poursuivis	4
3.1	un projet de décision dont France Télécom se rejouit en tant qu'il impose des obligations nouvelles aux opérateurs fixes, obligations se traduisant pour France Telecom par des bénéfices immédiats.....	4
3.2	Définition du marché et comparaison avec le marché de la terminaison d'appels sur les réseaux d'autres opérateurs	4
3.2.1	Sur la puissance des opérateurs nouveaux entrants	4
3.2.2	Une définition trop chirurgicale qui se traduira par des inefficacités économiques, préjudiciables aux consommateurs finals	5
3.2.3	Une définition discriminatoire par rapport à la définition retenue de la terminaison d'appels sur les réseaux mobiles	6
3.2.4	Proposition de rédaction de l'article 1	6
3.3	Sur les obligations d'accès et d'interconnexion	7
3.3.1	Des obligations nouvelles et disproportionnées	7
3.3.2	Une régulation discriminatoire imposant aux opérateurs tiers de réseaux fixes des obligations qui ne pèsent curieusement pas sur les opérateurs mobiles.....	8
3.3.3	Des obligations d'interconnexion et d'accès à alléger et à aligner sur celles dont bénéficient les opérateurs mobiles	9
3.3.4	Proposition de rédaction de l'article 6 dans le sens d'une économie de mots	10
4	Sur le projet de décision en tant qu'il lève certaines obligations pesant sur France Telecom sur les marchés de gros	10
4.1	Une description légèrement erronée du réseau de transit de France Télécom.....	10
4.2	La fin de l'orientation vers les coûts du transit inter-opérateur	10
4.3	La fin de l'orientation vers les coûts du transit entre commutateurs d'abonnés du réseau de France Télécom et les commutateurs de hiérarchie immédiatement supérieure.....	11
4.4	Propositions de rédaction	11
4.4.1	Proposition de rédaction de l'article 5	11
4.4.2	Proposition de rédaction de l'article 23	11
5	Sur le projet de décisions en tant qu'il ignore une obligation à faire peser sur France Telecom sur un marché de détail : la « Voix sur Large bande » (VLB).....	12
5.1	Une analyse légèrement biaisée.....	13
5.2	Les risques pour le consommateur	13
5.3	Les risques pour la concurrence	13
6	Conclusions	14

2 REMARQUES PRELIMINAIRES SUR LES DEUX PROJETS DE DECISIONS SOUMIS A CONSULTATION

Free a pris connaissance avec intérêt du contenu des projets de décisions dont l'objet consiste d'une part à alléger les obligations actuelles pesant sur France Télécom et, d'autre part, à faire peser de nouvelles obligations sur les nouveaux opérateurs de boucle locale fixe, dont l'activité reste très fragile compte tenu de l'influence encore modeste de ces opérateurs au regard de celle de l'opérateur historique.

C'est pourquoi ces deux projets appellent certaines critiques de la part de Free, étonnée de l'utilisation par l'Autorité de méthodes qui lui semblent non conformes au droit communautaire et de l'ignorance de certains avis que les tiers intéressés et le Conseil de la concurrence lui ont pourtant fait parvenir dans le cadre de la consultation initiale qui a débouché sur les projets de décision soumis à commentaires.

En dépit d'un réel travail d'analyse menée par les services de l'Autorité, Free ne peut que regretter un manque de rigueur de certaines analyses, certaines erreurs d'appréciation et approximations ainsi que la faible motivation de certaines mesures envisagées qui rendent les projets de décisions fragiles et source de contentieux rampants.

Free déplore en effet qu'au travers de ces projets de décisions l'Autorité semble imposer aveuglément et sans discernement aux opérateurs de boucle locale tiers des obligations manifestement disproportionnées au regard des objectifs poursuivis.

Aucune motivation incontestable ne vient à l'appui de la plupart des obligations appliquées. En outre, Free n'est pas persuadée que l'Autorité ait recherché avec audace les mesures les plus neutres.

C'est ainsi qu'un projet de décision semble reprendre *in extenso* toutes les obligations – pourtant facultatives – énoncées dans le décret « opérateurs puissants. ».

En effet, au terme du projet de décision, pèseront sur les opérateurs de boucle locale tiers plus d'obligations qu'il n'en pèse sur les opérateurs GSM dont l'influence est autrement plus significative que les opérateurs de boucle locale tiers.

Dans ces conditions, on peut légitimement se demander où est le respect du principe d'impartialité pourtant décliné avec force dans les textes communautaires, notamment la Directive Cadre ?

L'esprit des textes communautaires ne consiste pas à imposer des obligations pour le plaisir d'en imposer, principe que l'Autorité semble méconnaître en choisissant de déclinier toute la palette des mesures optionnelles prévues par les textes sans mesurer avec rigueur l'impact sur les entreprises visées et *in fine* sur le consommateur.

Free constate en effet que certaines obligations imposées aux opérateurs tiers n'ont pas fait l'objet de la consultation qui s'est déroulée durant l'été 2004 : il est pour le moins inquiétant, sinon étonnant, de découvrir peu avant la notification à la Commission l'imposition d'une panoplie complète d'obligations que Free, en ce qui la concerne, ne sera pas en mesure de remplir pleinement pour diverses raisons, notamment techniques.

Dès lors, où est le respect du principe de transparence décliné également à multiples reprises dans les textes nationaux et communautaires ?

L'ARCEP a également choisi d'écarter, oui tout du moins de ne pas en tenir compte, les avis que les tiers intéressés lui ont fait parvenir, ce qui n'est pas pleinement conforme aux textes communautaires et nationaux.

En résumé, Free considère que l'Autorité ne doit pas transmettre en l'état à la Commission européenne le projet de décision imposant aux opérateurs de boucle locale tiers des obligations nouvelles sans en modifier radicalement le contenu eu égard à certaines erreurs manifestes d'appréciation, une analyse parfois approximative et, à certains égards, de la méconnaissance de la réalité industrielle de l'exercice d'une activité d'opérateur nouvel entrant de réseaux fixes.

De même, le projet de décision levant tout contrôle strict sur certains tarifs de gros de certaines prestations fournies par France Télécom ne doit pas être transmis à la Commission européenne sans modification substantielle. Ce projet est en effet profondément néfaste pour l'industrie des communications électroniques en tant qu'il supprime brutalement, sans une phase de transition nécessaire que l'Autorité a pourtant pris soin d'appliquer dans le domaine de la terminaison d'appels sur les réseaux mobiles, l'orientation vers les coûts des prestations d'écoulement en simple transit ainsi que toutes les prestations associées (BPN, colocalisation, majoration services spéciaux, majoration publiphonie, tarifs des peines et soins de la facturation pour compte de tiers, etc.).

Le projet de décision en tant qu'il ne fait peser, contre toute évidence, l'avis des tiers intéressés et du Conseil de la concurrence, aucune obligation sur France Télécom concernant l'écoulement des communications émises en mode « Voix sur IP » est profondément néfaste et se doit d'être modifié, l'Autorité ayant de manière artificielle retiré ce type de communications téléphoniques de celles faisant l'objet d'un contrôle tarifaire sur le marché de détail

Free considère que l'Autorité ne doit pas transmettre en l'état à la Commission européenne le projet de décision levant brutalement certaines obligations pesant sur France Télécom sans en modifier substantiellement et en profondeur le contenu eu égard aux erreurs manifestes d'appréciation, du manque de rigueur de l'analyse et, à certains égards, de la méconnaissance profonde de la réalité industrielle de l'exercice d'une activité d'opérateur nouvel entrant de réseaux fixes.

3 SUR LE PROJET DE DECISION IMPOSANT AUX OPERATEURS DE BOUCLE LOCALE FIXE DE NOUVELLES OBLIGATIONS EXHORBITANTES ET DISPROPORTIONNEES AU REGARD DES OBJECTIFS POURSUIVIS

3.1 UN PROJET DE DECISION DONT FRANCE TELECOM SE REJOINT EN TANT QU'IL IMPOSE DES OBLIGATIONS NOUVELLES AUX OPERATEURS FIXES, OBLIGATIONS SE TRADUISANT POUR FRANCE TELECOM PAR DES BENEFICES IMMEDIATS

Compte tenu de sa position sur le marché et de son pouvoir de négociation, la société France Télécom sera le principal client des prestations de terminaison d'appels sur les réseaux des opérateurs tiers et, à ce titre, doit se réjouir de toutes les nouvelles obligations que l'Autorité envisage d'imposer sans discernement aux opérateurs fixes, principaux concurrents de France Télécom sur le marché des communications interpersonnelles qui induiront en effet des charges excessives au détriment du développement du marché.

3.2 DEFINITION DU MARCHE ET COMPARAISON AVEC LE MARCHE DE LA TERMINAISON D'APPELS SUR LES RESEAUX D'AUTRES OPERATEURS

3.2.1 Sur la puissance des opérateurs nouveaux entrants

Free ne partage pas entièrement l'avis de l'Autorité sur la puissance des opérateurs nouveaux entrants sur leurs micro-marchés.

En particulier, L'ARCEP ne semble pas utiliser tous les critères retenus par la Commission européenne pour évaluer la puissance.

Dans sa réponse à la consultation de février 2005, Free avait notamment démontré qu'aucun opérateur de boucle locale nouvel entrant ne contrôlait une infrastructure difficile à dupliquer dès lors que France Télécom, étant ubiquitaire, avait toujours la possibilité de fournir très rapidement le service. Dans ces conditions, il est raisonnable d'estimer que les opérateurs nouveaux entrants ne contrôlent pas une infrastructure difficile à dupliquer.

Free s'interroge par conséquent si le droit commun de la concurrence ne serait pas suffisant pour adresser d'éventuels problèmes survenant sur le marché de la terminaison d'appels vers les OBL fixes, ce qui permettrait de faire l'économie du présent cycle d'analyse de marché.

3.2.2 Une définition trop chirurgicale qui se traduira par des inefficacités économiques, préjudiciables aux consommateurs finals

Au terme de son analyse, l'Autorité définit le marché de la terminaison d'appels sur les réseaux fixes comme *la prestation nécessaire à l'acheminement d'un appel bande étroite depuis le dernier élément de commutation ou de routage traversé jusqu'au point de terminaison du réseau chez l'utilisateur final* (cf article 1 du projet de décision).

Free constate que l'Autorité a choisi de définir avec une précision chirurgicale le périmètre de la prestation sans mesurer avec rigueur les enjeux d'une telle définition.

En effet, aux termes de l'article 1, Free devrait par conséquent donner accès à ses DSLAM, voire même à ses Freebox qui sont des équipements d'extrémité placés chez ses abonnés et qui font partie intégrante de son réseau en comportant des fonctionnalités de routage, à tous les opérateurs qui en feraient la demande, notamment France Télécom, dès lors que *le dernier élément de routage* traversé dans le réseau de Free est l'Unité de Raccordement d'Abonnés (DSLAM). Cette obligation est disproportionnée, non motivée et non nécessaire à la réussite de l'objectif recherché. Cette obligation fait peser sur Free une inefficacité économique dès lors que Free serait amenée à investir significativement et massivement pour offrir des interfaces d'accès sur *tous les derniers éléments de commutation et de routage traversés*. Dans la mesure où cette inefficacité se traduirait sur les tarifs des prestations fournies, elle se reporterait sur la structure de coûts des opérateurs demandeurs et *in fine* sur le consommateur final. L'objectif recherché par le législateur serait donc manifestement bafoué au terme de la mise en œuvre des obligations que l'Autorité souhaite imposer aux opérateurs de boucle locale tiers.

De même, les commutateurs téléphoniques traditionnels des opérateurs de boucle locale tiers, configurés pour leurs propres besoins, n'ont pas une capacité suffisante en terme de ressources sémaphores, d'accès réseaux ou de collecte de flux de taxation pour permettre un accès à tous les demandeurs. Pour toutes ces raisons, Free estime fortement que l'Autorité se doit de NE PAS IMPOSER une obligation d'accès *au dernier élément de commutation*¹.

La Commission européenne admet en effet le principe, dans sa recommandation, de laisser aux autorités nationales de régulation une marge d'appréciation pour désigner les composantes respectives de départ, transit et terminaison, ces composantes se cumulent et ne se chevauchent pas. Dès lors, une définition moins précise de la prestation de terminaison d'appels sur réseaux de boucle locale d'opérateurs tiers est pleinement conforme à l'esprit et à la lettre de la recommandation de la Commission.

¹ L'ARCEP s' imagine que les opérateurs de boucle locale tiers exploitent des réseaux dans les mêmes conditions qu'un opérateur historique : organisation du réseau de commutation en plusieurs couches, commutateurs extensibles à l'infini, bâtiments généreusement dimensionnés, pylônes gaines ou fourreaux en abondance, etc. Cette vision de l'Autorité est théorique et la réalité est infiniment plus nuancée, les opérateurs tiers, n'ayant pas hérité d'actifs déployés par l'Administration en charge des télécommunications

Par conséquent, l'Autorité se doit de modifier l'article 1 de son projet de décision dans le sens d'une plus grande neutralité, conformément au pouvoir d'appréciation qui lui est laissée par les textes communautaires qui ne l'obligent nullement à définir avec une précision excessive le périmètre de la prestation fournie par les opérateurs nouveaux entrants.

L'ARCEP doit également envisager une définition qui ne préjuge pas de la capacité que les opérateurs alternatifs, dont les réseaux ne sont pas nécessairement organisés comme ceux de France Télécom, à faire face aux obligations sans engager de coûteux et longs travaux d'adaptation qui in fine entraveraient le développement du marché.

3.2.3 Une définition discriminatoire par rapport à la définition retenue de la terminaison d'appels sur les réseaux mobiles

Aux termes de la décision n°04-936 de l'Autorité en date du 9 décembre 2004, le marché de gros de la terminaison d'appels sur les différents réseaux mobiles en métropole était défini de manière beaucoup plus laconique : « *Est déclaré pertinent le marché de la terminaison d'appels vocal* ».

Free constate que l'Autorité retient une définition beaucoup plus large pour définir la prestation fournie par les opérateurs mobiles. Or, concernant le service fourni au consommateur, rien ne permet de distinguer une prestation d'une terminaison d'appels téléphoniques sur réseaux mobiles d'une terminaison d'appels sur réseaux fixes puisqu'il s'agit dans ces deux cas d'écouler principalement des communications interpersonnelles vocales. Curieusement, l'Autorité ne motive jamais les raisons d'établissement d'une régulation *sur mesure*, à géométrie variable en fonction des opérateurs visés.

Cette méthode ne semble pas conforme aux textes auxquels doit impérativement se conformer l'Autorité.

Au nom de ce principe fondamental, Free demande à l'Autorité d'aligner la définition de la terminaison d'appels sur réseaux fixes tiers de celle retenue pour définir le marché de la terminaison d'appels sur réseaux mobiles.

Free souhaite ainsi que l'article 1 soit modifié en ce sens et qu'il écarte dès lors toute définition inutilement technique et précise de la prestation fournie par les opérateurs tiers.

3.2.4 Proposition de rédaction de l'article 1

Pour toutes les raisons évoquées, Free suggère que l'Autorité retienne la rédaction suivante :

« Article 1 : Dans le cadre de l'analyse des marchés de la terminaison d'appels géographiques sur les réseaux alternatifs tiers, on entend par prestation de terminaison d'appels une prestation nécessaire à l'acheminement d'un appel en bande de base depuis l'élément de commutation ou de routage pertinent jusqu'au point de terminaison du réseau chez l'utilisateur final. »

3.3 SUR LES OBLIGATIONS D'ACCES ET D'INTERCONEXION

3.3.1 Des obligations nouvelles et disproportionnées

Au terme de son analyse, l'Autorité envisage d'imposer une palette d'obligations nouvelles dont certaines sont exorbitantes, d'autres disproportionnées. Ces obligations sont au demeurant faiblement motivées. Free souhaite par conséquent que l'Autorité modifie son projet de décision dans le sens de la plus grande neutralité et proportionnalité aux problématiques réellement rencontrées. Une analyse de marchés n'est pas qu'un exercice purement théorique, l'Autorité sectorielle se doit également de vérifier concrètement si le projet de mesures théoriquement prévues peut être mis en œuvre.

Obligation de négocier de *bonne foi* avec les opérateurs :

Les mots « *de bonne foi* » ne sont pas motivés et ne sont que reprise simple d'une disposition réglementaire d'ordre public puisque la négociation de bonne foi est un pilier du droit général des obligations, que l'Autorité n'a pas cru utile d'imposer à d'autres opérateurs. A la connaissance de Free, l'Autorité n'a jamais été saisie de cas où des opérateurs tiers auraient négocié « *de mauvaise foi* ».

Obligation de fournir une prestation de colocalisation, de formes de partages de moyens, gaines et pylônes :

Cette obligation appliquée à des opérateurs tiers nouveaux entrants est manifestement exorbitante et disproportionnée. Ce principe de « *partage de bâtiments, gaines et pylônes* », indistinctement et aveuglément appliqué à tous les exploitants visés en annexe du projet de décision, n'a jamais fait l'objet d'une consultation préalable et Free découvre, lorsque « les jeux sont faits », l'ampleur de ce que l'Autorité envisage de faire peser sur les opérateurs tiers. Cette méthode manque de transparence.

L'ARCEP a-t-elle été saisie de difficultés que rencontreraient certains opérateurs pour construire des interconnexions ? Ces difficultés, si elles étaient avérées, auraient-elles eu sur le marché de détail des conséquences dommageables pour les consommateurs finals ? Ces questions capitales ne sont hélas pas adressées par l'Autorité à l'appui de son projet d'envisager un mode particulier d'accès aux réseaux des opérateurs nouveaux entrants. Or, les textes ordonnent pourtant aux autorités nationales de motiver toute obligation imposer et de rechercher la plus stricte proportionnalité des obligations imposées au regard des objectifs recherchés.

En ce qui concerne Free, elle ne saurait être remplie, Free n'étant en effet pas propriétaire des sites fonctionnels dans lesquels ses équipements sont exploités. Au demeurant, les sites dans lesquels Free exploite des équipements disposant d'une surface et de ressources techniques très limitée², puisque calibrée pour ses propres besoins dans la mesure où Free n'intervient nullement sur le marché de gros, il ne sera pas possible à Free de répondre aux obligations qu'envisage de lui imposer l'Autorité, même sous la contrainte de sanctions ordonnées en application de l'article L.36-11 du code des postes et communications électroniques.

Sur un plan plus général, l'obligation d'une colocalisation témoigne d'une appréciation imparfaite des principes d'efficacité dès lors que l'objectif d'assurer une interconnexion peut être assuré par

² Free tient à rappeler à l'Autorité que les opérateurs de boucle locale alternatif ne sont pas des opérateurs ayant hérité d'une situation au cours de laquelle les réseaux étaient déployés et exploités sous monopole par l'Administration. Dès lors, aucun opérateurs de boucle locale fixe ne dispose de sites inscrits à l'inventaire des monuments historiques (comme certains centraux de France Télécom) ou dont les surfaces ont été dimensionnés pour permettre l'exploitation de commutateurs électromécaniques de type PENTA ou ROTARY. Envisager d'appliquer aux opérateurs nouveaux entrants la même obligation de partage de bâtiments ou de gaines qu'un opérateur historique témoigne d'une méconnaissance profonde de l'histoire de l'industrie des communications électroniques

une interconnexion de type « *in span*³ ». En effet, une interconnexion de type « *in span* » constitue assurément le mode d'interconnexion le plus efficace au possible dans un contexte de pluralité d'opérateurs en ne consommant aucune ressource technique bâtiment (espace au sol, alimentation en énergie, répartiteurs, contrôle d'accès des bâtiments, etc...).

Pour les raisons évoquées, Free estime que l'Autorité se doit de modifier profondément son projet de décision dans le sens de ne pas présumer de ce que les opérateurs nouveaux entrants seront capables de proposer sans charges excessives aux demandeurs de prestations de terminaison, au premier rang desquels France Télécom et les opérateurs mobiles.

3.3.2 Une régulation discriminatoire imposant aux opérateurs tiers de réseaux fixes des obligations qui ne pèsent curieusement pas sur les opérateurs mobiles

Le tableau ci-dessous expose les conditions discriminatoires dont bénéficieraient les opérateurs GSM si l'Autorité ne devait pas modifier le projet de décision au terme duquel elle envisage d'imposer aux opérateurs tiers fixes :

Obligation	Opérateurs GSM (voir décisions n°04-937, n°04-938 et n°04-939)	Opérateurs tiers fixes
Demande raisonnable de prestations d'interconnexion et d'accès	OUI (Cf article 2)	NON
Demande raisonnable d'accès à des éléments de réseau ou à des moyens qui y sont associés	NON	OUI (cf article 6)
Négociation de bonne foi	NON	OUI (cf article 6)
Accès ouvert aux interfaces techniques	NON	OUI (cf article 6)
Prestation de colocalisation	NON	OUI (cf article 6)
Prestation de partage de gaines	NON	OUI (cf article 6)
Prestations de partages de bâtiments	NON	OUI (cf article 6)
Prestations de partages de pylones	NON	OUI (cf article 6)
Accès aux moyens de réseaux intelligents	NON	OUI (cf article 6)
Garantie de qualité de service sur <u>chaque</u> prestation	NON	OUI (cf article 6)
Pénalités incitatives visant à garantir la qualité de <u>chacune</u> des prestations fournies	NON	OUI (cf article 6)

De toute évidence, il existerait une anomalie flagrante et injustifiée si les seuls opérateurs sur lesquels devraient peser « *des obligations d'accès à des éléments de réseau ou des moyens associés », un « *accès ouvert aux interfaces, protocoles et ressources de réseaux intelligents* », un partage de « *bâtiments, gaines, pylônes* », des engagements très forts de « *qualité de service avec**

³ Pour la bonne information de l'Autorité, une interconnexion de type « *in span* » consiste pour un opérateur demandeur à amener son support optique à proximité de l'équipement de l'exploitant fournissant la prestation.

un mécanisme incitatif visant à garantir le respect des engagements » devaient être des opérateurs de boucle locale tiers de réseaux fixes..

Au nom de quel principe les opérateurs mobiles seraient-ils exonérés de toute obligation visant à offrir un engagement de qualité de service ?

Au nom de quel principe les opérateurs tiers de réseaux fixes doivent-ils s'engager sur chaque prestation et proposer à leurs clients un *mécanisme incitatif* (que l'industrie traduit par pénalités) ?

Quelles sont les raisons qui motivent cette obligation spécifiquement appliquée aux opérateurs tiers fixes ?

L'ARCEP a-t'elle été saisie d'une mauvaise qualité des prestations de terminaisons d'appels fournies par les opérateurs tiers ?

La qualité des prestations fournies par les opérateurs tiers fixes par rapport à celle des opérateurs mobiles justifie-t'elle que l'Autorité impose indistinctement et sans discernement à plus d'une trentaine d'opérateurs cette obligation exorbitante ?

Y-a-t'il eu exercice faussé d'une concurrence loyale de part le comportement des opérateurs nouveaux entrants ?

Pour ce qui la concerne, Free sera incapable de s'engager sur chacune des prestations qu'elle fournira aux demandeurs à assurer une qualité déterminée. En ce qui la concerne, Free n'envisage pas de supporter le mécanisme incitatif évoqué par l'Autorité. En effet, une telle obligation se traduirait chez Free par (i) la mise en place de procédures lourdes (ii) le développement de systèmes d'information spécifiques et dédiés à la mesure de qualité de service (iii) la gestion d'une cellule dédié au contentieux latent et rampant que constitue cette obligation. Qui payera les coûts associés, si ce n'est le consommateur, à une telle obligation qui ne se justifie pas au regard de la qualité de service actuellement proposée par les opérateurs ?

Au nom de quel principe les opérateurs mobiles seraient-ils exonérés de toute obligation visant à offrir des prestations de colocalisation ?

Au nom de quel principe les opérateurs mobiles seraient-ils exonérés de toute obligation visant à partager les gaines, bâtiments et pylônes ?

Au nom de quel principe les opérateurs tiers de réseaux fixes doivent-ils s'engager à transformer leurs petits sites techniques en plateformes de colocalisation ? Quelles sont les raisons qui motivent cette obligation spécifiquement appliquée aux opérateurs tiers fixes ? Pour ce qui la concerne, Free craint ne pas être en mesure de remplir cette obligation.

La régulation se devant d'être non discriminatoire, l'Autorité ne peut que modifier le projet de décision dans le sens de supprimer les obligations exorbitantes, disproportionnées, non motivés et discriminatoires qu'elle entend imposer aux opérateurs fixes.

3.3.3 Des obligations d'interconnexion et d'accès à alléger et à aligner sur celles dont bénéficient les opérateurs mobiles

3.3.4 Proposition de rédaction de l'article 6 dans le sens d'une économie de mots

Pour toutes les raisons évoquées, Free suggère que l'Autorité retienne la rédaction suivante :

« Article 6 : Chaque opérateur listé en annexe de la présente décision est tenu de faire droit aux demandes raisonnables d'accès à des éléments de réseau ou à des moyens qui y sont associés relatives aux prestations du marché de gros visé à l'article 2 sur lequel il exerce une influence significative au titre de la présente décision dès lors que cet accès n'implique pas de charge excessive pour l'opérateur sur qui pèse cette obligation. »

Cette rédaction pragmatique offre l'immense avantage d'une économie de mots et évite de reprendre *textu* des principes généraux codifiés dans le code des postes et communications électroniques.

En un simple paragraphe, tout est dit. Nul besoin de venir préciser que les opérateurs se doivent de « *négocier de bonne foi* » puisque ce principe d'est d'ordre public. Nul besoin d'édicter que les refus doivent être dûment motivés, ce qui ne présente aucune utilité pratique.

Par ailleurs, cette rédaction ressemble à celle retenue pour l'application d'obligations d'interconnexion pesant sur les opérateurs GSM.

4 SUR LE PROJET DE DECISION EN TANT QU'IL LEVE CERTAINES OBLIGATIONS PESANT SUR FRANCE TELECOM SUR LES MARCHES DE GROS

Aux termes de ses projets de décisions, l'Autorité lève l'obligation d'établir des tarifs orientés vers les coûts en ce qui concerne les prestations de transit, prestations définies comme l'écoulement de trafic entre un commutateurs d'abonnés et un commutateur de hiérarchie supérieure. Cette décision est très lourde de conséquence et déstabilisera significativement les opérateurs nouveaux entrants, exploitants de boucle locale.

4.1 UNE DESCRIPTION LEGEREMENT ERRONEE DU RESEAU DE TRANSIT DE FRANCE TELECOM

L'ARCEP expose dans le I.3.1.1 que « *la métropole est divisée en 18 zones de transit, chacune comprenant un commutateur de transit auquel sont raccordés des commutateurs d'abonnés* ».

Cette description est légèrement inexacte et repose sur une vision du réseau de France Télécom dépassée.

En effet, le réseau de France Télécom a été réorganisé dans le sens de l'introduction de commutateurs de transit de troisième génération (CTN3G selon la terminologie de France Télécom), chacun de ces commutateurs étant raccordé à aux commutateurs d'abonnés de plusieurs anciennes zones de transit. A titre d'exemple le commutateur NT06 localisé à Nantes traite les appels depuis les régions « Bretagne », « Pays de Loire », « Centre » En règle générale, le trafic est écoulé en partage de charge entre un commutateur d'abonnés et trois commutateurs de transit.

L'ARCEP passe également sous silence le fait que les communications intra-ZAA ne sont pas traitées par des commutateurs de transit.

4.2 LA FIN DE L'ORIENTATION VERS LES COUTS DU TRANSIT INTER-OPERATEUR

4.3 LA FIN DE L'ORIENTATION VERS LES COÛTS DU TRANSIT ENTRE COMMUTATEURS D'ABONNÉS DU RESEAU DE FRANCE TELECOM ET LES COMMUTATEURS DE HIERARCHIE IMMEDIATEMENT SUPERIEURE.

4.4 PROPOSITIONS DE REDACTION

4.4.1 Proposition de redaction de l'article 5

Free souhaite que l'Autorité précise que l'Offre d'Interconnexion Forfaitaire à Internet reste accessible depuis les commutateurs de niveau hiérarchiquement supérieur à celui de ces commutateurs d'abonnés.

A cet effet, l'article 5 pourrait être enrichi d'un paragraphe ainsi rédigé :

« Ces offres de collecte de trafic Internet en bande de base, y compris l'offre d'interconnexion facturée au forfait, sont également accessibles depuis les commutateurs de transit d'un niveau de niveau hiérarchique aux commutateurs d'abonnés. »

4.4.2 Proposition de redaction de l'article 23

Free souhaite que l'Autorité retienne la rédaction suivante :

« Article 23 : France Télécom devra pratiquer des tarifs reflétant les coûts correspondant sur l'ensemble des prestations relatives aux marches pertinents définis aux article 8, 10 et 11, qui sont inscrites à l'offre technique et tarifaire mentionnée à l'article 21. Cette obligation s'applique également aux prestations associées aux offres d'accès et d'interconnexion.

France Télécom devra pratiquer des tarifs reflétant les coûts correspondant sur l'ensemble des prestations associées aux offres d'accès et d'interconnexion, inscrites au 6 de l'annexe A, relatives au marche pertinent défini à l'article 9.

France Télécom devra pratiquer jusqu'au 31 décembre 2006 des tarifs reflétant les coûts correspondant sur l'ensemble des prestations relatives au marche pertinent défini à l'article 9, qui sont inscrites à l'offre technique et tarifaire mentionnée à l'article 21.

A compter du 1^{er} janvier 2007, France Télécom ne devra pas pratiquer des tarifs excessifs ou d'éviction pour les prestations liées à l'acheminement du trafic écoulé entre ses commutateurs de hiérarchie immédiatement supérieur et ses commutateurs d'abonnés, dans le cadre du marché pertinent défini à l'article 9.

A compter du 1^{er} janvier 2007, France Télécom ne devra pas pratiquer des tarifs excessifs ou d'éviction pour les prestations liées à l'acheminement du trafic écoulé entre ses commutateurs d'abonnés et ses commutateurs de hiérarchie immédiatement supérieure, dans le cadre du marché pertinent défini à l'article 9. »

L'idée consiste à :

- maintenir l'orientation vers les coûts de toutes les prestations associées à l'écoulement de trafic (y compris les majoration services spéciaux et publiphonie, colocalisation, offres sur mesure de réaménagement de l'interconnexion, BPN, etc.) à partir des points de raccordement donnant accès aux commutateurs de transit ;
- mettre en place une clause d'extinction du principe d'orientation vers les coûts des prestations d'écoulement de trafic entre les commutateurs d'abonnés de France Télécom et les commutateurs de hiérarchie supérieure ;
- garantir l'orientation vers les coûts des prestations de transit inter opérateurs dans une période où ce trafic est en hausse constante du fait du développement d'offres alternatives

sur l'accès d'une part, et que les interconnexions nécessaires entre opérateurs concernés n'ont toujours pas été réalisées d'autre part.

5 SUR LE PROJET DE DECISIONS EN TANT QU'IL IGNORE UNE OBLIGATION A FAIRE PESER SUR FRANCE TELECOM SUR UN MARCHÉ DE DÉTAIL : LA « VOIX SUR LARGE BANDE » (VLB)

Free comprend que l'Autorité, pour faire suite à l'avis 05-A-05 du Conseil de la concurrence en date du 16 février 2005 portant sur l'analyse des marchés de détail de la téléphonie fixe choisit d'inclure dans le marché pertinent de détail la « voix sur large bande » mais décide de n'appliquer aucune obligation *ex ante*, sauf à proscrire des couplage abusifs dont la notion est pour le moins floue.

Free s'étonne de la vision bien peu prospective de l'Autorité qui semble reposer sur le dogme selon lequel *« les accès voix large bande commercialisés sur le marché résidentiel ne concernent pas exclusivement ou principalement un usage de téléphone »*.

Or la position de l'Autorité ne semble toujours pas conforme à l'avis du Conseil de la concurrence qui expose notamment que rien ne s'oppose à ce que le service VLB soit proposé seul sur un accès DSL ou encore la VLB n'est pas par nature un service additionnel mais bien un service alternatif au service téléphonique. Dans une perspective de développement du dégroupage total, pourtant ardemment souhaité par l'Autorité à son plus haut niveau, les accès large bande constituent d'ores et déjà un service téléphonique plein et entier, en tous points conformes (émission et réception, acheminement des appels d'urgences, services « CLASS », etc...) au service téléphonique traditionnel proposé en bande de base.

La position adoptée par l'Autorité dans ses projets de décisions dans leur état actuel, consistant à ignorer délibérément non seulement l'avis des tiers intéressés mais également l'avis d'une autorité de concurrence alors que les textes communautaires lui impose de tenir le plus grand compte de l'avis des tiers intéressé ainsi que celui du Conseil de la concurrence est regrettable, et non conforme aux textes.

En particulier, dans une vision prospective très pointue et anticipant avec acuité les mutations à venir, le Conseil avait noté que l'existence de dispositifs de régulation différents pourraient favoriser des pratiques telles que reconquête de clients par France Télécom qui pourrait proposer aux clients utilisateurs de la présélection de bénéficier d'accès VLB en échange du service téléphonique traditionnel.

C'est ainsi que le Groupe France Télécom, peut-être encouragé par la position surprenante de l'Autorité sur une soit-disante non nécessité de régulation *ex ante* du marché de la VLB, commercialisera d'ici quelques un service d'accès au service téléphonique produit en « large bande » permettant une utilisation banalisée entre l'interface GSM – lorsque le terminal téléphonique n'est pas localisé à proximité de la Livebox® domestique – et une interface radio à courte portée – lorsque le terminal est localisé à proximité de la Livebox® domestique. Au départ de ces accès, aucune sélection du transporteur ne sera possible. Aucune facturation pour compte de tiers ne sera encadrée. Aucun tarif de détail ne fera l'objet d'un quelconque contrôle par l'Autorité visant notamment à vérifier l'absence de tarifs de prédation.

Si l'Autorité devait décider contre les avis unanimes des tiers intéressés et du Conseil de la concurrence, d'immenses risques pour la concurrence et pour le consommateur pourraient voir le jour du fait de l'absence de garde-fous indispensables pour corriger les effets néfastes pour le marché découlant d'éventuels abus de position dominante de la part de l'opérateur historique.

5.1 UNE ANALYSE LEGEREMENT BIAISEE

Prenant prétexte de l'observation selon laquelle « *le nombre faible d'opérateurs intervenant sur le marché du service téléphonique* », l'Autorité en déduit contre toute évidence que « *les accès principalement pour la téléphonie et les accès dont l'usage principal ne se limite pas à la téléphonie ne sont pas substituables* ».

En premier lieu, il convient de rappeler que « *le faible nombre d'opérateurs intervenant sur le marché du service téléphonique* » trouve son origine dans l'absence d'espace économique entre le tarif de l'abonnement au service téléphonique de France Télécom et le coût moyen de production d'un accès totalement dégroupé comprenant les prestations environnementales nécessaires à la fourniture des accès. Cette situation perdure depuis des années et il appartient à l'Autorité de prendre les mesures nécessaires pour faire cesser cette situation dommageable pour le consommateur.

En second lieu, l'Autorité semble hélas ignorer que le « *faible nombre d'opérateurs intervenant sur le marché du service téléphonique* » n'a nullement nuit à la stimulation du marché, puisqu'à ce jour, en moins de deux ans, près de 2,5 millions d'accès téléphoniques en large bande sont effectifs.

5.2 LES RISQUES POUR LE CONSOMMATEUR

Dans le cas où l'Autorité devrait décider de maintenir sa position, le Groupe France Télécom serait très rapidement en mesure de :

- commercialiser dans des conditions discriminatoires des accès au service téléphonique ;
- pratiquer des tarifs excessifs ;
- faire basculer le parc de clients actuellement utilisateurs du mécanisme de sélection du transporteur, mécanisme qui offre la possibilité aux clients d'arbitrer très simplement entre plusieurs offres commerciales

5.3 LES RISQUES POUR LA CONCURRENCE

Le projet de décision, s'il ne devait pas être modifié pour tenir compte de l'avis du Conseil de la concurrence et des tiers intéressés, offre la possibilité au Groupe France Télécom de s'exonérer rapidement et brutalement des obligations pesant sur elles, obligations ayant permis l'éclosion d'une concurrence s'étant traduit par des bénéfices immédiats pour le consommateur.

Free ne peut que regretter de la latitude laissée par l'Autorité à France Télécom de proposer des services notamment ceux reposant sur la convergence « fixe mobile » que seul le groupe France Télécom pourra diffuser, compte tenu de contraintes techniques insurmontables pour Free⁴.

France Télécom a annoncé la commercialisation sur le marché de détail d'une offre ne reposant pas sur l'abonnement au service téléphonique. Le projet de décision laisse la porte ouverte au Groupe France Télécom pour préempter des services novateurs. Or l'expérience a incontestablement démontré que France Télécom est familière de ce type de pratiques, comme l'a démontré la Commission européenne dans sa décision sanctionnant France Télécom / Wanadoo dans le cadre des pratiques relevées à l'encontre de Wanadoo sur le marché ADSL sur la période allant de 2000 à l'automne 2002.

Compte tenu des risques pour le marché et des pratiques permanentes et connues du Groupe France Télécom, pratiques régulièrement dénoncées par les autorités de concurrence nationales et européennes, Free demande formellement à l'Autorité de modifier son projet de décision dans le sens de :

- faire peser sur France Télécom une obligation d'interdiction de tarifs excessifs ;
- faire peser sur France Télécom une obligation de proscription de tarifs d'éviction ;
- faire peser sur France Télécom une obligation de non discrimination ;

⁴ Rappelons que Free n'a pas accès à des fréquences GSM et ne pourra jamais commercialiser des offres « convergentes » de la même qualité que celle du Groupe France Télécom qui bénéficie d'une intégration totale

- faire peser sur France Télécom une obligation de communication préalable de ses tarifs de détail à l'Autorité.

6 CONCLUSIONS

Intervenant au terme d'une analyse dont Free n'est pas persuadée qu'elle ait été menée avec toute la rigueur nécessaire à ce type d'exercice, du fait notamment de la complexité des sujets traités et de l'appréciation imparfaite des enjeux des grandes mutations en cours, notamment technologiques, les projets de décisions que l'Autorité soumet à consultation semblent perfectibles sur plusieurs points cruciaux.

En particulier, en imposant aux opérateurs de boucle locale tiers de nombreuses obligations et levant en ce qui concerne France Télécom des obligations pourtant nécessaires pour que soient maintenues les conditions d'une concurrence loyale, ces projets de décisions présentent à l'évidence de très graves dangers pour l'industrie des communications fixes. Leur mise en œuvre, dans leur état actuel, se traduira inévitablement par une fragilisation très brutale des opérateurs nouveaux entrants fixes.

C'est pourquoi Free ne peut que se réjouir de l'objectif poursuivi par l'Autorité, dans le cadre de ses analyses de marché, visant à faire preuve de transparence et de volonté d'associer l'ensemble des tiers intéressés en vue d'amender le cas échéant des projets de décisions qui n'auraient qu'imparfaitement tenu compte des enjeux en présence et des évolutions structurantes en cours.

Free souhaite par conséquent que l'Autorité modifie très significativement ces deux projets de décision avant notification à la Commission européenne en s'efforçant de tenir le plus grand compte possible de l'avis des tiers intéressés dans le cadre de la présente consultation.