

REPONSE D'UPC BROADBAND FRANCE A LA CONSULTATION PUBLIQUE DE L'ART SUR  
L'ANALYSE DES MARCHES DE LA TERMINAISON D'APPELS GEOGRAPHIQUES SUR LES  
RESEAUX ALTERNATIFS LANCEE LE 17 JANVIER 2005

Paris, le 21 février 2005

**SOMMAIRE**

<b>SOMMAIRE</b>	<b>2</b>
<b>SYNTHESE</b>	<b>3</b>
<b>INTRODUCTION</b>	<b>4</b>
<b>CHAPITRE I. INTRODUCTION</b>	<b>5</b>
<b>CHAPITRE II. LA DELIMITATION DES MARCHES PERTINENTS</b>	<b>5</b>
<i>A. Définition de la terminaison d'appels géographiques</i>	<i>5</i>
<i>B. Analyse de la substituabilité entre les différentes offres de terminaison d'appels</i>	<i>7</i>
<b>B.1 Le marché de produits concerné : la terminaison d'appels géographiques sur les boucles locales d'opérateurs alternatifs</b>	<b>7</b>
<i>a) Examen de la substituabilité du côté de l'offre</i>	<i>7</i>
<i>b) Examen de la substituabilité du côté de la demande</i>	<i>8</i>
<b>B.2 La dimension géographique du marché pertinent</b>	<b>9</b>
<b>CHAPITRE III. L'IDENTIFICATION DES OPERATEURS PUISSANTS</b>	<b>10</b>
<i>A. Part de marché</i>	<i>10</i>
<i>B. Contrôle d'une infrastructure difficile à dupliquer</i>	<i>10</i>
<i>C. Existence et importance d'une puissance d'achat compensatrice</i>	<i>11</i>
<b>CHAPITRE IV. OBLIGATIONS</b>	<b>15</b>

## **SYNTHESE**

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 la première 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 premier lieu, s'agissant du marché pertinent à considérer, l'Autorité n'a pas analysé les diverses hypothèses démontrant la substituabilité des prestations de terminaison d'appels de France Télécom avec celles d'UPC Broadband France.

En deuxième lieu, sur ce marché à redéfinir, il apparaît qu'UPC Broadband France n'est pas dans la position d'opérateur puissant.

En troisième lieu, 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, en quatrième lieu, 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.

Cette analyse n'affecte cependant pas substantiellement les mesures envisagées par l'Autorité dans la mesure où celles-ci résultent déjà d'obligations issues du cadre réglementaire en vigueur et du droit général de la concurrence et ne sont pas nécessaires (ce veut dire quoi « ne sont pas nécessaire » ?) conformément à la recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003 dont les termes ont été récemment rappelés par le Conseil de la concurrence dans son avis du 16 février 2005.

## INTRODUCTION

Le présent document a pour objet de soumettre à l'Autorité les commentaires d'UPC Broadband France sur l'analyse des marchés de la terminaison d'appels géographiques sur les réseaux alternatifs, conformément aux dispositions du code des postes et des communications électroniques et dans le cadre du processus de transposition et de mise en œuvre des directives du Paquet Télécom.

UPC Broadband France est le premier opérateur de réseaux multiservices (télévision, Internet haut débit, téléphonie fixe) en France avec 1,8 millions d'abonnés à ses services, pour un potentiel de 4,5 millions de prises commercialisables.

Depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2004, UPC Broadband France regroupe les réseaux Noos et UPC France et commercialise sur le marché national des résidentiels un service de téléphonie fixe comprenant non seulement les communications elles-mêmes mais également l'accès pour le client final.

En effet, UPC Broadband France est le seul opérateur en France à déployer ses propres boucles locales résidentielles sur la base d'une technologie HFC (Hybrid Fiber/Coaxial). Ainsi, UPC Broadband France est le seul opérateur de téléphonie fixe sur le marché résidentiel à proposer une offre totalement indépendante des infrastructures de France Télécom.

Au 31 décembre 2004, UPC Broadband France comptait 66.000 clients à son service de téléphonie fixe commercialisé sous la marque UPC depuis 1999 en Ile de France, dans le Département du Rhône, en Provence et dans les villes du Havre et de Limoges, soit 708.000 prises « Téléphonie fixe » disponibles à ce jour.

L'actionnaire de référence d'UPC Broadband France est le groupe UnitedGlobalCom, principal fournisseur européen de services de télévision, de voix et d'Internet haut débit par câble. Au 30 juin 2004, les réseaux d'UGC comptaient 11,64 millions de RGUs (revenue generating units), dont plus de 800.000 pour ses services de téléphonie fixe ouverts, outre la France, en Autriche, aux Pays-Bas, en Norvège et dans plusieurs pays d'Europe centrale.

UPC Broadband France, seul opérateur ayant déployé sa propre boucle locale résidentielle sur le territoire métropolitain, souhaite en cette qualité attirer l'attention de l'ART sur cette activité totalement spécifique qui constitue l'intervention la plus en amont possible dans la chaîne de création de valeur des différents marchés du secteur des télécommunications, activité qu'il importe de pérenniser et de développer, notamment par le biais d'une politique volontariste de terminaison d'appels pour les opérateurs déployant leurs propres boucles locales alternatives.

Il convient, selon UPC Broadband France, de distinguer cette situation de celle des opérateurs ayant une pure activité de services ou louant les infrastructures de boucle locale à d'autres opérateurs. En effet, une réelle concurrence dans le secteur suppose une concurrence jusqu'à la capillarité finale des réseaux.

Après avoir présenté ses observations sur le Chapitre I de la consultation intitulé « Introduction » et notamment sur les rôles et enjeux de la terminaison d'appels, la présente contribution abordera la question de la délimitation des marchés pertinents visée au Chapitre II du document avant de discuter l'identification des opérateurs puissants abordée au Chapitre III et, finalement, de commenter les obligations que l'Autorité envisage de leur imposer au Chapitre IV.

## CHAPITRE I. INTRODUCTION

Si le rappel du nouveau cadre réglementaire introductif n'appelle pas de commentaires particuliers d'UPC Broadband France, il en va différemment du propos relatif aux « Rôle et enjeux de la terminaison d'appels ».

En pages 5 et 6 de son document de consultation, l'Autorité aborde spécifiquement les rôles et les enjeux de la terminaison d'appels et son propos introductif à ce sujet revêt un caractère structurant pour son analyse au fond. En effet, l'Autorité insiste, en premier lieu, sur l'importance de la prestation de terminaison d'appels, indispensable à l'ouverture à la concurrence du secteur des télécommunications dans la mesure où elle garantit que les clients de tous les opérateurs pourront communiquer entre eux, indépendamment de la taille du réseau de l'opérateur considéré ou du nombre de clients de ce dernier.

UPC Broadband France partage entièrement l'analyse de l'Autorité sur ce point dans la mesure où, à défaut de l'existence d'une telle prestation de terminaison d'appels et de l'obligation faite à tout opérateur de la fournir aux autres opérateurs qui en font la demande, un opérateur dominant pourrait en effet faire valoir sa position sur le marché de détail pour refuser de consentir cette prestation sur le marché de gros et ainsi empêcher les clients de ses concurrents d'accéder à ses propres clients. Une telle pratique aurait pour effet de favoriser la reconstitution d'un monopole en raison de l'effet de club dont bénéficierait l'opérateur dominant.

Toutefois, UPC Broadband France est en désaccord sur l'analyse de l'Autorité relative au modèle économique du « *calling party pays* ».

En effet, l'Autorité considère que, dans la mesure où c'est l'appelant sur le marché de détail qui assume le coût de la prestation fournie sur le marché de gros par l'opérateur de l'appelé, le prix de gros contraint le prix de détail et qu'il s'ensuit « *qu'il n'existe intrinsèquement pas, ou peu, d'incitation économique pour les opérateurs de boucle locale à fixer leurs charges de terminaison d'appels à des niveaux 'concurrentiels' c'est-à-dire à des niveaux qui pourraient être constatés si ces prestations étaient soumises à une concurrence effective* ».

Cette analyse ne fait en réalité que reproduire des arguments présentés par France Télécom dans le cadre de trois règlements de différends successifs l'ayant opposée devant l'Autorité à divers opérateurs de boucle locale<sup>1</sup> en 1999, 2001 et 2003 et repose sur le postulat suivant : pour l'Autorité, comme pour France Télécom, dès lors que le tarif d'interconnexion d'un opérateur tiers est intégré au tarif de détail de France Télécom, le tarif de cet opérateur alternatif doit être régulé et cela par référence aux coûts de France Télécom afin d'éviter tout effet potentiellement anticoncurrentiel.

Si, une obligation de non excessivité des tarifs devait être imposée aux opérateurs de boucle locale alternatifs, la preuve d'une éventuelle excessivité tarifaire devra être alors apportée au cas par cas, en fonction de la situation particulière de l'opérateur alternatif concerné, par celui qui l'invoque (France Télécom par exemple, dans le cadre de ses rapports avec chacun des opérateurs auquel elle est interconnectée). Il conviendrait alors de prendre en compte les éléments qui pourraient être apportés par chacune des parties, et en particulier les éléments propres à la situation des opérateurs alternatifs (au titre notamment des coûts, rémunération du capital et marge raisonnable).

UPC Broadband France qui investit dans un réseau de boucle locale, plus encore lorsqu'il s'agit d'un réseau résidentiel couvrant des zones urbaines mais également péri urbaines et rurales, doit pouvoir être rémunéré par son tarif de terminaison d'appels du service effectivement fourni à un opérateur (même historique), ceci supposant qu'il puisse prendre pour références ses coûts, la rémunération du capital et une marge commerciale raisonnable.

## CHAPITRE II. LA DELIMITATION DES MARCHES PERTINENTS

### A. Définition de la terminaison d'appels géographiques

---

<sup>1</sup> Respectivement Cegetel Entreprises, UPC France, Completel et Estel.

UPC Broadband France constate, s'agissant de la définition de la terminaison d'appels géographiques, que l'Autorité retient en pages 8 et 9 de son document de consultation une architecture technique calquée sur celle du réseau de l'opérateur historique. Or cette architecture ne constitue pas une référence pertinente pour la totalité des opérateurs.

Tel est notamment le cas s'agissant de la distinction entre les prestations de transit et les prestations d'accès, dans le cas fréquent où le réseau est organisé de manière différente (notamment en raison d'un nombre d'abonnés ou d'une zone de couverture sans comparaison avec celle de France Télécom).

Ces spécificités peuvent avoir un impact non négligeable sur les périmètres à considérer afin de déterminer les prestations couvertes par la terminaison d'appels.

Ainsi, par exemple, la prestation de terminaison d'appels chez un opérateur de réseau HFC couvre l'acheminement des appels vers des clients finals sur le périmètre qui va du BPN d'interconnexion avec France Télécom jusqu'au dernier équipement du réseau câblé chez ses clients. Les différences d'architecture qui existent entre un réseau téléphonique dit « paire de cuivre » et un réseau de type HFC interdisent tout raisonnement par analogie comme en matière de réseau GSM où la terminaison d'appels inclue une quote-part du terminal mobile (ainsi notamment subventionné).

Du reste, il faut souligner que France Télécom elle-même dans sa réponse à la consultation de l'Autorité sur l'analyse des marchés de la téléphonie fixe indique :

*« Des concepts d'analyse "France Télécom – centrés" à l'excès*

*On ne peut que s'étonner que le document découpe les marchés de telle sorte qu'ils coïncident avec l'architecture du seul réseau téléphonique de France Télécom (le marché du CA-CT, du CT-CT etc.) sans observer que la définition qui en résulte apparaît sans objet pour les réseaux téléphoniques alternatifs et dénuée de sens pour les réseaux de nouvelle génération pourtant promis à devenir la référence ».*

L'IBPT, le régulateur belge a adopté une approche identique en prenant en compte l'ensemble des éléments de réseau, dans des décisions concernant l'opérateur de réseau câblé Telenet et l'opérateur de voix sur DSL Versatel.

Ce point n'est pas précisé par la consultation qui n'aborde la question que sous l'angle d'un réseau téléphonique classique en ce qui concerne l'architecture et la description de la nature de la prestation.

UPC Broadband France souhaite donc que l'Autorité approfondisse son analyse sur ce point et circonscrive son analyse non plus par référence à l'architecture du réseau de France Télécom qui n'est pas visée par la présente consultation mais au regard de l'architecture du réseau d'UPC Broadband France en ce qui la concerne.

De manière plus générale, UPC Broadband France souhaite que l'analyse du marché pertinent qui la concerne, de son éventuelle position de puissance et des mesures que l'Autorité envisage de lui imposer soit effectuée au regard de sa situation spécifique et non au moyen d'une évocation de circonstances générales et communes à l'ensemble des opérateurs de boucle locale alternatifs qui se trouvent dans des situations qui n'ont le plus souvent rien à voir avec la sienne.

Si l'Autorité estime qu'il existe un marché par opérateur, il lui appartient de le justifier pour chaque opérateur.

*B. Analyse de la substituabilité entre les différentes offres de terminaison d'appels*

**B.1 Le marché de produits concerné : la terminaison d'appels géographiques sur les boucles locales d'opérateurs alternatifs**

Selon la Commission européenne, le marché pertinent de la fourniture de terminaison d'appels en gros « est **au moins aussi vaste que chaque opérateur de réseau** »<sup>2</sup>.

Or, contrairement à la recommandation de la Commission européenne, l'Autorité n'a pas sérieusement envisagé l'existence d'un marché plus vaste que celui aisément identifiable de l'opérateur de boucle locale alternatif.

Elle s'est contentée d'annexer la liste des opérateurs de boucle locale alternatifs et d'affirmer que les prestations de terminaison d'appels des uns n'étaient pas substituables avec celles des autres, sans procéder à une réelle analyse.

*a) Examen de la substituabilité du côté de l'offre*

Afin de conclure, en page 11 de son document de consultation, « que les prestations de terminaison d'appels géographiques fournies par un opérateur de boucle locale sur son propre réseau constituent un marché pertinent », l'Autorité indique qu'il « convient d'examiner les possibilités de substitution du point de vue de l'offre et de la demande entre les prestations de terminaison d'appels offertes sur deux réseaux distincts pour l'acheminement de communications à destination de mêmes clients ».

A ce titre, l'Autorité relève qu' « une telle possibilité de substitution pourrait exister si, par exemple, deux opérateurs de boucle locale raccordaient simultanément les mêmes clients pour leur offrir des communications entrantes pour des numéros géographiques distincts ».

A ce stade du raisonnement UPC Broadband France n'a aucun commentaire sur la démarche de l'Autorité.

Toutefois, pour répondre à cette question de la substituabilité, l'Autorité relève que « à cet égard, l'Autorité constate qu'une telle situation n'existe pas ou est limitée à de très rares utilisateurs », sans rapporter aucun élément quantitatif ni se référer à aucune analyse de la question.

UPC Broadband France est ici en désaccord avec cette méthode et les conclusions qui en découlent.

Ainsi par exemple, pour raccorder ses clients à l'un de ses services (TV, Internet ou téléphonie), UPC Broadband France installe son propre raccordement, et ne loue jamais les infrastructures de France Télécom. Chacun de ses clients garde la possibilité de conserver le raccordement au réseau de France Télécom, même lorsque cet abonné ne souscrit que l'abonnement téléphonique. Ainsi nos clients disposent effectivement de l'accès simultané à deux opérateurs de boucle locale permettant de leur offrir des communications entrantes pour des numéros géographiques distincts et d'une totale liberté de choix quant à la souscription et l'utilisation ou non de l'un ou l'autre des services proposés par ces opérateurs.

---

<sup>2</sup> Recommandation de la Commission concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communications électroniques, page 21.

Aussi UPC Broadband France considère, du fait de ce choix qui s'offre toujours à ses clients, de la possibilité d'un double raccordement physique aux réseaux et de l'existence d'abonnés à la fois chez France Télécom et chez UPC Broadband France au service téléphonique, que les prestations de terminaison d'appels offerte par UPC Broadband France sont bien substituables et, en conséquence, que les prestations de terminaison d'appels géographiques fournies par UPC Broadband France sur son propre réseau ne constituent pas un marché pertinent.

*b) Examen de la substituabilité du côté de la demande*

Ainsi que l'a relevé l'Autorité, il existe sur le marché des prestations de terminaison d'appels des produits substituables à la terminaison d'appels d'un OBL alternatif sur le marché de détail dans la mesure où, en réaction à une augmentation du prix qui lui serait imposée par son opérateur de boucle locale, un abonné dispose d'une multitude de solutions de substitution pour être appelé à moindre coût, parmi lesquelles :

- un appel se terminant sur un réseau mobile,
- un appel passant par une procédure de rappel,
- un appel n'impliquant pas de terminaison d'appel (VOIP sur réseaux tout IP),
- une communication par messages (courrier électronique, messagerie vocale, radiomessagerie, SMS).

En application du principe de neutralité technologique, tous les services de téléphonie fixe, y compris sur un accès large bande (VOB) font partie d'un même marché. En particulier, et en dépit de la première analyse retenue par l'Autorité, UPC Broadband France considère que les services de communications sur accès à large bande doivent être pris en compte dans l'analyse des marchés considérés.

Les premières offres « tout IP » ayant été lancées avec succès depuis plusieurs mois sur le marché de détail, il fait peu de doute que la dimension prospective de l'analyse de l'Autorité couvrant la période 2005/2007 (cf. consultation page 7) lui impose de tenir compte de cette (r)évolution annoncée sur le marché de détail, cette analyse étant confortée par l'avis du Conseil de la concurrence du 16 février 2005.

Cette prise en compte s'impose d'autant plus que l'Autorité propose des remèdes dans le cadre de la présente consultation pour la durée maximale autorisée, soit trois ans.

Pour conclure sur l'existence de services substituables à la terminaison d'appels d'un opérateur de boucle locale alternatif, l'Autorité ne saurait faire l'économie d'un examen du degré de substituabilité de chacune des solutions évoquées ci-dessus.

Cet examen permettra de déterminer si leur existence est de nature à obérer la faculté pour un opérateur de boucle locale d'augmenter le tarif de sa terminaison d'appels, notamment eu égard aux perspectives de développement commercial de la VOB.

Là encore, une analyse complémentaire paraît nécessaire afin de déterminer précisément les contours du marché pertinent au regard de la substituabilité du côté de l'offre.



## **B.2 La dimension géographique du marché pertinent**

L'examen par l'Autorité de la dimension géographique du marché se limite à l'affirmation suivante :

« (...) *la dimension géographique du marché de terminaison d'appels géographiques sur le réseau d'un OBL donné coïncide avec la couverture géographique du réseau de boucle locale de cet opérateur* ».

UPC Broadband France s'étonne que l'Autorité n'ait pas considéré utile de procéder à une présentation même sommaire de son réseau et de celui de chaque opérateur concerné et donc de la dimension géographique des marchés pertinents concernés.

Une description schématique desdites boucles locales l'aurait en effet conduite à constater, par contraste avec la dimension géographique du réseau de France Télécom, la petite taille de la boucle locale d'UPC Broadband France (708.000 prises ouvertes à la commercialisation au 31 décembre 2004).

Cet élément aurait d'autant plus mérité d'être souligné que le caractère limité d'un réseau de boucle locale, géographiquement et en termes d'abonnés, constitue – ainsi qu'il sera ultérieurement exposé (cf. *infra* Chapitre III) – l'un des éléments permettant d'apprécier la réalité des contre-pouvoirs d'acheteur de France Télécom conformément à la recommandation de la Commission.

Selon UPC Broadband France, une analyse circonstanciée des marchés pertinents aurait nécessairement dû conduire l'Autorité à examiner l'existence de marchés pertinents autres que ceux de la terminaison d'appels de chaque opérateur de boucle locale alternatif sur son réseau et dont la liste figure en Annexe A de sa consultation publique ainsi qu'il a été précédemment exposé.

UPC Broadband France s'interroge sur la segmentation artificielle<sup>3</sup> à laquelle l'analyse conduite aboutit et sur sa cohérence par rapport aux objectifs poursuivis dans le cadre de la mise en place d'une réglementation *ex ante* applicable aux réseaux et services de communications électroniques et estime que la mention par la Commission de la possibilité de l'existence d'un tel marché sur chaque réseau ne dispense pas l'Autorité d'une analyse détaillée des circonstances nationales et locales propres. Or cette analyse n'a pas été menée en l'espèce.

Le Conseil vient d'ailleurs d'affirmer clairement cette position dans un avis n°05-A-03 du 31 janvier 2005 relatif à une demande présentée par l'Autorité sur le haut débit. Le Conseil note à cet égard que :

« *En revanche, se fondant sur la circonstance que les marchés de gros de l'accès dégroupé à la boucle locale de cuivre et de l'accès large bande DSL livré au niveau régional figurent sur la liste établie par la Commission européenne dans la recommandation du 11 février 2003 (marchés 11 et 12), l'ART ne justifie pas dans sa saisine le besoin de régulation ex ante sur ces marchés.*

55. *Le Conseil souhaiterait attirer l'attention de l'ART sur ce point de méthode. Il ne ressort ni de la directive cadre du 7 mars 2002 ni de sa transposition en droit national que, pour les marchés recensés par la Commission européenne, les ARN peuvent se dispenser de procéder à une analyse concurrentielle de leurs marchés nationaux. Au contraire [...]* ».

UPC Broadband France invite en conséquence l'Autorité à approfondir son analyse de la délimitation des marchés pertinents.

---

<sup>3</sup> En ce sens, arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17 mai 1994 concernant les recours formés par le Ministre de l'économie et la société Sifco Stanley SA contre une décision du Conseil de la concurrence relative au secteur de l'outillage à main – BOCCRF n° 9 du 7 juin 1994, page 200 et où le Conseil relève qu'appliquer, même à juste titre, « *le critère de substituabilité à chaque élément* [considéré, en l'espèce du petit outillage] *pris individuellement aboutirait à un véritable émiettement du marché* ».

### CHAPITRE III. L'IDENTIFICATION DES OPERATEURS PUISSANTS

L'Autorité estime « *que tout opérateur de boucle locale (OBL) alternatif dispose d'une influence significative (ou 'puissance') sur le marché pertinent constitué des prestations de terminaisons d'appels qu'il fournit vers les numéros géographiques désignant les clients qu'il raccorde* ».

L'Autorité retient dans son analyse trois critères pour déterminer la puissance des opérateurs de boucle locale alternatifs sur les marchés pertinents préalablement retenus :

- la part de marché,
- le contrôle d'une infrastructure qu'il est difficile de dupliquer,
- l'existence et l'importance d'une puissance d'achat compensatrice.

#### A. Part de marché

Dans la mesure où le marché défini par l'Autorité n'est pas, en l'état des éléments fournis, un marché pertinent au sens de la recommandation de la Commission et des directives du Paquet Télécoms, UPC Broadband France ne peut adhérer, notamment en ce qui la concerne, à l'appréciation de l'Autorité qui retient que chaque opérateur détient 100% des parts du marché de la terminaison d'appels sur son propre réseau.

En effet, sur les zones où elle est présente, UPC Broadband France considère que le marché pertinent est au moins celui incluant les prestations de terminaison d'appels offertes par UPC Broadband France et France Télécom, ainsi que tous autres opérateurs offrant le raccordement sur ces zones (dont la cartographie n'a pas été dressée par l'Autorité).

Or, sur ces zones et en incluant uniquement France Télécom, UPC Broadband France dispose d'une part de marché largement inférieure à 20 % (de l'ordre de moins de 10%).

En conséquence, cette analyse devra être modifiée pour tenir compte des résultats d'une nouvelle délimitation des marchés pertinents incluant notamment à tout le moins les parts de marché de France Télécom.

#### B. Contrôle d'une infrastructure difficile à dupliquer

UPC Broadband France déplore ici que l'Autorité affirme, sans apporter aucun élément susceptible d'étayer son propos, que tout opérateur de boucle locale alternatif contrôle une infrastructure difficilement duplicable, c'est-à-dire une infrastructure essentielle.

A toutes fins utiles, il paraît important de souligner qu'une analyse à l'identique de celle ayant permis de qualifier de facilité essentielle la boucle locale de France Télécom ne serait pas pertinente en l'espèce compte tenu de la différence fondamentale de taille existant entre, d'une part, la boucle locale de France Télécom et, d'autre part, celle de chaque opérateur de boucle locale alternatif ; et ce sans même aborder la question des moyens mis en œuvre en vue du déploiement du réseau.

Il n'est pas inutile de rappeler les motifs ayant conduit à qualifier la boucle locale de France Télécom d'infrastructure essentielle.

Le Conseil de la concurrence a ainsi pu qualifier comme telle la boucle locale de France Télécom dans son avis n° 04-A-01 du 8 janvier 2004, et ce, à l'issue d'une analyse de plusieurs années, qui l'avait amené initialement à relever, dans un avis n° 97-A-07 du 27 mai 1997, que « *les opérateurs concurrents de France Télécom [...] sont également dépendants de l'opérateur public pour l'interconnexion de leurs réseaux au réseau téléphonique commuté public, malgré l'existence éventuelle d'infrastructures alternatives* ».

En l'espèce et au contraire du réseau de France Télécom déployé sur l'ensemble de la France, rien n'interdit à un opérateur de dupliquer un réseau déployé sur des zones aussi limitées que celle d'UPC Broadband France.

Le fait que le déploiement d'une boucle locale d'un opérateur alternatif ait un coût élevé ne suffit pas à entraîner la qualification d'infrastructure essentielle, chacun des opérateurs alternatifs concerné ayant précisément eu à supporter de tels coûts supposant un positionnement spécifique : un lourd endettement doublé d'un plan d'affaires à très long terme.

Or, la reconnaissance d'une infrastructure difficile à dupliquer se justifie d'autant moins en l'espèce que le Cour de Justice des Communautés Européennes a déjà considéré que le caractère économiquement difficile voire même non rentable d'une activité économique (en l'espèce le déploiement d'une infrastructure alternative de boucle locale) ne suffit pas à caractériser une infrastructure essentielle<sup>4</sup>.

En tout état de cause et en l'absence d'analyse sérieuse menée par l'Autorité qui se contente de relever « *l'importance du coût de construction d'un réseau de boucle locale* », il n'apparaît pas possible, à ce stade, de considérer que les infrastructures d'UPC Broadband France relèvent de la catégorie des infrastructures difficiles à dupliquer.

### C. Existence et importance d'une puissance d'achat compensatrice

Selon les constatations de la Commission à propos de l'existence et l'importance d'une puissance d'achat compensatrice :

*« Les réseaux de petite taille sont habituellement confrontés à une certaine puissance d'achat qui limite considérablement (s)a puissance sur le marché correspondant. En l'absence de toute disposition réglementaire relative à l'interconnexion, un petit réseau ne jouira probablement que d'une très faible puissance sur le marché de la terminaison d'appels en comparaison d'un réseau plus large »<sup>5</sup>.*

En l'espèce, il est manifeste que le réseau d'UPC Broadband France répond précisément à la qualification de réseau de petite taille dont les implications n'ont malheureusement pas été abordées par l'Autorité.

La situation de France Télécom n'est pas sans rappeler la situation dans laquelle se trouve l'entreprise détentrice d'une puissance d'achat et qui est soumise dans ses moyens d'action à l'égard de ses fournisseurs aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce qui prohibe l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique.

Parmi les pouvoirs de l'entreprise qui bénéficie d'une puissance d'achat à l'égard de ses fournisseurs, l'analyse économique lui reconnaît celui d'imposer à son fournisseur un prix différent que celui qui serait naturellement pratiqué par ce dernier.

Or, France Télécom dispose bien d'un tel pouvoir à l'égard des opérateurs de boucle locale alternatifs dans la fixation du prix de leur terminaison d'appels, comme le reconnaît justement l'Autorité.

L'analyse des comportements anticoncurrentiels de France Télécom dans le cadre de ses relations d'interconnexion et d'accès et des dizaines de procédures en ayant résulté illustre à suffisance cette affirmation, notamment dans le cas d'UPC Broadband France, seul opérateur de boucle locale résidentielle.

---

<sup>4</sup> Arrêt Oscar Bronner du 26 novembre 1998, affaire C-7/97.

<sup>5</sup> Recommandation de la Commission concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communications électroniques, page 22.

S'agissant d'ailleurs de la sanction des pratiques anticoncurrentielles prohibées par l'article L.420-2 du code de commerce, UPC Broadband France ne peut que déplorer que l'Autorité puisse s'appuyer sur des règles de droit que France Télécom a systématiquement bafouées par le passé (allant même, à plusieurs reprises, jusqu'à violer ostensiblement les mesures correctrices qui lui avaient été imposées par le Conseil de la concurrence<sup>6</sup>) pour écarter l'existence et l'importance de contre-pouvoirs dont disposerait effectivement France Télécom à l'égard des opérateurs de boucle locale alternatifs.

En effet, après avoir analysé les contre-pouvoirs potentiels dont dispose France Télécom à l'égard des opérateurs de boucle locale alternatifs dont celui-ci, l'Autorité conclut que France Télécom n'est finalement pas en mesure d'exercer un véritable contre-pouvoir d'achat compte tenu du contrôle tarifaire susceptible de lui être imposé à l'issue de l'analyse des marchés de détail mais surtout du droit commun de la concurrence, et en particulier de l'arsenal de sanctions des abus de position dominante.

Cette analyse est pour le moins paradoxale.

Contrairement aux conclusions de l'Autorité, le caractère éventuellement abusif en application du droit commun de la concurrence de l'exercice de ses contre-pouvoirs à l'encontre des opérateurs de boucle locale alternatifs ne saurait constituer une menace tangible et suffisante pour empêcher France Télécom d'exercer lesdits contre-pouvoirs, ainsi que le démontre également l'historique des rapports d'interconnexion entre France Télécom, d'une part, et les opérateurs de boucle locale alternatifs, d'autre part.

Cette analyse est d'ailleurs confirmée par le Conseil de la concurrence dans son avis du 31 janvier 2005 relatif à l'analyse de l'Autorité sur le haut débit qui prend en compte sa faculté et celle de l'Autorité à intervenir pour empêcher les atteintes au marché.

Selon l'analyse de l'Autorité dans sa consultation, un opérateur de boucle locale alternatif est susceptible d'augmenter ses tarifs de terminaison d'appels et d'imposer cette hausse à France Télécom qui ne disposerait pas de contre-pouvoirs effectifs suffisants pour l'en empêcher.

La pratique décisionnelle de l'Autorité nous apprend au contraire que France Télécom a usé d'un tel contre-pouvoir dans des circonstances analogues dans le cadre de la fixation des tarifs d'interconnexion d'UPC Broadband France.

Ainsi par exemple dans sa décision du 21 décembre 2003 dans un litige opposant UPC France à France Télécom, l'Autorité a condamné le refus de paiement des tarifs d'UPC Broadband France destiné à imposer de force la modification tarifaire de l'opérateur alternatif. A ce titre, UPC Broadband France avait été obligé de saisir l'Autorité du fait de son impossibilité de résister au pouvoir de rétorsion de France Télécom. L'Autorité a indiqué dans sa décision que :

*« UPC France était fondée, en l'absence d'accord entre les parties sur la définition de son tarif de terminaison d'appels à compter de la date du 1er janvier 2001, à fixer ce tarif pour l'année 2001 et, par conséquent, à émettre des factures s'imposant à France Télécom sur la base dudit tarif ; qu'il n'était pas légitime pour France Télécom de refuser unilatéralement le paiement de ces factures au titre de l'utilisation des prestations de cette dernière sur la base du tarif qu'elle lui avait notifié en l'absence d'accord contractuel entre les parties ; qu'au contraire, il appartenait à France Télécom de saisir l'Autorité aux fins de la définition d'un tarif différent, si elle estimait que le tarif librement décidé par UPC France faisait peser sur elle des charges excessives ».*

---

<sup>6</sup> Tel est notamment mais non exclusivement le cas dans l'affaire de la mise à disposition de la base « annuaire » de France Télécom : voir arrêt de la Cour d'appel de Paris du 6 avril 2004 relatif au recours formé par la SAS Scoot France et France Télécom contre la décision n° 03-D-43 du 12 septembre 2003 relative au respect des injonctions prononcées à l'encontre de la société France Télécom par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 1999 ; dans l'affaire relative à l'Option 3 : voir arrêt de la Cour d'appel de Paris du 11 janvier 2005 sur le recours de France Télécom et du Ministère de l'économie à l'encontre de la décision n° 04-D-18 en date du 13 mai 2004.

France Télécom a par ailleurs déjà bloqué l'acheminement d'appels vers le réseau d'UPC Broadband France afin de l'obliger à se conformer à sa politique tarifaire, ainsi que le relève l'Autorité dans sa décision du 31 août 2001 :

*« Il ressort, d'autre part, des pièces du dossier qu'UPC France a constaté l'inaccessibilité de ces numéros par l'interconnexion avec France Télécom, après avoir reçu, en juin 2000, plusieurs plaintes de la part de ses abonnés qui ne pouvaient accéder aux services forfaitaires d'accès à Internet "Wanadoo intégrale" ainsi qu'à ceux d'AOL. Des négociations commerciales entre les deux parties ont commencé formellement par un courrier électronique du 24 juillet 2000 et par une lettre du 7 août 2000 d'UPC France, demandant à France Télécom d'ouvrir l'accès à ces blocs de numéros. Après plusieurs échanges de courriers, **France Télécom a indiqué, dans un courrier du 11 décembre 2000, qu'elle entendait subordonner l'ouverture de l'accès aux numéros précités à l'acceptation, par UPC France, d'une rémunération correspondant aux coûts dits " évités " de France Télécom, variant selon l'importance du trafic [...].** Que les démarches entreprises auprès de France Télécom par UPC France pour que soit mis fin à cette situation n'ont pas abouti. Il ressort en effet des pièces du dossier que la société UPC France a présenté formellement une demande dès le 24 juillet 2000 auprès de la société France Télécom dans le but d'obtenir l'ouverture de l'interconnexion vers ces numéros ; elle a réitéré sa demande à de multiples occasions le 7 août 2000, ainsi que les 4 et 5 octobre 2000 ; elle a informé la société France Télécom de ces faits à plusieurs reprises, par courrier en date du 24 juillet 2000 et par télécopie en date des 4 et 5 octobre 2000 ; la société France Télécom n'a toujours pas ouvert l'interconnexion pour ces numéros, après un délai d'environ une année à compter de la demande d'UPC France. [...] Il résulte donc de ce qui précède qu'il y a lieu de satisfaire à la demande de la société UPC France et d'ordonner à la société France Télécom de mettre en œuvre l'interconnexion avec la société UPC France pour l'acheminement des communications vers les numéros de la forme 08 60 PQ MC DU attribués à France Télécom ».*

France Télécom dispose donc bien d'un poids économique concret lui permettant non seulement de résister à des conditions tarifaires anticoncurrentielles, mais lui permettant même d'imposer ses propres conditions, du fait de sa position d'acheteur plus que dominant des prestations de terminaison d'appels de l'ensemble des autres opérateurs fixes, et notamment d'UPC Broadband France.

Au delà de ce constat et contrairement au point de vue exprimé par l'Autorité qui estime que la faculté de saisir l'ART ou le Conseil de la concurrence permet aux opérateurs de boucle locale alternatifs de supprimer « [la] marge de manœuvre » de France Télécom, et donc tout contre-pouvoir, c'est au contraire la faculté ouverte à France Télécom de saisir l'Autorité ou le Conseil de la concurrence qui permet de pallier efficacement à tout risque de pratique de tarifs anticoncurrentiels de la part d'UPC Broadband France comme de la part tout autre opérateur de boucle locale alternatif.

Toujours selon l'Autorité, France Télécom disposerait en théorie seulement de la possibilité d'appliquer à ses clients des prix tenant compte du niveau de tarif des prestations de terminaison d'appels pour les appels vers les abonnés d'un opérateur de boucle locale alternatif considéré.

Selon l'Autorité, une telle situation ne s'est jamais présentée jusqu'ici, et les prix des communications émises depuis le réseau de France Télécom vers les réseaux de ses concurrents demeurent aujourd'hui indistincts des prix appliqués vers les abonnés du réseau de France Télécom.

L'Autorité estimerait à ce titre qu'il est peu probable qu'une hausse proportionnée des tarifs de détail de France Télécom en réponse à une hausse des charges de terminaison d'appels d'un opérateur de boucle locale alternatif conduise à une différenciation des prix susceptible de produire des effets significatifs sur la concurrence entre les différents opérateurs de boucle locale alternatif sur le marché de détail.

Cette analyse « théorique » fondée sur des « probabilités » est cependant contredite par les faits.

L'examen des relations de France Télécom avec les opérateurs mobiles nous apprend que France Télécom a déjà usé de cette faculté sans qu'aucune automaticité n'ait été relevée entre la différenciation tarifaire du tarif de détail et l'augmentation du tarif de gros de terminaison d'appels, validée par un avis du Conseil de la concurrence n°01-A-01 du 16 mars 2001 portant sur la tarification par France Télécom des communications téléphoniques au départ de son réseau vers des réseaux tiers.

UPC Broadband France ne partage donc pas l'appréciation de l'Autorité relativement aux contre-pouvoirs de France Télécom.

L'Autorité conclut que, en dépit de contre-pouvoirs théoriques, France Télécom serait dépourvue de contre-pouvoirs réels à l'égard des opérateurs de boucle locale alternatifs.

Ce constat est en effet non seulement le résultat d'une analyse contestable, mais encore, en contradiction avec l'appréciation par la Commission de la puissance réelle des opérateurs de boucle locale de petite taille.

A ce titre, l'analyse des contre-pouvoirs de France Télécom par l'Autorité est incomplète au regard de la position sur le marché de détail des opérateurs de boucle locale alternatifs, laquelle n'est jamais prise en considération par l'Autorité.

Il faut en effet rappeler que la recommandation de la Commission du 11 février 2003 indique que :

*« Cette définition du marché (terminaison d'appel sur des réseaux individuels) ne signifie pas nécessairement que tous les opérateurs de réseau sont puissants sur le marché; cela dépend en effet de l'importance de la puissance d'achat compensatrice et d'autres éléments de nature à limiter cette puissance sur le marché. Les réseaux de petite taille sont habituellement confrontés à une certaine puissance d'achat qui limite considérablement la puissance sur le marché correspondant. En l'absence de toute disposition réglementaire relative à l'interconnexion, un petit réseau ne jouira probablement que d'une très faible puissance sur le marché de la terminaison d'appel en comparaison d'un réseau plus large. L'existence d'une obligation réglementaire (imposée par le cadre réglementaire) de négocier l'interconnexion permettant d'assurer une connectivité de bout en bout redresse ce déséquilibre de la puissance sur le marché. Cependant, un petit réseau ne pourrait se prévaloir de cette exigence pour tenter de fixer des redevances de terminaison à un niveau excessif. Par conséquent, le risque d'un déséquilibre entre la puissance sur le marché des grands réseaux et celle des petits réseaux persiste car il serait plus facile aux premiers de prendre l'initiative d'augmenter les redevances de terminaison d'appel et plus difficile aux seconds de résister à une initiative contraire ».*

Les réseaux d'UPC Broadband France étant déployés sur des zones limitées du territoire (707.000 prises ouvertes à la commercialisation au 31 décembre 2004) et représentant une part minime du marché de détail en France (de l'ordre de 0,2%), il n'est pas sérieux de considérer qu'UPC Broadband France est en mesure d'avoir une quelconque influence à l'encontre de France Télécom.

En raison de ce qui précède, rien ne permet de conclure qu'UPC Broadband France doit être considérée comme puissante, et par suite, de justifier de lui imposer des mesures de régulation *ex ante*.

#### **CHAPITRE IV. OBLIGATIONS**

L'Autorité envisage d'imposer les obligations suivantes à UPC Broadband France :

- En premier lieu, des obligations d'accès et d'interconnexion, tendant à ce qu'elle soit tenue de faire droit aux demandes justifiées de fourniture de prestations de terminaison d'appels vers l'ensemble de ses numéros géographiques (et aux prestations connexes d'accès physique aux sites d'interconnexion) ;
- En deuxième lieu, une obligation de non discrimination dans les conditions de fourniture d'une telle prestation ;
- En troisième lieu, une obligation de transparence consistant pour l'essentiel en une obligation de publication des principaux tarifs ;
- En quatrième lieu, une obligation de ne pas pratiquer des tarifs excessifs comparable à l'obligation issue de l'ancien article D.99-10 du code des postes et télécommunications aujourd'hui modifié par le décret n° 2004-1301 du 26 novembre 2004 et inséré à l'article D.99-10 du code des postes et communications électroniques.

UPC Broadband France considère, ainsi qu'il a été précédemment exposé, et outre la question de l'approfondissement nécessaire de l'analyse de la délimitation du marché, que l'Autorité n'a pas démontré l'existence d'une position de puissance d'UPC Broadband France et que, par suite, elle ne saurait lui imposer les obligations envisagées par le document de consultation.

Cette conclusion n'a que peu de conséquences sur les mesures envisagées par l'Autorité dans la mesure où les mesures proposées par l'Autorité résultent déjà d'obligations issues du cadre réglementaire en vigueur et du droit général de la concurrence et ne sont pas nécessaires conformément à la recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003 dont les termes ont été récemment rappelés par le Conseil de la concurrence dans son avis du 16 février 2005.

#### **A. S'agissant de l'obligation de faire droit à une demande d'interconnexion**

La terminaison d'appels constitue incontestablement une prestation d'interconnexion, au sens du nouvel article L.32 9° du code des postes et communications électroniques.

Par suite, aucun opérateur de boucle locale alternatif ne peut refuser de fournir une telle prestation à un opérateur de réseau ou de services. En effet, en application de l'article L.34-8 du code précité :

*« II. - Les exploitants de réseaux ouverts au public font droit aux demandes d'interconnexion des autres exploitants de réseaux ouverts au public, y compris ceux qui sont établis dans un autre Etat membre de la Communauté européenne ou dans un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen, présentées en vue de fournir au public des services de communications électroniques.*

*La demande d'interconnexion ne peut être refusée si elle est justifiée au regard, d'une part, des besoins du demandeur, d'autre part, des capacités de l'exploitant à la satisfaire. Tout refus d'interconnexion opposé par l'exploitant est motivé ».*

Il n'est donc pas nécessaire de constater une prétendue position puissante d'UPC Broadband France sur le marché allégué de la terminaison d'appels sur son réseau pour assurer le droit des autres opérateurs à l'interconnexion, lequel est consacré par le législateur et imposé à l'ensemble des opérateurs, y compris UPC Broadband France.

## **B. S'agissant des obligations de non discrimination et de transparence**

Le principe de non discrimination qui consiste, selon l'Autorité, en une garantie de justification objective d'une tarification différente des prestations selon chaque opérateur (page 19 du document de consultation) résulte également des dispositions générales du code des postes et communications électroniques et n'a nul besoin d'être imposé *ex ante* à des opérateurs puissants pour s'appliquer *de jure* à tous les opérateurs alternatifs de boucle locale.

Il en va de même du principe de transparence que croit devoir imposer l'Autorité afin notamment d'assurer la publication des coûts et son contrôle efficace.

En effet, le nouvel article D.99-10 du code des postes et communications électroniques qui s'applique à tous les opérateurs et au sein duquel a disparu la référence à un tarif non discriminatoire indique aujourd'hui que :

*« Les conditions tarifaires des conventions d'interconnexion et d'accès respectent les principes d'objectivité et de transparence.*

*Elles doivent pouvoir être justifiées sur demande de l'Autorité de régulation des télécommunications »*

Là non plus, les obligations de transparence et de non discrimination ne découleront pas des mesures envisagées par l'Autorité mais bien des dispositions réglementaires du code des postes et communications électroniques.

De surcroît, chaque opérateur peut obtenir le tarif de terminaison d'appels d'un autre opérateur en vertu du droit général de la concurrence et plus particulièrement des dispositions de l'article L.441-6 du code de commerce.

## **C. S'agissant de l'obligation de ne pas pratiquer un tarif excessif**

Il résulte de ce qui précède que le débat sur les obligations imposées à UPC Broadband France comme aux autres opérateurs alternatifs de boucle locale alternatifs (de manière indistincte) aux termes de la consultation de l'Autorité se résume à ce qui suit : l'obligation de non excessivité tarifaire issue de l'ancien article D.99-10 du code des postes et télécommunications aujourd'hui abrogé doit-elle être à nouveau imposée aux opérateurs de boucle locale alternatifs en raison de la situation concurrentielle, tant sur le marché amont des prestations d'interconnexion qu'au regard du marché de détail du raccordement téléphonique fixe ? Dans l'affirmative, comment cette notion de tarif non excessif doit-elle être interprétée ?

Il faut 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 allégué<sup>7</sup>, 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.

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 centime par minute en 1998 à 1 centime par minute en 2003.

---

<sup>7</sup> 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.

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 celle 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* »<sup>8</sup>.

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.

Le niveau tarifaire de la terminaison d'appels constitue donc un enjeu significatif pour maintenir et pérenniser une concurrence dynamique sur l'accès.

---

<sup>8</sup> 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.

#### **IV. Conclusion**

Au regard des éléments qui viennent d'être développés, UPC Broadband France demande à l'Autorité de réviser sa position qui l'a conduite à considérer de manière non circonstanciée 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.

UPC Broadband France estime, en effet, au contraire que le marché pertinent à considérer inclut, en ce qui la concerne, à tout le moins les prestations similaires offertes par France Télécom sur les zones géographiques où elle est présente.

Au surplus, compte tenu de la petite taille du réseau d'UPC Broadband France et de sa faible pénétration sur le marché de détail, sa faculté de contraindre France Télécom est extrêmement faible et est largement compensée par les contre-pouvoirs dont dispose France Télécom et la faculté dont elle pourrait user de saisir l'Autorité, le Conseil de la concurrence ou le juge des contrats, de tout tarif qu'elle estimerait anticoncurrentiel. Il en résulte qu'UPC Broadband France ne saurait être considérée comme un opérateur puissant et que par suite aucune mesure *ex ante* ne saurait lui être imposée.

En tout état de cause, l'analyse d'UPC Broadband France n'affecte pas substantiellement les mesures envisagées par l'Autorité dans la mesure où les mesures proposées par l'Autorité résultent déjà pour l'essentiel d'obligations issues du cadre réglementaire en vigueur et du droit général de la concurrence et ne sont donc pas nécessaires conformément à la recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003 dont les termes ont été récemment rappelés par le Conseil de la concurrence dans son avis du 16 février 2005.