

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

Paris, le 15 juillet 2005

UPC Broadband France remercie l'ARCEP de lui permettre d'apporter, une nouvelle fois, sa contribution dans le cadre de la consultation ouverte à l'occasion de l'analyse des marchés de terminaison d'appels sur les réseaux alternatifs fixes et relative, cette fois, au projet de décision de l'ARCEP.

Le projet de décision soumis par l'Autorité à consultation fait suite à la précédente consultation de l'Autorité et à l'avis rendu à ce sujet par le Conseil de la concurrence et pour laquelle certaines des observations formulées par UPC Broadband France ont été prises en compte par l'Autorité.

UPC Broadband France remercie à cet égard l'Autorité pour les nombreuses observations formulées par UPC Broadband France et qui ont été prises en compte par l'ARCEP notamment en ce qui concerne la description technique des prestations, le fait qu'une infrastructure de boucle locale alternative ne puisse être considérée comme relevant d'une infrastructure essentielle, etc.

UPC Broadband France regrette cependant que des observations essentielles et fondées sur de solides arguments juridiques et économiques n'aient pas été prises en compte, notamment sur les questions suivantes :

- la substituabilité des prestations offertes par deux opérateurs de boucle locale raccordant simultanément un même client, et
- la question des remèdes envisagés et très spécifiquement sur les implications de la notion de tarif non excessif au sens du nouveau cadre réglementaire.

UPC Broadband France invite une nouvelle fois l'Autorité à approfondir son analyse de marché 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.

En effet, dans le cas très spécifique d'UPC Broadband France et s'agissant du marché pertinent à considérer, l'Autorité a analysé de manière inexacte les diverses hypothèses démontrant la substituabilité des prestations de terminaison d'appels de France Télécom avec celles d'UPC Broadband France, et, sur ce marché à redéfinir, il apparaît qu'UPC Broadband France n'est manifestement pas dans la position d'opérateur puissant.

En outre, 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. Au surplus, UPC Broadband France souhaite que l'Autorité réévalue son analyse des contre-pouvoirs réels de 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.

Enfin les mesures envisagées ex ante par l'ARCEP sont non nécessaires au sens du nouveau cadre réglementaire dans la mesure où le droit général ex post permet d'assurer un fonctionnement normal du marché considéré.

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

Il appartient donc à l'ARCEP de préciser explicitement que les mesures ex ante envisagées ne maintiennent pas, sous l'empire du nouveau cadre, une régulation tarifaire fondée sur le principe de la réciprocité retardée.

UPC Broadband France souhaite enfin préciser qu'elle n'entend pas ici reprendre l'intégralité des commentaires qu'elle a formulés dans le cadre de la précédente consultation de l'ARCEP et renvoie pour son analyse globale à la précédente contribution qu'elle a adressée à l'Autorité. Les présentes observations se concentreront donc sur la définition du marché (1) et sur la question de la non excessivité tarifaire (2).

1. Les prestations de TA fournies par des opérateurs distincts sont prétendument toujours incluses sur des marchés distincts [§ 1.2.3.2 du document de l'ARCEP]

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** »¹.

Or, contrairement à la recommandation de la Commission européenne, l'Autorité n'a pas sérieusement envisagé, nonobstant une demande répétée d'UPC Broadband France tant à l'occasion de sa contribution à l'ARCEP que devant le Conseil de la concurrence, 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.

Afin de conclure, en page 13 de son projet de décision, qu'il est « *nécessaire de délimiter un marché de produits de la terminaison d'appels vers des numéros géographiques spécifique à chacun des réseaux des OBL alternatifs fixes* » 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*

¹ 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.

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 raccorderaient 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 déploie dans tous les cas ses propres infrastructures de raccordement, et ne loue pas les infrastructures de France Télécom, laissant ainsi systématiquement à chacun de ses clients la possibilité de conserver son abonnement chez France Télécom, même lorsque cet abonné ne souscrit que l'abonnement téléphonique.

Il en va de même sur les zones géographiques où sont présents plusieurs opérateurs de boucle locale alternatifs utilisant d'autres technologies de raccordement.

Aussi UPC Broadband France considère, du fait de ce choix qui s'offre toujours à ses clients, de l'existence systématique d'un double raccordement physique à un réseau ouvert 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 à celles fournies par France Télécom 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.

Pour répondre à ces observations l'ARCEP indique que :

« Selon certains opérateurs alternatifs, le fait que France Télécom dispose d'infrastructures de boucle locale déjà installées chez l'ensemble des clients sur une zone géographique couverte par un OBL, et en particulier chez les clients raccordés aux OBL alternatifs, fournirait la possibilité à ces derniers de conserver un double raccordement chez France Télécom et chez l'OBL alternatif. Cette possibilité justifierait de considérer que les prestations de terminaison d'appels fournies par un OBL alternatif et celles fournies par France Télécom sur la même zone géographique sont substituables du point de vue de l'offre et ainsi appartiennent au même marché pertinent. L'Autorité estime à cet égard que cette «possibilité» ne permet pas de conclure à la substituabilité effective des prestations de terminaison d'appels fournies par deux OBL, un appel étant terminé vers un numéro du plan national de numérotation déclaré sur un unique réseau et donc sur un branchement unique. L'existence de deux branchements physiques ne peut conduire à la conclusion que les prestations sont substituables.

Ainsi, lorsque des utilisateurs finals sont raccordés par deux opérateurs de boucle locale distincts, ils disposent de deux numéros de téléphone distincts. Du point de vue de l'acheteur,

une terminaison d'appels vers un numéro ne peut être substituée à une terminaison vers un autre numéro. En effet, même dans l'hypothèse où l'abonné aurait plusieurs lignes, l'opérateur n'a pas le choix du numéro composé par l'appelant. Deux prestations de terminaison d'appels vers un même client ne peuvent donc être considérées comme substituables l'une avec l'autre du point de vue de la demande. En conséquence, il y a lieu de considérer que les prestations de terminaison d'appels géographiques fournies sur des réseaux distincts appartiennent à des marchés pertinents distincts ».

Toutefois, ces deux paragraphes ajoutés à la hâte afin de rejeter la demande formulée par UPC Broadband France sans justification et sans aucune analyse sérieuse sont totalement inexacts.

Cette prétendue analyse est en premier lieu totalement contradictoire avec l'analyse parfaitement exacte de l'ARCEP qui relève en page 12 de son document de consultation comme dans TOUS ses précédents documents que « *une telle possibilité de substitution [des prestations de TA fournies par divers opérateurs de BL] 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* ».

On ne saurait mieux dire et ce n'est rien d'autre que ce qu'affirme UPC Broadband France depuis le début de l'analyse du marché litigieux.

En effet, le choix de l'acheteur de la prestation d'appel (c'est à dire l'opérateur du client A), c'est-à-dire le choix de l'opérateur fournissant la prestation de gros à l'opérateur du client A, est en réalité conditionné par le choix de l'appelant A qui choisit d'appeler le client B soit sur le numéro rattaché au réseau de France Télécom (auquel cas le fournisseur de la TA sera France Télécom) soit le numéro rattaché au réseau d'UPC Broadband France prestation de détail.

Or il ne fait pas de doute que les prestations de détail de téléphonie fixe (raccordement + communications) soient substituables entre elles et entraînent, par là même, la substituabilité des prestations de gros dont elles ne constituent que l'accessoire.

Dans la mesure où :

- (i) cette possibilité de double raccordement existe systématiquement pour les abonnés d'UPC Broadband France qui déploie son réseau à côté de celui de France Télécom et non en substitution de l'opérateur historique, et
- (ii) les numéros des abonnés d'UPC broadband France figurent comme les numéros des abonnés de France Télécom dans l'annuaire du groupe France Télécom²,

UPC Broadband France demande à l'ARCEP de modifier son analyse la concernant qui est inexacte au regard du droit de la concurrence, les prestations de terminaison d'appels fournies par UPC Broadband France étant sur le même marché que les prestations similaires fournies par France Télécom sur les mêmes zones géographiques.

² L'ARCEP ne peut ignorer l'obligation de publication dans les annuaires qui résulte du code des postes et communications électroniques comme de la convention d'interconnexion liant UPC Broadband France à France Télécom !

2. S'agissant de l'obligation de ne pas pratiquer un tarif excessif [§ IV.1.4 du document de l'ARCEP]

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 allégué³, 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 5 juin 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.

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

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

Ainsi, les directives indiquent notamment que « *le fait que les autorités réglementaires nationales imposent un octroi de l'accès aux infrastructures qui se traduit par une intensification de la concurrence à court terme ne devrait pas compromettre l'efficacité des mesures qui incitent*

³ 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.

les concurrents à investir dans des ressources de substitution, garantes d'une concurrence accrue à long terme »⁴.

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

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

Or dans une phase de déploiement de réseaux et de conquête de clientèle, la terminaison d'appels participe à la rentabilisation des investissements effectués et à la viabilité du projet économique des opérateurs. En les privant d'une rémunération légitime, elle bride leur capacité d'investissement et, par voie de conséquence, freine le développement d'une offre plurielle et innovante au bénéfice du consommateur.

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

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

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

« L'Autorité souhaite, comme elle l'a exprimé à plusieurs reprises à l'occasion des règlements de différend sur ce sujet, que les opérateurs cherchent autant que possible à parvenir à des solutions négociées et équilibrées correspondant aux particularités éventuelles de leurs situations respectives. L'Autorité n'exclut pas cependant d'entreprendre ultérieurement des travaux de consultation spécifiques visant à préciser les principes selon lesquels elle serait conduite à évaluer le caractère excessif ou non des tarifs de terminaison d'appels proposés par un OBL alternatif ».

⁴ 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.

Cette analyse est très insuffisante.

Il appartient en effet à tout le moins à l'Autorité de déterminer les grands principes d'interprétation de cette obligation de non excessivité tarifaire, au regard notamment de sa jurisprudence précédente, qui ne peuvent en aucun cas résider dans la reconduction du principe de réciprocité tarifaire retardée et doit aboutir à une renégociation de la convention d'interconnexion signée entre France Télécom et UPC Broadband France suite à la décision du 5 juin 2003 précitée. En effet, toute mesure aboutissant de jure à la reconduction du principe de réciprocité tarifaire retardée constitue en soi, pour un opérateur qui comme UPC Broadband France est le seul opérateur à déployer une boucle locale résidentielle en France, une mesure disproportionnée et contraire aux termes parfaitement clairs de la directive accès en supprimant tout intérêt dans l'investissement à long terme dans les infrastructures alternatives.