

REPONSE DE NUMERICABLE¹ A LA CONSULTATION PUBLIQUE DE L'ARCEP SUR
L'ANALYSE DES MARCHES DE LA TELEPHONIE FIXE LANCEE LE 22 FEVRIER
2008

¹ Numericable désigne dans ce texte le câblo-opérateur propriété d'YPSO France réunissant l'ensemble des réseaux câblés établis en France exploitant les marques commerciales NOOS, NUMERICABLE et EST VIDEOCOMMUNICATION.

Introduction

Le présent document a pour objet de présenter à l'Autorité les commentaires de Numericable sur la consultation publique sur les marchés de la téléphonie fixe, mise en ligne le 22 février 2008 dans le cadre du deuxième cycle d'analyse de marché de la téléphonie fixe.

Numericable est le premier opérateur de réseaux multiservices (télévision, Internet haut débit, téléphonie fixe) en France avec 4,55 millions de RGUs (« *Revenue Generating Units* »), pour un potentiel de 9,3 millions de prises commercialisables.

Depuis le 19 juillet 2006, Numericable regroupe les réseaux Noos, UPC France, NC Numericable et France Télécom Câble 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, Numericable a déployé ses propres boucles locales résidentielles sur la base d'une technologie « câble ». Ainsi, Numericable est le seul opérateur de téléphonie fixe sur le marché résidentiel à proposer une offre totalement indépendante des infrastructures de France Télécom.

Numericable, souhaite attirer l'attention de l'ARCEP 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, et ce par le biais d'une politique volontariste de terminaison d'appels pour les opérateurs déployant leurs propres boucles locales alternatives.

Il convient, selon Numericable, 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.

Compte tenu de sa spécificité les commentaires de Numericable porteront essentiellement sur l'analyse de l'Arcep sur le marché de la terminaison d'appel sur les réseaux fixe alternatifs.

Numericable conteste l'analyse de l'Arcep consistant à affirmer que chaque opérateur est dominant sur sa boucle locale et constate que L'Arcep :

- n'a pas complètement analysé les diverses hypothèses démontrant la substituabilité des prestations de terminaison d'appels des opérateurs

- n'a pas réellement pris en compte le contrepouvoir d'achat compensateur exercé par France Télécom sur Numericable .

De plus même à supposer qu'on puisse considérer Numericable comme un opérateur puissant sur le marché des terminaison d'appel il est manifestement disproportionné de prévoir au stade actuel une réduction des asymétries des tarifs entre France télécom et les opérateurs alternatifs et d'imposer la fixation d'un tarif non excessif et identique pour chaque opérateur.

Après un analyse de la substituabilité entre les différents offres de terminaison d'appel et du contrepouvoir d'achat compensateur de l'opérateur historique Numericable exposera sa vision sur les remèdes proposé par l'Arcep et notamment celui de la non excessivité des tarifs.

Analyse de la substituabilité entre les différentes offres de terminaison d'appel

Afin de conclure que les prestations de terminaison d'appels géographiques fournies par des opérateurs distincts appartient au même marché l'Autorité indique qu'il « convient d'examiner les possibilités de substitution 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' *« lorsqu'un opérateur souhaite terminer un appel vers un abonné d'un OBL, il ne dispose d'aucune solution de substitution à la prestation de terminaison d'appel de cet OBL, seul ce dernier étant capable d'acheminer. »*

Numericable 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), Numericable 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 Numericable 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 Numericable au service téléphonique que les prestations de terminaison d'appels offerte par Numericable sont bien substituables à celles fournies par France Télécom et, en conséquence, que les prestations de terminaison d'appels géographiques fournies par Numericable sur son propre réseau ne constituent pas un marché pertinent.

Pertinence des marchés de gros de la terminaison d'appel

L'Arcep affirme en page 96 de la consultation sur les marchés de la téléphonie fixe que *« Dés lors que les marchés de la terminaison d'appel vers chaque réseau individuel font partie des marchés pertinents de la nouvelle recommandation de la Commission , l'Autorité n'est plus tenue de démontrer sa pertinence pour une régulation ex ante . »*

Numericable souhaite vous faire part de ses réserves quant à cette affirmation, en effet la directive cadre n'exonère en aucun cas les Autorités nationales d'effectuer l'analyse des marchés mais se limitent à prévoir que « les autorités réglementaires nationales tiennent le plus grand compte de la recommandation et des lignes directrices pour la définition des marchés pertinents correspondants aux circonstances nationales ».

Il en résulte que l'Autorité est bien tenue à effectuer une analyse détaillée du marché de la terminaison d'appel.

Numericable 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 locale² 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).

Numericable 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.

Sur l'existence et importance d'un contre-pouvoir d'achat de France telecom

Après avoir analysé les contre-pouvoirs potentiels dont dispose France Télécom à l'égard des opérateurs de boucle locale alternatifs 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.

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 des opérateurs alternatifs.

Ainsi par exemple dans sa décision du 21 décembre 2003 dans un litige opposant NC Numericable (anciennement dénommée UPC France) à France Télécom, l'Autorité a condamné le refus de paiement des tarifs de NC Numericable destiné à imposer de force la modification tarifaire de l'opérateur alternatif. A ce titre, NC Numericable avait été obligé de

² Respectivement Cegetel Entreprises, UPC France, Completel et Estel.

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 ».

France Télécom a par ailleurs déjà bloqué l'acheminement d'appels vers le réseau de NC Numericable ° 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 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 a d'ailleurs démontré encore tout récemment sa puissance d'achat compensatrice en adressant à NC Numericable une lettre leur imposant unilatéralement un tarif de terminaison d'appel de 0,5734 centimes d'euro par minute. Par cette lettre, France Télécom se pose en juge de l'excessivité du tarif pratiqué par NC Numericable en énonçant que *« France Télécom considère que le tarif que vous proposez ne respecte pas l'article 9 de la décision de l'ARCEP 05-0425 »* et fixe unilatéralement la règle du jeu dans les termes suivants :

« La prestation de terminaison d'appel qu'UPC fournit à France Télécom ne saurait donc excéder un plafond moyen de 0,5734 c€ par minute sans partie fixe ni modulation horaire, BPN inclus. France Télécom certifiera donc, en 2006, à titre provisionnel dans l'attente d'un

accord entre nos sociétés, sur cette base le tarif lié aux appels entrant direct à destination de vos numéros géographiques ».

Les OBL alternatifs ne disposent d'aucun pouvoir de rétorsion en réponse à un tel abus de la part de France Télécom. Ils ne peuvent pas même envisager d'interrompre la prestation de terminaison d'appel au motif du défaut de paiement de France Télécom dans la mesure où une telle mesure d'une part, pénaliserait leurs propres abonnés et d'autre part, les mettraient en manquement de leur obligation d'interconnexion.

Outre qu'un tel comportement est extrêmement préjudiciable pour les OBL alternatifs compte tenu de leur surface financière, France Télécom démontre une fois de plus par son comportement abusif sa totale indépendance à l'égard des OBL alternatifs et l'impuissance de ces derniers à exercer une quelconque puissance sur le marché de la terminaison d'appel. En effet, quels que soient les tarifs figurant sur leurs factures de terminaison d'appel, les OBL alternatifs ne seront payés par France Télécom qu'à hauteur de ce que cette dernière estime constituer un tarif non excessif, à charge pour eux d'aller réclamer le paiement des sommes qui leur sont dues devant les juridictions compétentes avec les délais et aléas qui en résultent.

Il ressort de ce qui précède que France Télécom dispose d'une imposante puissance d'achat à l'égard de l'ensemble des OBL alternatifs .

Sur les obligations imposées sur le marché de la terminaison d'appel

L'Autorité envisage d'imposer aux opérateurs de boucle locale l'obligation de faire droit aux demandes raisonnables d'accès, l'obligation de non discrimination, l'obligation de transparence et l'obligation de ne pas pratiquer de tarifs excessifs.

Dans la mesure où les trois premières obligations découlent des dispositions réglementaires du code de postes et communications électroniques les commentaires de Numericable se concentreront sur l'obligation de ne pas pratiquer des tarifs excessifs.

En ce qui concerne l'obligation de ne pas pratiquer les tarifs excessifs , l'ARCEP considère que *« la régulation tarifaire doit engager un mouvement de convergence des terminaison d'appel fixe entre elles et mettre fin , à terme aux asymétries constatées pour le passé »*

L'Autorité continue en affirmant que *« l'utilisation de tarifs de terminaison d'appel plus élevés pour faciliter l'entrée sur le marché de nouveaux acteurs pouvait trouver sa justification au début de la libéralisation du marché et n'est plus nécessaire maintenant que des concurrents pérennes se sont installés. Par ailleurs, en s'appuyant sur les opérateurs de dimension nationale présents sur les marchés de l'accès et du transit et selon leur plan d'affaires et de déploiement, les nouveaux entrants peuvent restreindre géographiquement ou par type de clientèle leur pénétration du marché et limiter ainsi les effets d'échelle qui pèsent lors de l'entrée. Enfin, l'Autorité constate que la convergence de France Télécom et des opérateurs alternatifs vers les mêmes technologies devrait renforcer les similitudes dans les structures de coûts entre les opérateurs ».*

Numericable ne partage pas l'avis de l'ARCEP.

Contrairement à ce que l'Arcep affirme, rares sont les opérateurs de communications électroniques en France à avoir fait le pari du déploiement de leurs propres boucles locales, au contraire d'autres pays européens. Et, hors le cas de Numericable, il s'agit de boucles professionnelles ou/et limitées à de micro zones très densément peuplées. Cette situation s'explique par les investissements considérables qui doivent être consentis par ces opérateurs afin d'être en concurrence totale avec l'opérateur historique.

La viabilité de ce positionnement suppose toutefois une réelle prise en compte de cette spécificité par le biais d'une régulation qui n'affaiblisse pas l'équilibre économique encore fragile des concurrents de l'opérateur historique mais au contraire les incite à investir dans le déploiement de leurs propres infrastructures, conformément aux objectifs affichés par les directives du Paquet Télécom. Or, réduire les asymétries actuelles aurait comme effet de bloquer tout investissements des opérateurs tiers dans des infrastructures concurrentes à celles de l'opérateur historique.

Toutefois à supposer néanmoins que l'Autorité maintienne son analyse, Numericable 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, 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.

Contrairement à ce que l'autorité affirme en page 128 les coûts de l'opérateur historique ne constituent pas une référence pertinente pour évaluer les coûts de terminaison d'appel d'un opérateur efficace. A différence de France Telecom les opérateurs alternatifs n'ont pas encore amorti leur réseau.

En effet, 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 Télécom.

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 »*³.

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),

³ 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.

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 et notamment en raison du caractère incitatif ou désincitatif qu'il peut avoir sur la décision de déployer ou non une boucle locale alternative.

L'Autorité doit donc déterminer les grands principes d'interprétation de cette obligation de non excessivité tarifaire, qui ne peuvent en aucun cas résider dans la reconduction du principe de réciprocité tarifaire.

En effet, toute mesure aboutissant *de jure* à la reconduction du principe de réciprocité tarifaire retardée constitue en soi, pour un opérateur qui comme Numericable est le seul opérateur à déployer une boucle locale résidentielle en France une mesure disproportionnée.

Elle est de plus une mesure contraire aux termes de la directive accès qui a comme seul pour effet de supprimer tout intérêt dans l'investissement à long terme dans les infrastructures alternatives.

Il faudrait donc prévoir un niveau de rémunération spécifique à chaque opérateur et déterminé en fonction de ses caractéristiques et de ses investissements dans les infrastructures.